



УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Мина П. Павловић

**ИСТОПОЛНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ЖИВОТА У
МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ**

Докторска дисертација

Крагујевац, 2021. година



UNIVERSITY OF KRAGUJEVAC
FACULTY OF LAW

Mina P. Pavlović

**SAME-SEX RELATIONSHIPS IN PRIVATE
INTERNATIONAL LAW**

Doctoral dissertation

Kragujevac, 2021.

ИДЕНТИФИКАЦИОНА СТРАНИЦА ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ

I. Аутор
Име и презиме: Мина Павловић
Датум и место рођења: 06.11.1988., Крагујевац
Садашње запослење: Асистент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
II. Докторска дисертација
Наслов: Истополне заједнице живота у међународном приватном праву
Број страница: XI + 249
Број слика: /; Број табела: /
Број библиографских података: 289
Установа и место где је рад израђен: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Научна област (УДК): 341.9:347.628-055.3
Ментор: Др Славко Ђорђевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, за ужу међународноприватноправну област.
III. Оцене и одбрана
Датум пријаве теме: 20.03.2018. године.
Број одлуке и датум прихватања докторске дисертације: IV-02-773/8 од 10.10.2018. године.
Комисија за оцену подобности теме и кандидата: <ol style="list-style-type: none">1. Проф. др Милена Петровић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу,2. Проф. др Мирко Живковић, Правни факултет Универзитета у Нишу,3. Проф. др Владимир Павић, Правни факултет Универзитета у Београду,4. Проф. др Емилија Станковић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу,5. Доц. др Вељко Влашковић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
Комисија за оцену и одбрану докторске дисертације: <ol style="list-style-type: none">1. Др Милена Петровић, редовни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, за ужу међународноприватноправну област,2. Др Анита Дураковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, за ужу међународноприватноправну област,3. Др Вељко Влашковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, за ужу грађанскоправну област,
Датум одбране дисертације:

DOCTORAL DISSERTATION IDENTIFICATION PAGE

I. Author
Name and Surname: Mina Pavlović
Date and place of birth: 06.11.1988., Kragujevac
Current employment: Faculty of Law, University of Kragujevac, assistant
II. Doctorial dissertation
Title: SAME-SEX RELATIONSHIPS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW
No. pages: XI + 249
No. images: /; No. tables: /
No. bibliographic data: 289
Institution and place of work: Faculty of Law, University of Kragujevac
Scientific area (UDK): 341.9:347.628-055.3
Mentor: Ph.D., Slavko Đorđević, Full-time professor, Faculty of Law, University of Kragujevac
III. Grade and Dissertation Defense
Topic application Date: 20.03.2018.
Decision number and date of acceptance of doctoral/artistic dissertation topic: IV-02-773/8, date 10.10.2018.
Commission for evaluation of the scientific merit of the topic and the eligibility of the candidate: <ol style="list-style-type: none">1. Ph.D., Milena Petrović, Full-time professor, Faculty of Law, University of Kragujevac,2. Ph.D., Mirko Živković, Full-time professor, Faculty of Law, University of Niš,3. Ph.D., Vladimir Pavić, Full-time professor, Faculty of Law, University of Beograd,4. Ph.D., Emilija Stanković, Full-time professor, Faculty of Law, University of Kragujevac,5. Ph.D., Veljko Vlašković, Assistant-professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.
Commission for evaluation and defense of doctoral/artistic dissertation: <ol style="list-style-type: none">1. Ph.D., Milena Petrović, Retired Full-time professor, Faculty of Law, University of Kragujevac,2. Ph.D., Anita Duraković, Associate professor, Faculty of Law, University of “Džemal Bijedić” Mostar,3. Ph.D., Veljko Vlašković, Associate professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.
Date of Dissertation Defense:

ЗАХВАЛНИЦА

Рад на истраживањима уобличеним у моју докторску дисертацију трајао је више година. Велику захвалност дугујем мом професору и ментору др Славку Ђорђевићу, редовном професору Правног Факултета Универзитета у Крагујевцу, на охрабривању да се упустим у овај тежак и захтеван подухват, имајући у виду недостатак домаће литературе и понајвише судске праксе у заузимању става поводом третмана истополних заједница живота закључених у иностранству, у нашем правном систему. Усмеравање професора Ђорђевића према немачкој правној доктрини и судској пракси била је од пресудног значаја за завршетак истраживања, јер сам у литератури са немачког говорног подручја открила нове путеве у решавању изазова са којима сам се суочавала. Његово указивање на правце размишљања и истраживања, конструктивна критичка анализа мојих ставова, подршка и низ изнетих корисних сугестија пресудно су допринели да се истраживање доведе до краја.

Велику захвалност дугујем и др Милени Петровић, редовној професорки Правног факултета Универзитета у Крагујевцу у пензији, на значајним саветима, сугестијама и оријентирима, који су били од немерљиве важности за рад на дисертацији. Професоркино искуство, концептуално размишљање и помоћ око сагледавања „шире слике“ разматраних проблема, несумњиво су много утицали на финализацију овог пројекта. Њена људска топлина, оптимизам и вера у мене били су ми велики ослонац и подстрек да истрајем на дугом и неизвесном путу.

Поштовање и велику захвалност заслужује и др Денис Соломон (*Dennis Solomon*), редовни професор Правног факултета Универзитета у Пасау, руководилац Катедре за грађанско право, међународно приватно право и упоредно право, супервизор мојих истраживања током боравка на Универзитету у Пасау (2016/2017. године). Његова предавања и редовни консултативни састанци, током којих ми је дао низ изузетно корисних сугестија и указао на могуће правце у трагању за одговорима на кључне дилеме, изузетно су ми помогли. Поред професора Соломона, захвалност дугујем и осталим колегама са Универзитета у Пасау, који су ме пријатељски прихватили, поделили са мном своја искуства и дали низ корисних упута у релевантну литературу.

Захваљујем се и професорима са Макс Планк института из Хамбурга, на којем сам провела три месеца истраживачког боравка током 2018. године, посебно професору др Дитеру Мартинију (*Dieter Martiny*) и др Кристи Јесел Холст (*Christa Jessel-Holst*), на више него корисним саветима и литератури са којом су ме упознавали.

На крају, посебна захвалност колегама, пријатељима и мојој породици, који су били уз мене током овог, не тако кратког периода. Сви они, током периода истраживања, давали су ми несебичну подршку и разумевање и допринели мом професионалном и личном развоју. Нарочиту захвалност дугујем мојим родитељима, Ружици и Предрагу и брату Владимиру. Највећу захвалност дугујем мом супругу Николи, без чијег разумевања, подршке и толеранције је овакав рад тешко замислив.

АПСТРАКТ

Истополне заједнице живота се у упоредном праву појављују у облику истополног брака, регистрованог партнерства и тзв. *de facto* истополне заједнице. Полазећи од тога да ове врсте заједница живота нису допуштене у српском правном систему, а да у иностранству оне реално постоје, с обзиром да се пуноважно закључују и производе правне последице, наша истраживања су усмерена на међународноприватноправне аспекте таквих заједница у српском правном поретку. Истополне заједнице живота су анализирани кроз призму личних и имовинских дејстава (укључујући и издржавање), наследноправних дејстава и питања усвојења везаних за истополне партнере, као и питања њиховог престанка.

Циљ овако свеобухватног приступа је да се испитају, односно утврде начини поступања домаћих органа при одлучивању о питањима који произилазе из истополних заједница живота са елементом иностраности. Истраживање је примарно усмерено на два основна проблема међународног приватног права - заснивање међународне надлежности и начин одређивања меродавног права за спорове проистекле из оваквих заједница. Резултати спроведене анализе јасно указују да одређене колизионе норме Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља нису прикладне за решавање бројних правних питања проистеклих из иностраних истополних заједница живота, чиме је наметнута потреба да се креирају нове колизионе норме, ради попуњавања правних празнина у оквиру постојећег законског оквира. Такође, спроведено истраживање показује да истополне заједнице живота закључене у иностранству не могу бити уписане у домаће матичне књиге, али да њихово постојање (статус) може бити „уважено“ у домаћем правном систему.

Кључне речи: истополне заједнице живота са елементом иностраности (истополни брак, регистровано партнерство, *de facto* истополна заједница), међународна надлежност, одређивање меродавног права, квалификација, попуњавање правних празнина, лична и имовинска дејства истополних заједница живота, наслеђивање партнера из истополне заједнице живота, престанак истополних заједница живота, усвојење, признање и извршење страних судских одлука у материји истополних заједница живота.

ABSTRACT

Same-sex relationships (unions) appear in comparative law as a form of same-sex marriage, registered partnership and so called *de facto* same-sex unions. Starting from the fact that these types of unions are not allowed in the Serbian legal system, and that they really exist abroad, given that they are validly concluded and produce legal consequences, our research is focused on private international law aspects of such communities in the Serbian legal system. Same-sex unions were analysed through items of personal and property effects (including maintenance), inheritance and those of adoption related to same-sex couples as well as the issues of their termination.

The aim of such comprehensive approach was to examine i.e. to determine methods of acting for domestic authorities when they have to decide about claims arising from same-sex unions with foreign elements. Primarily, research was directed to two main problems of private international law – establishment of international jurisdiction and determination of applicable law for disputes arising from such unions. The results of the conducted analysis clearly show that some conflict of law rules of the Law on resolving conflict of laws with regulations of other countries are not adequate for solving numerous legal questions, arose from same-sex unions with foreign elements and their effects, which imposes a need to create new conflict of laws rules in order to fill the legal gaps within the current legal framework. Also, the conducted research shows that same-sex unions, concluded abroad, cannot be recorded into domestic registers, but their existing (foreign status) can be “appreciated” in domestic legal system.

Key words: same-sex relationships with foreign elements (same-sex marriage, registered partnership and *de facto* same-sex union), international jurisdiction, qualification, filling legal gaps, personal and property effects of same-sex unions, inheritance of partners from the same-sex unions, termination of same-sex unions, adoption, recognition and enforcement of foreign court decisions in the matter of same-sex unions.

САДРЖАЈ

ЗАХВАЛНИЦА	II
АПСТРАКТ.....	III
ABSTRACT.....	IV
САДРЖАЈ	V
ЛИСТА СКРАЋЕНИЦА.....	1
УВОД	2
ДЕО I – Истополне заједнице живота у упоредном и домаћем породичном и међународном приватном праву.....	9
1. Истополне заједнице живота – карактеристике и историјски развој.....	9
1.1. О истополним заједницама живота	9
1.2. Историјски развој.....	14
1.3. Озакоњење истополних заједница.....	16
2. Упоредно породично право	18
2.1. Истополни бракови	19
2.1.1. Холандија.....	19
2.1.2. Белгија.....	20
2.1.3. Данска	20
2.1.4. Немачка.....	21
2.2. Истополне (регистроване) заједнице.....	23
2.2.1. Данска	23
2.2.2. Француска.....	24
2.2.3. Немачка.....	24
2.2.4. Холандија.....	25
2.2.5. Хрватска.....	26
2.2.6. Италија.....	26
2.2.7. Словенија	27
2.3. Истополне (нерегистроване) заједнице, тзв. <i>de facto</i> заједнице	28
2.3.1. Португал	28
2.3.2. Хрватска.....	28
2.3.3. Италија.....	29
2.3.4. Словенија.....	29
3. Упоредно међународно приватно право	29

3.1. Истополни бракови	30
3.1.1. Холандија.....	30
3.1.2. Данска.....	31
3.1.3. Немачка.....	32
3.1.4. Белгија.....	33
3.1.5. Француска.....	34
3.2. Истополне (регистроване) заједнице.....	35
3.2.1. Данска.....	35
3.2.2. Француска.....	36
3.2.3. Немачка.....	36
3.2.4. Холандија.....	36
3.2.5. Хрватска.....	37
3.2.6. Италија.....	38
3.3. Истополне (нерегистроване) заједнице, тзв. <i>de facto</i> заједнице	39
3.3.2. Португал	39
3.3.3. Хрватска.....	39
3.3.4. Италија.....	40
4. Право ЕУ	40
4.1. Основне слободе у ЕУ	40
4.2. Уредбе Савета 1104/2016 и 1103/2016.....	42
4.2.1. Општи поглед.....	42
4.2.2. Међународна надлежност	44
А. Надлежност у случају смрти једног партнера/брачног друга, у случајевима престанка или поништаја регистрованог партнерства, односно развода, законске растава или поништаја брака.....	45
Б. Надлежност у осталим случајевима	45
В. Пророгација надлежности.....	46
Г. Надлежност суда на основу упуштања туженог у поступак	46
Д. Алтернативна и супсидијарна надлежност, надлежност у случају нужде	46
4.2.3. Меродавно право за имовинска дејства регистрованог партнерства, односно брачно-имовински режим.....	48
4.2.4. Уредбе Рим III и Брисел IIa.....	49
5. Истополне заједнице у пракси ЕСЈП.....	51

5.1. Karner v. Austria.....	51
5.2. Schalk and Kopf v. Austria.....	52
5.3. Vallianatos and Others v. Greece.....	54
5.4. Oliari and Others v. Italy.....	55
5.5. Orlandi and Others v. Italy.....	56
5.5. Кратка закључна разматрања.....	57
6. Истополне заједнице живота у правном поретку РС.....	58
ДЕО II – Иностране истополне заједнице живота пред српским органима – општа питања одређивања меродавног права и међународне надлежности.....	
1. Квалификација.....	63
1.1. Проблем квалификације и решење проблема.....	63
1.2. Функционална квалификација истополних заједница живота.....	65
1.2.1. Функционална квалификација истополног брака.....	65
1.2.2. Функционална квалификација регистрованог партнерства.....	68
1.2.3. Функционална квалификација <i>de facto</i> истополне заједнице.....	70
1.3. Попуњавање правних празнина у области истополних заједница живота..	71
1.3.1. Попуњавање правних празнина за питања проистекла из истополног брака.....	73
А. Неважност истополног брака.....	73
Б. Развод истополног брака.....	74
В. Лична и имовинска дејства.....	78
Г. Уговорни имовински односи.....	80
1.3.2. Попуњавање правних празнина за питања проистекла из регистрованог партнерства.....	81
А. Неважност регистрованог партнерства.....	83
Б. Раскид, лична и имовинска дејства.....	83
В. Уговорни имовински односи.....	85
1.3.3. Попуњавање правних празнина за питања проистекла из <i>de facto</i> истополне заједнице.....	87
1.3.4. Преглед предлога колизионих норми.....	90
2. <i>Renvoi</i> (узвраћање и преупућивање).....	91
2.1. Чл. 6. ЗРСЗ.....	91
2.2. (Не)примена <i>renvoi</i> на истополне заједнице живота.....	92
3. Проблем везивања претходног питања.....	97

3.1. Претходно питање и начини везивања.....	97
3.2. Постојање стране јавне исправе и претходно питање	99
4. Јавни поредак.....	101
5. Међународна надлежност домаћих органа у материји истополних заједница живота.....	104
5.1. Општи осврт на проблематику.....	104
5.2. Тзв. „суштинска“(не)надлежност“ и ЗРСЗ.....	106
5.3. Аналогна примена или екстензивнија квалификација норми о међународној надлежности из ЗРСЗ	110
5.4. ЕКС-КУРС: Однос међународне надлежности и претходног признавања статуса.....	113
ДЕО III – Признавање статуса иностраних истополних заједница живота у Србији (и проблем супституције).....	116
1. Принцип слободе кретања лица у ЕУ као основ признавања статуса	116
1.1. О признању статуса.....	116
1.2. Пракса националних и наднационалних судова по питању признања истополних заједница живота.....	120
1.3. Закључна оцена	125
2. Признање статуса („уважавање“) у Србији	126
3. Супституција.....	131
1.1. Супституција и истополан брак.....	131
1.2. Регистровано партнерство и <i>de facto</i> истополна заједница	135
ДЕО IV – Престанак иностраних истополних заједница живота и лична и имовинска дејства пред српским органима	138
1. Престанак иностраних истополних заједница живота	138
1.1. Међународна надлежност.....	138
1.2. Меродавно право.....	142
1.2.1. Истополан брак.....	142
1.2.2. Регистровано партнерство	144
2. Лична и имовинска дејства истополних заједница живота.....	145
2.1. Међународна надлежност.....	145
2.2. Меродавно право.....	147
2.2.1. Истополни брак	147
А. Брачно-имовински режим истополног брака	147
Б. Издржавање проистекло из истополног брака.....	150

2.2.2. Регистровано партнерство	153
А. Имовинска дејства регистрованог партнерства	153
Б. Издржавање регистрованих партнера	155
2.2.3. <i>De facto</i> истополна заједница	155
А. Имовинска дејства	155
Б. Издржавање фактичких истополних партнера	156
ДЕО V – Наследноправна питања проистекла из иностраних истополних заједница живота.....	157
1. Међународна надлежност за наследноправна питања	157
2. Меридавно право за наследноправна питања	159
2.1. Колизiona норма за наслеђивање.....	159
3. Наследноправни положај супружника из истополног брака	161
3.1. Правни положај надживелог супружника када је меридаван страни наследни статут	161
3.2. Правни положај надживелог супружника када је меридаван домаћи наследни статут	164
3.2.1. Општи осврт	164
3.2.2. Испитивање критеријума за супституисање страних истополних бракова домаћим.....	165
3.2.3. Супституција кроз примере	166
4. Наследноправни положај партнера из регистрованог партнерства.....	171
4.1. Наследноправни положај када је меридаван страни наследни статут	171
4.2. Наследноправни положај када је меридаван домаћи наследни статут	173
5. Наследноправни положај партнера из <i>de facto</i> истополне заједнице	175
5.1. Наследноправни положај када је меридаван страни статут	176
5.2. Наследноправни положај када је меридаван домаћи наследни статут	176
ДЕО VI – Усвојење од стране истополних партнера – упоредно и домаће право ...	178
1. Упоредноправни преглед.....	178
1.1. Упоредно породично право	178
1.2. Упоредно међународно приватно право	182
2. Међународна надлежност српских органа и меридавно право.....	183
2.1. Међународна надлежност српских органа.....	184
2.2. Одређивање меридавног права	184
3. Хашка Конвенција за заштиту деце и сарадњу у подручју међународног усвојења из 1993. године.....	186

3.1. Поље примене и циљеви Конвенције о усвојењу из 1993. године.....	186
3.2. Изазови у спровођењу конвенцијског поступка (истополни партнери као усвојитељи).....	191
3.2.1. Србија као држава порекла	191
3.2.2. Србија као држава пријема	194
ДЕО VII – Признање и извршење страних судских одлука у материји иностраних истополних заједница живота.....	196
1. Правни извори Србије у области признања и извршења страних судских одлука	196
2. Признање и извршење страних судских одлука у Србији и истополне заједнице живота.....	198
2.1. Правила о признању према ЗРСЗ	198
2.1.1. Општа правила о признању.....	198
2.1.2. Сметње за признање	200
А. Повреда права на одбрану (чл. 88. ЗРСЗ)	200
Б. Постојање искључиве надлежности суда или другог органа Републике Србије (чл. 89. ЗРСЗ)	201
В. Постојање домаће правноснажне одлука (чл. 90. ЗРСЗ).....	202
Г. Повреда јавног поретка (чл. 91. ЗРСЗ).....	202
Д. Непостојање узајамности (чл. 92. ЗРСЗ).....	207
2.2. Специфичности у статусним питањима.....	209
2.2.1. Статусна питања наших држављана.....	209
2.2.1. Статусна питања држављана државе чија је одлука у питању.....	209
2.2.3. Статусна питања држављана треће државе.....	210
2.2.4. Специфичности које се тичу усвојења	210
ДЕО VIII – Међународноприватноправно регулисање истополне заједнице живота у правном поретку Србије – <i>de lege ferenda</i>	214
1. Неопходност међународноприватноправних норми за истополне заједнице живота?	214
2. Предлог за статусна питања	216
2.1. Закључење истополних заједница живота	216
2.2. Лична дејства истополних заједница живота.....	217
2.3. Престанак истополне заједнице живота.....	218
2.4. Усвојење	220
3. Предлог за имовинскоправна питања	220

3.1. Брачноимовински режим (истополан брак)	221
3.2. Имовински односи у регистрованој и нерегистрованој ванбрачној заједници	222
ЗАКЉУЧАК.....	226
ЛИТЕРАТУРА	231
БИОГРАФИЈА АУТОРА	249

ЛИСТА СКРАЋЕНИЦА

- AG** – Amtsgericht
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Грађански законик), Немачка
BGH – Bundesgerichtshof
BW – Burgerlijk Wetboek (Грађански законик Холандије)
ЕУ – Европска Унија
ЕКЉП – Европска Конвенција о људским правима
ЕСЉП – Европски суд за људска права
Конвенција о усвојењу из 1993. године – Хашка Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења од 29. маја 1993. године
Конвенција о ПД – Конвенција о правима детета, Уједињене Нације, Њујорк, од 20. новембра, 1989. године - 1577 UNTS 3
LPartG – Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Немачка)
МПГП – Међународни пакт о грађанским и политичким правима
МПП – Међународно приватно право
ПЗ – Породични закон РС
RabelsZ – Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Рим III Уредба - Уредба ЕУ број 1259/2010 од 20.12.2010. године о успостављању појачане сарадње у области избора меродавног права за развод и раставу брака
РС – Република Србија
Суд правде ЕУ – Суд правде ЕУ у Луксембургу
EGBGB – Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Уводни закон у грађански законик), Немачка
IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
УФЕУ- Уговор о функционисању Европске Уније
Уредба 1104/2016 - Уредба Савета (ЕУ) 1104/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима имовинских дејства регистрованих партнерстава
Уредба 1103/2016 - Уредба Савета (ЕУ) 1103/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима брачноимовинских режима
Устав РС – Устав Републике Србије
Хашки Протокол – Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања
ZPO – Zivilprozessordnung (Немачка)
FS – Festschrift
ЗРСЗ – Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Србије
ЗОН – Закон о наслеђивању Србије
ЗПП – Закон о парничном поступку Србије
ЗИО – Закон о извршењу и обезбеђењу Србије
ЗВП – Закон о ванпарничном поступку Србије
ЗЗД – Закон о забрани дискриминације Србије
ЗЖПОИС – Закон о животном партнерству особа истог пола Хрватске

УВОД

У правном систему Србије институција брака дефинисана је искључиво као заједница мушкарца и жене¹, тако да истополни брак није правно допуштен. Поред тога, у нашем правном систему није регулисан ни институт регистрованог партнерства (ни хетеросексуалног, ни истополног), као ни тзв. *de facto* истополне заједнице. Тренутни законски оквир не предвиђа ни колизионе норме за било који од ових правних института. Иако српски Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља² (у даљем тексту: ЗРСЗ) садржи колизиону норму за закључење брака (чл. 32.), у Републици Србији није могуће закључити истополан брак, чак и кад меродавно страном право, до ког се долази путем поменуте колизионе норме, допушта његово закључење. Домаћа матична служба, позивајући се на јавни поредак из чл. 4. ЗРСЗ, одбиће примену тог страног права.

Међутим, такво стање не искључује реалну ситуацију да наши и/или страни држављани, кроз мобилност лица из државе у државу, у иностранству пуноважно заснују неки облик истополне заједнице живота. Таква фактичка ситуација отвара низ дилема, везаних за дејства такве стране пуноважно засноване истополне заједнице живота у правном систему Србије.

1. Предмет и циљ рада

У истополне заједнице живота спадају истополни брак (нем: *gleichgeschlechtliche Ehe*, енгл: *same-sex marriage*), регистровано партнерство (нем: *eingetragene Lebenspartnerschaft*, *eingetragene Partnerschaft*, *gleichgeschlechtliche Partnerschaft*, енгл: *registered partnership*), и нерегистроване истополне заједнице (тзв. *de facto* истополне заједнице). Полазећи од правне недопуштености истополних заједница живота у правном систему Србије и реалног постојања пуноважно заснованих истополних заједница живота у иностранству, **предмет истраживања** у докторској дисертацији је усмерен на међународноприватноправне аспекте таквих заједница у постојећем законодавном оквиру Србије.

Прецизније, предмет истраживања представљају најпре супстанцијалне и међународноприватноправне одредбе упоредног права, којима су регулисане истополне заједнице живота, као и пракса страних националних и наднационалних судова (Европски суд за људска права и Суд правде ЕУ) поводом досуђивања одређених права истополним партнерима. Поред тога, како је већ речено, недопуштеност оваквих заједница у домаћем правном систему ствара вишеструке изазове за домаће поступајуће органе приликом њиховог третирања. Свакако да један од приступа може бити потпуно игнорисање оваквих заједница од стране наших органа. Са друге стране, уважавајући чињеницу да је таква заједница пуноважно

¹ Види чл. 62. ст. 2. Устава РС (Службени гласник РС, број 98/2006) и чл. 3. ст. 1. Породичног Закона РС (Службени гласник РС, број 18/2005 и 72/2011 – др. закон).

² Сл. лист СФРЈ”, бр. 43/82 и 72/82 – испр. “Сл. лист СРЈ”, бр. 46/96 и “Сл. гласник РС”, бр. 46/2006 - др. закон.

заснована у иностранству и да у домаћој држави партнери могу покренути одговарајуће поступке ради реализације својих права, који проистичу из такве заједнице, домаћи органи морају одговорити на низ комплексних правних питања. Зато предмет истраживања рада подразумева разматрање проблема заснивања међународне надлежности и одређивања меродавног права за различита питања у вези са истополним заједницама живота из угла позитивног међународног приватног права Србије. Најпре, мора се одговорити на питање да ли наши судови и други државни органи могу имати међународну надлежност за апсолутно сва питања проистекла из истополних заједница живота (насталих у иностранству) или само за нека од њих, имајући у виду да је реч о непознатим правним институтима. Након одређивања међународне надлежности српских органа, следи поступак одређивања меродавног права. Имајући у виду да је реч о непознатим правним институтима, посебна пажња је усмерена на проналазак адекватних колизионих норми из ЗРСЗ, које би требало применити на питања престанка и дејстава иностраних истополних заједница живота. То значи да је централни проблем квалификације ових заједница и попуњавања правних празнина у складу са чл. 2. ЗРСЗ. Такође, у вези са одређивањем меродавног права, предмет истраживања обухвата и испитивање примене установе узвраћања и преупућивања (*renvoi*), решавање претходног питања и примена и домашај клаузуле јавног поретка.

Проблеми заснивања међународне надлежности и одређивања меродавног права истраживани су у погледу личних и имовинских питања, наследноправних питања, питања усвојења и питања престанка иностраних истополних заједница пред нашим органима. Свакако да је део истраживања у овом раду посвећен и питању признања страних судских одлука у Србији у материји истополних заједница живота. Реално се може очекивати да овакве одлуке у статусним и имовинским питањима истополних партнера буду предмет поступка признања страних судских одлука пред домаћим надлежним органом.

Део истраживања представља испитивање могућности да се у правном поретку Србије призна или „уважи“ статус, који је настао закључењем истополне заједнице живота у иностранству. У трагању за најподеснијим моделом уважавања иностране истополне заједнице живота, посебно је анализирано методолошко средство супституције, односно да ли га је могуће спровести за овакве заједнице. Поред тога, предмет истраживања је и принцип признања као алтернатива традиционалној техници, који се у правној теорији и пракси развија дуги низ година и, према ставовима литературе, свој основ налази у основним слободама кретања у оквиру ЕУ.

Резултати поменутих истраживања у постојећем законодавном оквиру представљају полазну основу за *de lege ferenda* предлоге међународноприватноправних норми за статусна и имовинскоправна питања истополних заједница живота. Зато у предмет истраживања спада и проналазак најприкладнијих међународноприватноправних решења *de lege ferenda* за истополне заједнице живота.

У складу са овако постављеним предметом истраживања, **основни циљ** докторске дисертације је покушај давања доприноса целовитом схватању међународноприватноправних аспеката истополних заједница живота (и страних

судских одлука) у Србији. Успешно спровођење овог истраживања дало би користан допринос разрешавању ових проблема у правној науци и судској пракси у Србији.

Из овако комплексног и широко формулисаног општег циља могуће је извести бар неколико специфичних циљева докторске дисертације, чије испуњавање је у функцији остварења основног циља истраживања. Ти изведени циљеви превасходно су усмерени на:

- Указивање домаћим судовима и стручној јавности на међународноприватноправне проблеме који реално могу настати при третирању истополних заједница живота легално заснованих у иностранству, уз сугерисање могућих приступа и начина њиховог решавања;
- Детаљно и систематско испитивање најважнијих правних института општег дела МПП-а у функцији одређивања *de lege lata* одредби о међународној надлежности и колизионих норми ЗРСЗ;
- Заузимање става о могућности признања и извршења страних судских одлука из домена истополних заједница живота у Србији;
- Предлагање *de lege ferenda* међународноприватноправних одредби за статусна и имовинскоправна питања истополних заједница живота у Србији.

2. Хипотезе истраживања

Сходно постављеном предмету истраживања, применом адекватног скупа методолошких поступака, у раду су тестиране следеће **хипотезе**:

1. Судови у Србији могу засновати надлежности на основу одредаба ЗРСЗ, за одлучивање о правним питањима проистеклих из истополних заједница живота, закључених у иностранству.
2. Када је меродавно домаће право, супституција страних истополних заједница живота је могућа у оквиру домаће правне норме, која у својој диспозицији садржи појам хетеросексуалног брака или појам ванбрачне заједнице.
3. Колизионе норме српског ЗРСЗ, које се односе на лична и имовинска дејства и престанак брака, могу се аналогно или путем квалификације, применити на лична и имовинска дејства (укључујући и издржавање) и на престанак страног истополног брака и регистрованог партнерства.
4. Колизионе норме српског ЗРСЗ, које важе за наследноправне односе, могу се применити и на наследноправна питања која проистичу из страних истополних заједница живота.
5. Колизиона норма српског ЗРСЗ, која важи за имовинске односе лица у ванбрачној заједници, може се аналогно или путем квалификације применити на имовинске односе *de facto* истополне заједнице, док се за лична дејства и престанак *de facto* истополне заједнице могу аналогно или путем квалификације применити колизионе одредбе тренутно важећег ЗРСЗ које се односе на брак.

3. Методологија истраживања

У складу са постављеним циљевима и предметом истраживања, као и формулисаним основним научним хипотезама, у докторској дисертацији су примењени савремени истраживачки приступи, примерени области истраживања. Потврда или одбацивање постављених хипотеза подразумева употребу више комплексних и комплементарних метода истраживања. Истраживање је базирано на анализи обимне и релевантне иностране литературе и судске праксе. Сазнања и ставови прикупљени из различитих извора (доктрина, судска пракса) представљају основу за проверу постављених научних хипотеза истраживања. Ово истраживање се ослања на научне методе, својствене друштвеним наукама (анализа и синтеза, индукција и дедукција, апстракција и конкретизација). Те методе су употпуњене студијама случаја (анализе кратких хипотетичких ситуација или реалних случајева стране судске праксе), којима је креирана основа за доношење општих закључака у вези тестираних хипотеза.

Централни део истраживања је претежно ослоњен на научне методе примерене области правних наука (правно-догматски, упоредноправни, историјскоправни метод). Функција **правно-догматског метода** је сагледавање понашања које се домаћом, али и страном правном нормом, захтева од субјеката на које се такве норме примењују. Како су при изради докторске дисертације често коришћени инострани закони, који материјалноправно и колизионоправно уређују истополне заједнице живота, правно-догматски метод служи утврђивању правог и истинитог смисла таквих правних норми (у комбинацији са упоредноправним методом).

У оквиру примене правно-догматског метода од велике помоћи је било језичко тумачење (језичка анализа законских одредаба кроз лексичко, граматичко, синтаксичко и интерпункцијско тумачење), као и историјско тумачење (коришћење предлога закона и других правних аката, јавних дискусија). Таква анализа је допуњена телеолошким тумачењем (утврђивање циља правне норме), системским тумачењем (системско повезивање проучаване правне норме домаћег и страног права са другим нормама из посматраног правног система), као и логичким тумачењем (утврђивање значења норме коришћењем логичких постулата на значења које се добија језичким и другим врстама тумачења).

Упоредноправни метод је незаобилазан у истраживањима везаним за МПП. Тим методом анализира се институт истополног брака, регистрованог партнерства и *de facto* истополне заједнице у различитим правним системима, у настојању да се утврде сличности и разлике у материјалноправном и колизионоправном регулисању у различитим државама. Како се докторска дисертација бави концептима међународне надлежности, али и одабиром меродавног права за питања проистекла из стране истополне заједнице живота, правна достигнућа других земаља су добар основ за конципирање најприкладнијих међународноприватноправних решења у позитивном праву Србије. Са друге стране, коришћење упоредноправног метода је неопходно и због примене методолошког средства супституције.

Историјскоправним методом се утврђује генеза правног регулисања истополних заједница живота у анализираним правним системима, као и развој ових института у

времену. Мада је правно регулисање истополних заједница живота започето пре пар деценија, правна наука у свету се много дуже бавила међународноприватноправном проблематиком ових заједница. На овај метод се директно наслања и **социолошки** метод, који је послужио за испитивање друштвених околности које су претходиле законским изменама у страним правним системима, те увођењу неког од облика истополних заједница живота у материјалноправно и колизионоправно законодавство. У овом домену социолошки метод је коришћен истовремено са упоредноправним методом.

4. Структура дисертације

У складу са предметом, циљевима и хипотезама истраживања докторска дисертација је структурирана кроз осам повезаних делова.

Први део дисертације, након излагања о карактеристикама истополних заједница живота и њиховом историјском развоју, усмерен је на анализу њихових појавних облика у смислу упоредноправног прегледа материјалноправних и међународноприватноправних одредби законодавстава неколико одабраних страних држава. После осврта на основне слободе предвиђене у ЕУ (и на право слободног кретања и боравка у оквиру ЕУ), изложена су поља примене и најважније одредбе Уредбе Савета 1103/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима брачноимовинских режима³ (у даљем тексту: Уредба 2016/1103), Уредбе Савета 1104/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима имовинских дејства регистрованих партнерстава⁴ (у даљем тексту Уредба 2016/1104) и Уредбе ЕУ број 1259/2010 од 20.12.2010. године о успостављању појачане сарадње у области избора меродавног права за развод и раставу брака⁵ (у даљем тексту: Рим III). У првом делу направљен је и осврт на најважније пресуде Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) које се тичу истополних заједница живота у пракси овог суда, јер је Европска Конвенција о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП) „живи инструмент“, који се мора тумачити у светлу актуелних дешавања. Пошто у Србији не постоји никаква правна регулатива (ни материјалноправна ни колизионоправна), која уређује истополне заједнице живота, анализирани су и одређени правни извори у Србији, који су били од посредне важности за ово истраживање.

³ Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes.; Уредба је објављена у Службеном листу Европске Уније, број ОЈ L 183, 8.7.2016, 1–29, доступно на <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1496063203482&uri=CELEX:32016R1103>, приступљено 29.05.2018. године. Одредбе ове Уредбе су ступиле на снагу двадесетог дана од дана објављивања у Службеном листу ЕУ (чл. 70. ст. 1. Уредбе).

⁴ Council regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships; Уредба је објављена у Службеном листу Европске Уније, број ОЈ L 183, 8.7.2016,30-56.

⁵ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343, 20.12.2010, p. 10-16.

Друго поглавље је посвећено општим питањима одређивања меродавног права и међународне надлежности. Чињеница да српски правни систем не садржи колизионе норме за ове правне институте намеће потребу за њиховим проналаском, било путем квалификације, било путем попуњавања правних празнина (чл. 2. ЗРСЗ). Поред тога, заузет је и став о потреби (не)примене правног института *renovi* у области истополних заједница живота и о начину решавања претходног питања у случајевима са елементом иностраности. Излагања у овом поглављу се настављају са разматрањем клаузуле јавног поретка, односно њеног домаћаја и последице примене. Завршетак овог поглавља је посвећен кључном проблему - да ли међународна надлежност домаћих органа може постојати за сва питања проистекла из истополних заједница живота (које српски правни систем не познаје) закључених у иностранству, или само за нека од њих.

У **трећем делу** анализиран је вишезначни појам признања, а посебно тзв. принцип признања као алтернатива традиционалној колизионоправној техници. Свакако да је направљен осврт на одабрану праксу страних националних и наднационалних судова по питању признања страних истополних заједница живота (односно одређеног права које из таквог статуса произилази). Након тога је разматрано питање признања статуса стране истополне заједнице живота у домаћем правном систему, а како се ни страни истополни брак нити регистровано партнерство у нашем праву не може уписати у домаће матичне књиге, испитује се могућност „уважавања“ таквог страног статуса у Србији. Трагајући за најбољим методом за „уважавање“, у овом поглављу се испитују одредбе Споразума о стабилизацији и придруживању са Европском заједницом (и државама чланицама)⁶, чија је Србија потписница, као и методолошко средство супституције. Поменутом методолошком средству и претпоставкама за његову примену у контексту иностраних истополних заједница живота посвећен је други део овог поглавља. Супституција је данас корисна у МПП-у, пошто се везује за ситуације када су у диспозицији меродавне домаће правне норме употребљени правни институти или правни односи, који су настали под окриљем страног права.

Четврти део је посвећен анализи питања постојања међународне надлежности наших судова и одабира меродавног права за престанак страних истополних заједница живота (закључених у иностранству) и за расправљање о личним и имовинским питањима (и питањима издржавања), проистеклим из ових заједница, у постојећем законском оквиру тренутно важећег ЗРСЗ. У овом делу, где је било потребе, креирани су хипотетички случајеви, који би требало да илуструју проблеме одређивања међународне надлежности и одређивања меродавног права за наведена питања.

У **петом** делу дисертације анализирана су наследна права супружника из истополног брака закљученог у иностранству или партнера из регистрованог партнерства, односно из *de facto* истополне заједнице, настале у иностранству. У том смислу, елабориране су норме о одређивању међународне надлежности из ЗРСЗ за наследноправна питања и колизионе норме ЗРСЗ за одређивање меродавног права. Кад је било потребе, креирани су хипотетички случајеви који помажу заузимању става о

⁶ Поменути Споразум је ратификован Законом о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских Заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране („Сл. Гласник РС“ – Међународни уговори, бр. 83/2008)

наследноправном положају партнера из истополних заједница живота пред српским органима.

Шести део односи се најпре на упоредноправни преглед материјалноправних и колизионоправних одредби за усвојење од стране истополних партнера. Имајући у виду да одређени правни системи допуштају усвојење деце од стране истополних партнера, суштина овог дела дисертације је испитивање међународне надлежности српских органа и одређивање меродавног права за неке аспекте усвојења од стране истополних партнера, у смислу да ли се за ова питања могу искористити постојеће норме о одређивању међународне надлежности и постојеће колизионе норме за усвојење из ЗРСЗ. Осим тога, Србија је потписница Хашке Конвенције за заштиту деце и сарадњу у подручју међународног усвојења из 1993. године (у даљем тексту: Конвенција о усвојењу из 1993. године), те се шести део односи на карактеристике и најважније одредбе ове Конвенције, као и на питање њене примене на истополне партнере.

У **седмом** делу дисертације анализирано је питање да ли у Србији, према тренутно важећем ЗРСЗ, могу бити признате и извршене стране судске одлуке у статусним и имовинским питањима, које за подлогу имају истополне заједнице живота. У том циљу су испитане све постојеће сметње признању, побројане у ЗРСЗ.

Осми део дисертације посвећен је разматрању потребе правног поретка Србије за увођењем адекватних међународноприватноправних норми које се тичу истополних заједница живота. Независно од могућих одговора на ову дилему, креирани су предлози међународноприватноправних норми за статусна и имовинскоправна питања, проистекла из истополних заједница живота (насталих у иностранству). У складу са тим, у овом делу је презентираан преглед норми које доноси Нацрт новог ЗМПП. Резултати анализе ових одредби створили су подлогу за закључак да ли и у ком обиму оне могу послужити као основа за одређивање међународне надлежности и меродавног права за истополне заједнице живота у српском правном систему *de lege ferenda*.

ДЕО I – Истополне заједнице живота у упоредном и домаћем породичном и међународном приватном праву

Историја истополних веза је вероватно стара колико и људско друштво. У историјским изворима различити типови истополних веза се помињу много пре почетка нове ере (стара Грчка, Римско царство). Вишевековна турбулентна историја истополних односа долази до прекретнице током XX века, када започиње процес декриминализације, али и постепена промена односа друштва и власти према овим заједницама.

Први део дисертације под називом „Истополне заједнице живота у упоредном и домаћем породичном и међународном приватном праву“ је структуриран у шест целина. Најпре је усмерен на анализу појавних облика тих заједница са аспекта упоредноправне анализе материјалноправних и међународноприватноправних одредби законодавстава неколико репрезентативних страних држава и наставља се на основне слободе у ЕУ (посебно право слободног кретања и боравка у оквиру ЕУ). Након тога се анализира поље примене и најважније одредбе Уредбе Савета ЕУ 1103/2016 о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима брачноимовинских режима (у даљем тексту: Уредба 1103/2016), Уредбе Савета ЕУ 1104/2016 о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима имовинских дејства регистрованих партнерстава (у даљем тексту: Уредба 1104/2016) и Уредбе Савета ЕУ 1259/2010 о успостављању појачане сарадње у области избора меродавног права за развод и раставу брака (у даљем тексту: Рим III). У контексту истополних заједница живота анализирају се и најважније пресуде Европског суда за људска права, које одсликавају праксу овог суда. Одсуство материјалноправне и колизионоправне регулативе, која уређује истополне заједнице живота у Србији, наметнула је потребу детаљног сагледавања постојећих правних извора, који би могли бити од посредне важности за ову сложену област.

1. Истополне заједнице живота – карактеристике и историјски развој

1.1. О истополним заједницама живота

Правни институт брака, који се традиционално схвата као однос између мушкарца и жене и чији је циљ оснивање породице и стварање потомства, данас више не заузима централно и једино место у упоредном породичном праву. Индивидуализам и неолиберализам драматично су променили традиционалну породицу и породичне

односе у неколико последњих деценија. Општа демократизација друштва, развој људских права и слобода, као и индивидуализма су само неки узроци, који су породицу, породичне односе и породично право удаљили од класичних модела успостављених пре неколико векова. У суштину савременог породичног права се све више укључују институти грађанског и приватног права, засновани на уговорима и вољи појединаца. Центар одлучивања о породици и породичним односима помера се са групе (породице) на појединца. Институционална заштита породице и брака је трансформисана у бригу за појединачна права и слободе чланова породице, у циљу заштите положаја деце и родитеља. У том процесу долази до дерегулације породичних односа и њиховог препуштања појединцима. Све већи број држава данас уређује различите облике истополних заједница живота, дајући им тиме више права него што је то било раније.

Предмет истраживања у овом раду су заједнице живота лица истога пола, проткане емотивном везом и узајамним поштовањем и подршком. У ове заједнице спадају истополни брак (нем: *gleichgeschlechtliche Ehe* енгл: *same-sex marriage*), регистровано партнерство (нем: *eingetragene Lebenspartnerschaft, eingetragene Partnerschaft, gleichgeschlechtliche Partnerschaft*, енгл: *registered partnership*), и нерегистроване истополне заједнице (тзв. *de facto* истополне заједнице). Флуидност уобичајеног колоквијалног појма „заједница“ је разлог да се у овом раду уместо њега користи термин истополна „заједница живота“ (енгл: *relationship, same-sex union*) или животна заједница особа истог пола, што одговара терминологији која се појављује и у домаћој правној доктрини⁷. Оваквим прецизирањем се из истраживања искључују истополне организације, ЛГБТ⁸ покрети, организације, асоцијације и слично.

Брак између лица истог пола тј. *истополни брак*, представља најчвршћи облик институционализације истополне заједнице живота и данас постоји у одређеном броју држава, у којима брак добија родно неутрални карактер⁹. Данас постоји у Холандији (закон је донет 2000, ступио на снагу 2001. године), Белгији (од 2003. године), Шпанији (од 2005. године), Норвешкој (од 2009. године), Шведској (од 2009. године),

⁷ Види Дураковић, А. (2014). Колизionoправна проблематика истосполних заједница живота, у: Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, бр. 12, Правни факултет у Мостару, Мостар; Крешић, Б. (2015.) Заједнице живота особа истог спола у праву земаља Европске Уније, Сарајевски отворени центар, Сарајево; Јовановић, М. (2016). Иностране регистроване истополне заједнице живота пред колиззионим правилима српског међународног приватног права: црно-бели одраз слике дугиних боја?, у: *Liber amicorum* Гашо Кнежевић (Ур. Тибор Варади, Д. Митровић, Д. Хибер, В. Павић, М. Ђорђевић, М. Јовановић), Београд.

⁸ ЛГБТ скраћеница се односи на лезбијке, геј, бисексуалне и трансродне особе. Користи се од почетка последње деценије 20. века, као замена за термин геј заједница, за који су многи унутар ЛГБТ заједнице сматрали да је недовољно широк да обухвати и представи све на које се односи.

⁹ Види Дураковић, А. (2014). *op. cit.*, 142; О родно неутралном браку у нордијским земљама види Lund-Andersen, I. (2017b). Northern Europe: Same-sex relationships and Family Law, у: *Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU*, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 6; Према холандском грађанском законнику (књига 1), брак се може закључити између две особе истог или различитог пола (чл. 1:30 Dutch civil code, Book 1 Law of Persons and Family Law), доступан на <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>, приступљено 12.04.2015. године; Види чл. 2. канадског Закона о браку (Canadian Marriage Act): „Брак је, у грађанском смислу, пуноважна заједница два лица која искључује све друге.“ и чл. 4. „Брак није неважећи или ништав из разлога само зато што су брачни другови истога пола.“ (Ар. 4), доступно на <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.5/page-1.html>, приступљено 12.04.2015. године.

на Исланду (од 2010. године), у Португалу (од 2010. године), Данској (од 2012. године), Француској (од 2013.)¹⁰ Законодавства ових држава базирају се на родно-неутралним концептима брака¹¹. Поред тога, истополан брак уведене је и у Луксембургу (од 2015. године)¹², Ирској¹³, Финској (од 2017. године),¹⁴ Немачкој (од 2017. године)¹⁵, Шкотској, Малти, Гернзи¹⁶. Ван територије Европе, истополни брак уведен је у Канади, САД, Аргентини, Бразилу, Уругвају, неким провинцијама Мексика, Колумбији, Јужноафричкој Републици, Новом Зеланду, Аустралији¹⁷ и на Тајвану.¹⁸

Регистровано партнерство или регистрована заједница би се могло дефинисати као *sui generis* институт породичног права¹⁹, који настаје у законом предвиђеном поступку пред овлашћеним органом²⁰ и у оквиру којег партнери имају одређена права и дужности један према другоме²¹. Углавном се сматра институтом паралелним браку и има дејства која су веома слична дејствима који настају у браку, иако та дејства нису увек и потпуно идентична. Разлика у дејствима регистрованог партнерства у односу на брак углавном се своди на немогућност узимања заједничког презимена²², усвојења и биомедицински потпомогнуте оплодње.^{23 24} Са друге стране, дејства регистрованог

¹⁰ За преглед држава види Дураковић, А. (2014). *op. cit.*, 143.

¹¹ *Ibid.*, 143.

¹² Види Watgen, M. (2017). *Luxemburg, y: Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption* (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage, 848.

¹³ Види Fulli-Lemaire, S. (2017). *Legal recognition of same-sex relationships in Central Europe: Steady progress, y: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition* (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 23-24.

¹⁴ Види Knorre, K. – F- v. (2017). *Finland, y: Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption* (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage, 514.

¹⁵ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, BGBl. 2017 I 2787, ступио на снагу 01.10.2017.

¹⁶ За преглед држава види Coester-Waltjen, D. (2018). *Die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in ausgewählten Rechtsordnungen*, ZEuP 2/2018, 323.

¹⁷ За преглед ових држава види *Ibid.*, 324-325.

¹⁸ Види <https://edition.cnn.com/2019/05/17/asia/taiwan-same-sex-marriage-intl/index.html> приступљено 17.09.2019.

¹⁹ Види Јовановић, М. (2016). *op. cit.*, 173.

²⁰ Нпр. према чл. 13. хрватског Закона о животном партнерству особа истог пола (НН 92/14, 98/19), лица која намеравају склопити животно партнерство своју намеру пријављују матичару надлежном за место у којем желе склопити животно партнерство. Према чл. 22. ст. 4. овог закона, животно партнерство ће матичар уписати у регистар животног партнерства.; Према француском праву, пакт се закључује писменим уговором који мора бити регистрован, да би био обавезујући. Надлежност за закључење је раније припада главном чиновнику Tribunal d'Instance-a, а сада ту надлежност има службеник за грађански статус, а од 2011. године се пакт уговор може закључити и у форми нотарске исправе. (Види део I 2.2.2. дисертације).

²¹ Примера ради, за преглед права и дужности партнера у холандском регистрованом партнерству види Sumner, I. (2017). *Registered partnerships in the Netherlands, y: The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. Jens M. Schepre, Andy Hayward), Intersentia, 132-139; У италијанској грађанској унији партнери имају заједничка права и дужности: заједнички живот, узајамно морално и материјално помагање, издржавање у складу са својим способностима, приходима, види о томе више Kronbichler, J. (2017). *Das italienische Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft und die faktischen Lebensgemeinschaften*, ZfRV, 87.; Види део 2.2. овог поглавља.

²² Примера ради, регистровано партнерство не утиче на презиме партнера у Швајцарској и Аустрији, види Крешић, Б. (2015). *op. cit.*, 113.

²³ Примера ради, биомедицински потпомогнута оплодња у регистрованом партнерству није дозвољена у Мађарској, о томе види Крешић, Б. (2015), *op. cit.*, 122-123.; У хрватском Закону о животном партнерству особа истог пола предвиђена је могућност само родитељског и партнерског старања над дететом (чл. 40. и даље).

партнерства могу кореспондирати са дејствима који настају у браку, као што је случај са данским регистрованим партнерством²⁵.

Хронолошки гледано, државе које су омогућиле закључење регистрованог партнерства су: Данска (1989), Норвешка (1993), Шведска (1994), Исланд (1996), Холандија (1997), Белгија (1999), Француска (1999), Немачка (2001), Финска (2001), Луксембург (2004), Енглеска и Велс (2004), Швајцарска (2004), Андора (2005), Словенија (2005), Чешка (2006), Мађарска (2009), Ирска (2010), Аустрија (2010), Лихтенштајн (2011), Хрватска (2014), Малта (2014)²⁶, Грчка (2015)²⁷, Кипар (2015)²⁸, Италија (2016)²⁹, Естонија (2016)³⁰, Црна Гора (2020)³¹. Ван територије Европе, поменућемо регистровано партнерство на Новом Зеланду³² и у Аустралији³³.

Специфичности регистрованог партнерства могу се сублимирати у неколико тачака:

- регистровано партнерство се обично уводи и регулише посебним законом³⁴, али је честа сходна примена прописа којим се уређује материја породичног/брачног права на област регистрованог партнерства;³⁵

²⁴ Пример разлика у Енглеској види Herring, J. (2015). *Family Law*, Seventh Edition, Pearson Education Limited, 110.

²⁵ Дејства регистрованог партнерства кореспондирају са дејствима, која настају у браку у погледу права и обавеза супружника (Section 3 прописа о регистрованом партнерству), а изузеци који се тичу деце су замењени амандманима поменутог прописа. Детаљније види Lund-Andersen, I. (2017a). *Registered Partnerships in Denmark*, у: *The future of registered partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. by Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia, 22.

²⁶ Види Крешић, Б. (2015). *op. cit.*, 96 – 99.

²⁷ Види Stamatiadis, D. Tsantinis, S. (2017). *Griechenland*, у: *Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption* (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage, 627.

²⁸ Види Information guide for citizens regarding procedures established by the civil union law, Ministry of Interior, 2016, 3, доступно на: [http://www.moi.gov.cy/MOI/moi.nsf/0/E0FCB722CC_73BB8FC2257F470_026E71C/\\$file/01-INFORMATION%20GUIDE%20FOR%20CITIZENS.pdf](http://www.moi.gov.cy/MOI/moi.nsf/0/E0FCB722CC_73BB8FC2257F470_026E71C/$file/01-INFORMATION%20GUIDE%20FOR%20CITIZENS.pdf), приступљено 25.10.2017. године.

²⁹ Види Cubeddu Wiedemann, M. G., Wiedemann A. (2017). *Italien*, у: *Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption* (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), Zerb Verlag, 3. Auflage, 731.

³⁰ Registered Partnership Act донет је 2014. године (ступио на снагу 01.01.2016. године), о томе види <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/estonia-legalization-of-civil-partnerships/>; Закон доступан на: <https://www.riigiteataja.ee/akt/116102014001>, приступљено 12.03.2017. године.

³¹ Указ о проглашењу Закона о животном партнерству лица истога пола, број 01-1337/2 од 03.07.2020. године, доступно на <https://zakoni.skupstina.me/zakoni/web/dokumenta/zakoni-i-drugi-akti/911/2211-13721-23-3-20-1-4.pdf>, приступљено 08.01.2021.

³² Civil Union Act 2004 (NZ).

³³ Види Martin, S. (2017). *Registered partnerships in Australia*, у: *The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia, 417. и даље.

³⁴ Немачка је увела регистровано партнерство LpartG из 2001. године, а о увођењу види Scherpe, M. J. (2010). *The legal status of same-sex relationships*, у: *German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law*, Washington, 2010, Mohr Siebek, Tübingen, 78. и даље; Поред тога, у Италији је донет посебан закон: LEGGE 20 maggio 2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*. (*GU n. 118 del 21-5-2016*), доступно на <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-05-21&atto.codiceRedazionale=16G00082&atto.articolo.numero=0&qId=359bf5bf-d708-43aa-861b-407c8ecdbbe> [c&tabID=0.53886403837326_08&title=lbl.dettaglioAtto](https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-05-21&atto.codiceRedazionale=16G00082&atto.articolo.numero=0&qId=359bf5bf-d708-43aa-861b-407c8ecdbbe), приступљено 05.09.2020.; Овај закон се састоји само од једног члана, а првих 35 ставова се односи на грађанске уније (за истополне парове), а ставови од 36-69 се односе на ванбрачну заједницу (хетеросексуалну или хомосексуалну), а о томе види Ferrari, I. (2017). *Family relationships in Italy after the 2016 reform: the new provisions on Civil Unions and cohabitation*, у: *International Survey of family law*, 2017. Edition (General Editor Margaret F Brinig, Associate Editor, Africa, Fareda Banda), 181.

- термин „регистровано партнерство“ није универзално прихваћен у законодавствима појединих земаља. Тако се у Словенији користи термин „партнерска веза“ (partnerski zvezi, али се на енглески преводи као „грађанска унија“)³⁶, у Немачкој „животно партнерство“, у Француској „пакт солидарности“;
- дејства института регистрованог партнерства се разликују од државе до државе;³⁷
- неки правни системи познају регистровано партнерство, отворено како за истополне тако и за хетеросексуалне партнере³⁸;
- увођењем истополног брака након регистрованог партнерства, државе су различито поступале са регистрованим партнерством. Овде постоје 3 приступа: конверзија регистрованог партнерства у брак³⁹, могућност паралелног постојања и истополног брака и регистрованог партнерства (без могућности конверзије)⁴⁰, као и све три могућности (истополни брак, регистровано партнерство и конверзија партнерства у брак)⁴¹.

За закључење *de facto истополне заједнице* није потребна никаква формална процедура, већ проста сагласност истополних парова да заснују истополну (нерегистровану/неформалну заједницу). Данас *de facto* истополна заједница егзистира, примера ради, у правним системима Португала, Хрватске, Италије, Словеније.

³⁵ У Закону о партнерским везама (Zakon o partnerski zvezi) Словеније прописано је да се сходно примењују одредбе закона који уређује брак (чл. 1) „Овај закон уређује формалне грађанске уније и неформалне грађанске уније и упућује на *mutatis mutandis* примену одредаба које се односе на брак“; Даље, види чл. 39. ст. 2. Закона о животном партнерству особа истог пола Хрватске: „На уздржавање животних партнера на одговарајући начин се примењују одредбе посебног закона којим се уређују обитељски односи, а односи се на уздржавање брачних другова.“

³⁶ У Словенији је 2017. донет „Zakon o partnerski zvezi“ („Civil Union Act“) (ZPZ), Uradni List Republike Slovenije, št. 33/16, којим је уведен институт „грађанске уније“, која се може сматрати специфичним обликом регистрованог партнерства.

³⁷ За преглед види Крешић, Б. (2015). *op. cit.*, 112-130.; О тзв. *light* регистрованом партнерству у четири државе централне Европе (нпр. пакт у Француској) види Swennen, F. Eggermont, S. (2012). *Same-Sex Couples in Central Europe: Hop, Step and Jump*, у: *Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives*, (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia, 30. и даље.

³⁸ Државе које омогућавају партнерима да бирају правну форму у уређивању свог односа у облику брака или регистрованог партнерства, независно од њиховог пола (тзв. плуралистички модел) су, примера ради, Холандија, Белгија, Француска, Луксембург, а види о томе Curry-Sumner, I. (2016). *Same-sex relationships in a European perspective*, у: *European family law volume III: Family law in a European perspective* (Ed. Jens M. Scherpe), 130-132.

³⁹ Ситуација у Шведској (парови у постојећим регистрованим партнерствима могли су да одлуче да ли желе да остану у регистрованом партнерству или да изврше конверзију у истополни брак), види Brattström, M., Sörgjerd, C. (2017). *Registered partnerships in Sweden*, у: *The future of registered partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. by Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia, 72.; На Исланду је Прелазним одредбама Закона о браку (Marriage Act, No. 65/2010) прописано да партнери који се већ налазе у регистрованом партнерству, могу партнерство конвертовати у брак, ако то желе, а могу такође формално ступити у брак или да наставе своје регистровано партнерство, о томе види Björgvinsson, D. T. (2017). *Registered partnerships in Iceland*, у: *The future of registered partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. by Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia, 109.

⁴⁰ Пример Француске, види Francoz-Terminal, L. (2017). *Registered partnerships in France*, у: *The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia, 168.

⁴¹ За пример Холандије види Крешић, Б. (2015). *op. cit.*, 71.

Генерално, синтагма *de facto* не изгледа као најсрећније решење, пошто асоцира на раскорак правног и фактичког (не постоји у правном, али се среће у фактичком смислу). У конкретном случају, тог раскорака нема, пошто оне настају сагласношћу воља партнера, а правни системи побројаних држава их као такве признају и дају им извесна правна дејства.

Коначно, постоје и државе које уопште не познају било који облик истополне заједнице живота (истополан брак, регистровано партнерство и фактичка заједница), као што је случај са нашим правним системом. Истополне заједнице живота нису регулисане ни у Босни и Херцеговини, Македонији, Албанији, Словачкој, Пољској, Летонији, Литванији, Румунији, Бугарској⁴², Русији итд.

1.2. Историјски развој

Хомосексуалност има дугу и турбулентну историју. У различитим културама и историјским периодима, термин хомосексуалност се пре фокусира на сексуални чин, него на особе које учествују у њему. Независно од тога, став друштва према хомосексуализму од најранијег доба до уназад неколико деценија је био изразито негативан. Први прописи који су осуђивали хомосексуализам налазе се у Мојсијевим законима, сматрајући га једном од најтежих злочина против „Божијих уредби и закона“⁴³. У старој Грчкој⁴⁴ хомосексуалност се јавља у многим делима грчке филозофије, као што је Платонова „Гозба“ (386. године п.н.е.), али се помиње и „хомосексуално понашање“ грчких богова и јунака попут Зевса, Херкула, Посејдона⁴⁵. Хомосексуализам није био непознат ни у старом Риму, где се помиње код Јувеналових сатира.⁴⁶ Један од првих правних извора који се односе на ову проблематику је закон *Lex Scantinia*, донет у време цара Домицијана, који је забрањивао хомосексуалне односе слободно рођених мушкараца.^{47 48}

Када је Римско царство прихватило хришћанство за званичну државну религију, у римском праву је прихваћена и смртна казна за хомосексуално понашање. Под растућим утицајем католичке цркве и папе на све сфере живота, у многим кривичним

⁴² Списак држава које не допуштају закључење регистрованог партнерства у оквиру ЕУ доступан је на: http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_en.htm, приступљено 12.03.2017. године.

⁴³ Чворовић, З. (2014). Право и православље, Catena Mundi, Београд, 194.

⁴⁴ Опширније Крешић, Б. (2012). Правно уређење заједнице особа истога спола у праву земаља Европске Уније и перспективе легализације у праву Босне и Херцеговине, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Тузли, Тузла, 9 и даље; Још се у старој Атини говорило о „љубави према дечацима“, о томе види Павловић, Ма. (2018). Развитак права, Крагујевац, 54.

⁴⁵ Види Зорица, Л. (2016). Повијесни приказ хомосексуалних особа као маргинализоване скупине, *Essehist*, број 8, 3.

⁴⁶ Римљани су сматрали да хомосексуалност, као и друге особине, зависе од утицаја звезда при нечијем рођењу, Види Јувенал, Д. Ј., Сатире, превод Пакиж, М. (2009). Београд, 97, фн 62. Поред тога помиње се да се "Граха удаје за мушкараца", *Ibid.*, 109, фн 88.

⁴⁷ Види *Ibid.*, 101, фн 69.

⁴⁸ О појму брака у римском праву види Станковић, Е. Владетић, С. (2020). Римско право, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 174. и даље

законима земаља Европе прописана је смртна казна за „содомисте“⁴⁹. Ни током средњег века се ситуација није мењала, те је у Еклоги хомосексуалност инкриминисана као противприродан блуд – за активно или пасивно учешће у хомосексуалном односу била је предвиђена смртна казна.⁵⁰ Тома Аквински је у делу *Summa* истицао да полно општење које нема сврху прокреације представља блудну и грешну активност, те је хомосексуална активност била грешна, јер није могла резултирати зачећем⁵¹. Што се тиче средњовековне српске правне историје, Душанов законик није помињао хомосексуалност. Међутим, брак је био могућ једино као црквени (чл. 3.: „Ниједна свадба да се не учини без венчања, а ако се учини без благослова и упита цркве, такови да се разлуче.“), те тиме једино као брак између мушкарца и жене.

Негативан став према хомосексуализму наставља се и у време ренесансе, просветитељства и целог 18. века, али се у 19. веку јавља активизам у борби за хомосексуални идентитет. Наполеонов грађански законик из 1804. године декриминализовао је содомију у Француској. Иза тога су многе државе, покорене од Француске, креирале сопствене законике по угледу на француски⁵². Борба за друштвено прихватање хомосексуалности започела је са Карлом Хајнрихом Улрихом (*Karl Heinrich Ulrich*), који се залагао за измене пруског законодавства још давне 1867. године, у смислу измена кривичног закона којим се кажњавају хомосексуални односи. Иако није успео у својој намери, Улрих је један од првих аутора који је поставио теорију о хомосексуалности. Његова идеја је за то време била револуционарна, пошто полази од става да је хомосексуалност урођена, непроменљива и „природна“, што је било дијаметрално супротно дотадашњем тумачењу католичке цркве⁵³.

Чини се да је овај период покушаја стварања другачије слике прекинут током нацистичког и фашистичког периода, када је положај хомосексуалаца био посебно неповољан. Мусолинијева власт је агресивно прогањала и кажњавала мушку хомосексуалност, а у Немачкој је реорганизација сексуалности постављена у средиште нацистичког пројекта.⁵⁴ Негативан и безобзиран став према хомосексуалцима (нарочито бруталност понашања чувара у концентрационим логорима и насиља над њима) ширио се и на државе окупиране од стране Трећег Рајха. То се односи на делове Белгије, Француске, анектиране делове Пољске, Чехословачке и Холандије. Положај хомосексуалаца ништа није био бољи ни у Совјетском Савезу, где се хомосексуалност називала "фашистичком перверзијом".⁵⁵

После II светског рата велику прекретницу у јавном погледу на хомосексуалност представља догађај, који се 27. јуна 1969. године десио у Њујорку. Тог дана је у хомосексуалном клубу (*Stonewall*) извршена рација, а тај датум је затим узет као дан

⁴⁹ Види Крешић, Б. (2012). *op. cit.*, 11. и даље.

⁵⁰ Види Павловић, Ма. (2018). *op. cit.*, 87. Овако строга казна била је прописана за нпр. тровање, умишљајна паљевина, умишљајно убиство, види Чворовић, З. (2014). *op. cit.*, 196.

⁵¹ Види Зорица, Ј. (2016). *op. cit.*, 5.

⁵² *Ibid.*, 6-7.

⁵³ Види Крешић, Б. (2012). *op. cit.*, 16. и даље.

⁵⁴ Види Зорица, Ј. (2016). *op. cit.*, 10 и даље. Тако је још 1936. године основана Канцеларија Рајха за борбу против побачаја и хомосексуалности. Током II светског рата између 46.000 и 50.000 мушкараца је осуђено на затворске казне или депортације у концентрационе логоре.

⁵⁵ Види Зорица, Ј. (2016). *op. cit.*, 12.

„Параде поноса“, која се од наредне 1970. године редовно организовала. Ове догађаје пратило је оснивање све већег броја организација за заштиту хомосексуалаца,⁵⁶ како у Америци, тако и у целом свету⁵⁷. *American Psychiatric Association* је 1973. године обрисала хомосексуалност са листе душевних поремећаја, што представља важну прекретницу – нестало је научни разлог за дискриминацију⁵⁸.

Како се мењала друштвена свест, тако су се мењала и поједина упоредна законодавства и хомосексуализам више није представљао кривично дело.⁵⁹ У источној Европи декриминализација се спроводила следећим током: Пољска 1932. године, Чешка 1960. године, Мађарска 1962, Бугарска 1968. године, Словенија и Хрватска 1976. године, Балтичке државе 1992. године, Румунија и остале државе источне Европе 1992. године).⁶⁰ Хомосексуалност је у Србији декриминализована 1994. године.

1.3. Озакоњење истополних заједница

Прва правна форма којом су легализоване истополне заједнице живота било је регистровано партнерство и то је учињено најпре у Данској 1989, а након тога у Норвешкој, Шведској, Исланду, итд. Међутим, увођење регистрованог партнерства представља много више од законског уређивања имовинских односа и грађанског статуса лица на које се оно непосредно односи. То је био озбиљан показатељ демократичности, отворености и толеранције друштва.⁶¹

Регистровано партнерство је у неким државама представљало међукорак до увођења истополног брака. Наиме, институту регистрованог партнерства је често замерано да су његовим увођењем истополни и хетеросексуални партнери различито третирани, посебно у ситуацији када је регистровано партнерство било отворено и за хетеросексуалне партнере. Разлог замерка лежао је у томе што истополни партнери нису могли бирати између брака и регистрованог партнерства, као што су то могли хетеросексуални партнери⁶². Коначно је истополан брак први пут уведен у Холандији 2001. године.

Озакоњење истополних заједница живота је скоро увек пратила и социјална и политичка дебата, што у парламентима, што ван њега⁶³, а некада су кључна питања изношена на референдум⁶⁴. У Немачкој је било чак неколико парламентарних

⁵⁶ Види Крешић, Б. (2012). *op. cit.*, 26. и даље.

⁵⁷ Нпр. Riks förbundet för Sexuellt Likaberättigande у Шведској 1970. године; У Британији је основана *Gaz Liberation Front / GLF* 1971. године.

⁵⁸ Види Зорица, Ј. (2016). *op. cit.*, 13.

⁵⁹ На пример, о декриминализацији хомосексуалне активности види Scherpe, M. J. (2010). *op. cit.*, 82.

⁶⁰ Види Kraljić, S. (2017). *Same-sex partnerships in Eastern Europe: Marriage, Registration or on regulation?*, у: *Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU*, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 56. и даље.

⁶¹ Мршевић, З. (2009). *Ка демократском друштву- истополне породице*, Београд, 23.

⁶² Види Pintens, W. Scherpe, J. M. (2017). *Same-sex marriages*, у: *Encyclopedia of Private International Law, Volume 2* (Eds. Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio), Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 1604.

⁶³ За пример Данске види Lund-Andersen, I. (2017a). *op. cit.*, 27-28.

⁶⁴ За пример Ирске види Fulli-Lemaire, S. (2017). *op. cit.*, 23-24.

иницијатива за увођење правног оквира за истополне заједнице живота⁶⁵. У овој држави се чак и Уставни суд, годинама пре увођења регистрованог партнерства, изјашњавао о (не)могућности увођења истополног брака (одлука BverfG из 1993. године)⁶⁶. Коначно, озакоњење истополних заједница живота је у неким случајевима представљало последицу одлука Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП), као што је то случај са Италијом, о чему ће касније бити више речи (види одељак 5. овог дела). Наиме, у предмету *Oliari and Others v. Italy*, Италија је, према ставу овог суда, прекорачила своје поље слободне процене (енгл: *margin of appreciation*) и пропустила да испуни своју позитивну обавезу да подносиоцима представки омогући одређени правни оквир, ради признања и заштите њихових истополних заједница.⁶⁷ Последично, у Италији је донет закон број 76/2016, којим су уведени институти грађанске уније и кохабитације.

У САД је судска пракса имала велику улогу у правно-историјском развоју истополних партнера. Први пут је Врховни суд Хаваја 1993. године заузео став да дотадашњи закон који онемогућава брак истополним паровима крши уставну одредбу о једнакости. Међутим, на референдуму је 1998. године усвојен уставни амандман којим се брак ограничава само на парове различитог пола⁶⁸. Врховни суд једне друге савезне државе САД (Аљаска) утврдио је 1998. године да је забрана истополних бракова недопустива због повреде „основног права на приватност“ и повреде "клаузуле о једнакости". Међутим, неколико месеци касније, усвојен је уставни амандман сличног садржаја као што је то био случај на Хавајима⁶⁹. Недуго затим је Врховни суд у Вермонту (1999. године) утврдио неуставност искључивања истополних партнера из бројних погодности које имају хетеросексуални брачни партнери. Овај суд није испитивао јесу ли истополни партнери основано изузети из могућности закључења брака или не, већ може ли их држава искључити из свих оних права која произилазе из (хетеросексуалног) брака. На крају је дошао до закључка да истополним партнерима треба омогућити иста законска права која имају и особе у браку. Због тога је законодавац Вермонта увео нов правни институт "истополна заједница" (енгл: *civil union*) која паровима даје иста права као и брачним партнерима.⁷⁰

Истовремено, средином деведесетих у САД, почело је да се развија и тзв. домаће партнерство (*domestic partnership*), у неколико градова који су били толерантни према истополним партнерима (Њујорк, Сан Франциско, Минеаполис, Ајова Сити)⁷¹. Нешто касније, током 2008 године, донете су историјске америчке одлуке: одлука Врховног суда Калифорније, одлука Њујоршког апелационог суда и одлука Врховног суда

⁶⁵ Види Scherpe, M. J. (2010). *op. cit.*, 83. и даље.

⁶⁶ Види Scherpe, M. J. (2010). *op. cit.*, 78.

⁶⁷ Пар. 185. *Oliari and Others v. Italy* пресуде.

⁶⁸ Види Барић, С., Винцан, С. (2013). Уставноправно начело једнакости и правно уређење истополних заједница, у: Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 50, 1/2013, 93; Ипак, бирачко тело је 1998. године на референдуму изгласало уставни амандман ограничавајући брак на парове различитог пола.

⁶⁹ Види Барић, С., Винцан, С. (2013). *op. cit.*, 93. Реч је о пресуди Врховног суда Аљаске *Brause v. Boureau of Vital Statistics, Case No. 3AN-95-6552 CI (1998) (Alaska Super.)*.

⁷⁰ Види Барић, С., Винцан, С. (2013). *op. cit.*, 93.

⁷¹ Види Мршевић, З. (2008). Правна регулатива истополних заједница у Сједињеним Америчким Државама, у: Увод у право САД (ур. Јован Ђирић), Институт за упоредно право, Београд, 380.

Конектиката. Врховни суд Калифорније био је става да "право на стварање породичних односа" припада свим грађанима Калифорније, без обзира на полну оријентацију и тиме дозволио закључење истополних бракова. Током 2008. године, Апелациони суд у Њујорку заузео је став да та држава мора да призна истополне бракове, склопљене у државама које су овакве бракове легализовале. На крају, Врховни суд Контектиката је заузео становиште да до тада постојеће истополно партнерство представља дискриминаторни институт и да би правно схватање брака у тој држави морало да се промени. Према ставу овог суда, тумачење одредаба Устава Конектиката у складу са начелом једнаке заштите водило је закључку да истополни партнери имају право да се венчавају као и сви други.⁷²

Коначно, током 2015. године, од стране Врховног суда САД донета је револуционарна пресуда *Obergefell v. Hodges*, којом је закључење истополног брака дозвољено у свим државама САД.⁷³

2. Упоредно породично право

У упоредном праву постоји диверзитет истополних заједница живота, јер се појављују у различитим облицима, који у неким државама чак могу коегзистирати. Аутор Кари-Самнер (*Curry-Sumner*) је начинио поделу држава на монистички, дуалистички и плуралистички модел, према критеријуму могућности формалног закључења неког облика истополне заједнице живота⁷⁴.

У монистичком систему постоји само једна институција – брак, који је отворен како за особе различитог, тако и за особе истог пола. Овај систем се среће у Португалу и неким канадским провинцијама⁷⁵. У дуалистичком систему институти регистрованог партнерства и брака постоје паралелно, с тим што је први предвиђен за истополне партнере, а други за хетеросексуалне партнере. Међутим, у неким државама које припадају овом моделу, временом је долазило до укидања регистрованог партнерства, као што је случај са скандинавским земљама. Према томе, дуалистички систем се може поделити у две фазе: у првој постоје два института истовремено, а онда када државе одлуче да укину регистровано партнерство, наступа друга фаза, којом заправо дуалистички модел прелази у монистички модел. Из тих разлога би се могло рећи и да је дуалистички систем прва фаза поменутог (монистичког) система⁷⁶, у којем постоји само један институт брака, без обзира на то да ли реч о партнерима истог или различитог пола. Дуалистички систем постоји у Чешкој, Мађарској, Словенији, Швајцарској, Северној Ирској, Линхештајну итд⁷⁷.

У плуралистичком систему, парови могу бирати две могућности да би формално уредили свој однос, невезано од њиховог пола, у облику брака или регистрованог

⁷² Види Мршевић, З. (2008). *op. cit.*, 389. и даље.

⁷³ О самој пресуди види више на http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf, приступљено 13.04.2021.

⁷⁴ Види *Curry-Sumner*, I. (2016). *op. cit.*, 128 и даље.

⁷⁵ Види *Ibid.*, 128-129.

⁷⁶ О дуалистичком систему види *Ibid.*, 129.

⁷⁷ Види списак *Ibid.*, 130.

партнерства. У ову групу спадају примера ради Холандија, Белгија, Француска, Луксембург, Шпанија.⁷⁸ Плуралистички модел се такође може поделити у две фазе: први период у достизању овог модела подразумева отварање могућности регистрације истополним и хетеросексуалним партнерима, при чему институт брака не трпи никакве измене. Истополни партнери у овој фази немају могућност да закључе брак. Међутим, таква правна ситуација излаже истополне партнере новој врсти дискриминације, јер хетеросексуални партнери имају право избора у којој правној форми ће озакоњити свој однос, а истополни партнери тај избор немају. Наведена дискриминација представља снажан аргумент за омогућавање истополног брака и истополним партнерима, што представља прелазак из прве у другу фазу плуралистичког модела.⁷⁹

У даљем раду биће изложена супстанцијална решења законодавстава одабраних страних држава, која се односе на законодавна решења за истополне бракове, за регистрована партнерства и за *de facto* истополне заједнице.

2.1. Истополни бракови

2.1.1. Холандија

У Холандији је истополни брак уведен 2001. године, који је практично идентичан са браком између мушкарца и жене, у свим аспектима⁸⁰. Брачни другови имају обавезу узајамне верности, помоћи и подршке и обавезни су да задовоље животне потребе један другог, али нису дужни да живе заједно. Поред тога, брачни супружници имају узајамну обавезу да сnose трошкове одржавања домаћинства, али су и заједнички и солидарно одговорни према трећим лицима за обавезе, које је преузео један од супружника ради одржавања домаћинства.⁸¹

Када је реч о имовинском режиму, у случају да брачни другови нису закључили брачни уговор (који се закључује пред нотаром⁸²), реч је о заједничкој имовини (режим заједнице имовине), која обухвата сву тренутну и будућу имовину и обавезе од момента закључења брака, мада могу постојати и изузеци⁸³. Од 01.01.2012. године, оба брачна друга управљају имовином, а супружници поред заједничке могу имати и приватну имовину. Деоба заједничке имовине је предвиђена, примера ради, у случају престанка брака. У случају деобе, заједничка имовина (имовина и дугови) дели се на два једнака дела⁸⁴. Издржавање након престанка брака је могуће и суд га може досудити ако бивши супружник нема довољно прихода за своје потребе и ако није у могућности да приход стекне (BW 1:157)⁸⁵.

⁷⁸ Види Ibid., 130.

⁷⁹ Види Ibid., 130.

⁸⁰ Vlaardingerbroek, P. (2016). Family law y: Introduction to Dutch law (Eds. by Jeroen Chorus, Ewoud Hondius, Wim Voermans), Kluwer, 65-66.

⁸¹ Види Ibid., 68- 69.

⁸² Детаљније о брачним уговорима види Ibid., 70. и даље.

⁸³ Види Ibid., 69.

⁸⁴ Види Ibid., 69-70.

⁸⁵ Види Ibid., 72.

Према BW 1:149, брак престаје: смрћу, разводом, раставом по основу судске одлуке итд. Развод се може покренути споразумним захтевом супружника или на захтев једног од њих. Једини основ развода брака је његова трајна поремећеност.⁸⁶

2.1.2. Белгија

Истополни брак је у Белгији легализован законом који је ступио на снагу 01. јуна 2003. године. Према чл. 143. белгијског Грађанског Законика две особе истог или различитог пола могу закључити брак. Истополан брак подразумева иста узајамна права и дужности између супружника, има иста имовинска, наследноправна дејства као и хетеросексуалан брак, али се и исте одредбе примењују на престанак брака (разводом или смрћу супружника). Једина разлика између истополног и хетеросексуалног брака јесте у томе што претпоставка очинства (да је супруг мајке аутоматски законски отац детета рођеног у браку) не важи у случају истополног брака. Прецизније, супруга истополне партнерке која је родила дете нема аутоматски право да буде комајка (енгл: *co-mother*) детету које је њена супруга родила током трајања брака.⁸⁷

Брак се може развести споразумно или на захтев једног од супружника због неотклоњивог поремећаја брачних односа. Споразумни развод брака подразумева да се супружници морају договорити о свим спорним питањима која проистичу из њиховог односа (нарочито издржавање након развода или договор око њихове имовине). Ако због непомирљивих разлика један супружник захтева развод, сматра се да те разлике постоје ако супружници живе одвојено годину дана. Уколико обоје поднесу захтев у том смислу, период њихове одвојености је скраћен на шест месеци. Свако од њих може захтевати досуђивање издржавања након развода⁸⁸.

2.1.3. Данска

У Данској је 15.06.2012. године ступио на снагу Закон о изменама брачног права, по коме је постало могуће закључити истополни брак и неки пропратни закони су се изменили⁸⁹. Тако, нпр. измењен је Закон о деци и родитељима увођењем „комајчинства“ али и Закон о наслеђивању, као последица породичноправног изједначавања истополних и хетеросексуалних партнера⁹⁰.

Материјални услови за закључење брака налазе се у првом делу Закона о закључењу и престанку брака - AEL.⁹¹ Према Закону о брачним дејствима супружници имају обавезу пружања узајамне подршке и да воде рачуна о потребама породице. Из тога

⁸⁶ Види Ibid., 71-72.

⁸⁷ Види Sosson, J. (2010). Recent evolutions (or revolutions) in Belgian Family law, у: The International Survey of Family Law, 2010. Edition (General Editor Bill Atkin, Associate Editor, Africa, Fareda Banda), 54-55.

⁸⁸ Види Ibid., 56-57.

⁸⁹ Опширније види Ring, G., Olsen-Ring, L. (2017). Dänemark, у: Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), Zerb Verlag, 3. Auflage, 439. Реч је о следећим законима: AEL (Закон о закључењу и престанку брака), AERL (Закон о брачним дејствима), RPL (Закон о правосуђу).

⁹⁰ Види Дураковић, А. (2014). *op. cit.*, 143.

⁹¹ У публикацији број 1818 од 23.12.2015, види Ring, G., Olsen-Ring, L. (2017). *op. cit.*, 438.

произилази, између осталог, и обавеза заједничког одређивања места боравка⁹². Према Закону о именима и презименима дата је велика слобода приликом формирања презимена. Венчање не изазива аутоматски промену презимена једног брачног друга⁹³.

Свеукупна имовина коју супружници имају у време уласка у брак или стекну током трајања брака улази у општу имовинску заједницу (параграф 15. ст. 1. AERL), осим ако није брачним уговором проглашена за тзв. резервисану имовину према §28. односно §28. а AERL. „Резервисана“ имовина је оно што супружници одреде за резервисану имовину, као и поклон који супружник добије или имовина коју стекне наслеђивањем⁹⁴. Општа имовинска заједница има значајне консеквенце код престанка имовинског режима у случају деобе имовине (приликом смрти, развода, превременог поравнања (тзв. *bosondring*))⁹⁵. Брачни другови могу брачним уговором да уреде своје имовинске односе, који се закључује у писменој форми са потписом оба супружника, уз његово уписивање у регистар имовине.⁹⁶

Данска правила предвиђају обавезу узајамног издржавања брачних другова (и издржавања своје деце). Супружници доприносе издржавању породице новчано, обављањем послова у домаћинству или на други одговарајући начин, у складу са својим могућностима⁹⁷. У пракси је посебно значајна одредба параграфа 6. AERL, према којој обавеза издржавања постоји и онда када брачни другови не живе заједно због неслагања. Параграф 6. AERL важи све до тренутка у коме евентуално постоји одобрење за раставу или развод, односно пресуда о дефинитивној растави или разводу⁹⁸.

Престанак брака је могућ након шест месеци одвојеног живота брачних другова (§ 30. AEL). Брачни партнер има право на развод брака и у следећим случајевима: двогодишњи одвојени живот брачних партнера (§ 32 AEL), ако други супружник (противно §9 AEL) ступи у нови брак, прељуба (§33 AEL) итд.⁹⁹

2.1.4. Немачка

Брак је у Немачкој регулисан у Грађанском законнику (нем: BGB¹⁰⁰). §1353ст. 1. BGB-а наводи да се брак закључује између две особе истог или различитог пола, тако да појам брака у смислу BGB обухвата и истополан брак¹⁰¹. Општа дејства брака уређена су у §1353-1362. BGB. Пре свега то је вођење заједнице живота (§1353). Брачни другови одређују заједничко презиме (брачно име), али ако га брачни другови не одреде, онда настављају да користе своје презиме које су имали у моменту

⁹² Види Ibid., 449.

⁹³ За могућности коришћења презимена види Ibid., 449.

⁹⁴ Види Ibid., 442-443.

⁹⁵ Види Ibid., 443.

⁹⁶ Види Ibid., 450- 451.

⁹⁷ Види Ibid., 447.

⁹⁸ Види Ibid., 448.

⁹⁹ Ibid., 457.

¹⁰⁰ Породично право Немачке кодификовано је у књизи 4. BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), доступна на <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG011002377>, приступљено 23.08.2018. године.

¹⁰¹ Palandt (2018). Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 77. Auflage, 1791., Einl v §1297, Rn. 1.

закључења брака (§1355. ст. 1. BGB). Вођење домаћинства брачни другови уређују узајамним договором (§1356. ст. 1. BGB)¹⁰².

Обавеза издржавања у браку и након брака постоји у три вида. Први је тзв. *Familienunterhalt* (породично издржавање)¹⁰³. Према §1360 BGB супружници су обавезни једно другом да издржавају породицу кроз свој посао или имовину и ово издржавање је предвиђено за период од закључења брака до раставе (*Trennung*). Други вид је издржавање за период од када су се супружници растали до пресуде о разводу брака и назива се *Trennungsunterhalt* (издржавање) (§1361. BGB). Трећи вид је тзв. *Scheidungsrecht* – настаје од момента развода (§1569. и даље BGB)¹⁰⁴.

Брачно-имовински режим уређен је у §1363-1563 BGB. Разликују се три врсте брачне имовине: *Zugewinnngemeinschaft* (заједница прираштаја имовине), *Gütertrennung* (посебна имовина), *Gütergemeinschaft* (заједничка имовина)¹⁰⁵. Заједница прираштаја имовине је законски имовински режим и суштински подразумева брачноимовински режим заједничког доприноса (имовина уређена у одредбама §1363- 1390. BGB). Он важи у случају да брачни другови нису закључили брачни уговор пред нотаром (§1363. BGB). Ова имовина, коју су брачни другови стекли током трајања брака, сматра се да је од њих стечена истодобно¹⁰⁶. Даље, према §1414. BGB, брачни другови имају могућност да законски имовински режим искључе, тако да у том случају важи режим посебне имовине (*Gütertrennung*), ако нешто друго не произилази из брачног уговора¹⁰⁷.

Gütergemeinschaft је уговорни режим заједничке имовине¹⁰⁸, имајући у виду да се супружници могу путем брачног уговора договорити о заједничкој имовини (§1415. BGB). Поменути имовина брачних другова постаје заједничка имовина оба брачна друга која такође укључује имовину коју један од супружника стекне током трајања режима заједничке имовине (§1416. ст. 1. BGB)¹⁰⁹.

Развод се у Немачкој може изрећи само путем суда (§1564. BGB). Разлог за развод брака прописан је BGB и то је „пропаст“ брака (§1565. ст. 1. реч. 1. BGB), до које долази ако више не постоји заједница живота брачних партнера и не може се очекивати да ће је супружници поново успоставити (§1565. ст. 1. реч. 2). Непобитно се сматра да је брак пропао онда када брачни другови живе одвојено годину дана, ако оба партнера захтевају развод или се тужени саглашава са разводом (§1566. ст. 1. BGB), односно ако брачни партнери живе одвојено три године (§1566. ст. 2. BGB). У случају трогодишње

¹⁰² При томе је сваки брачни друг овлашћен да обавља своје послове саобразно покривању животних потреба породице са дејствима на другог брачног друга. Поменуте трансакције подразумевају права и обавезе оба брачна друга, осим ако околности не указују на нешто другачије (§ 1357. ст. 1. BGB). Поменути одредба се не примењује ако брачни другови живе одвојено (ст. 3.).

¹⁰³ Уређен у одредбама (§ 1360, §1360a и 1360b) BGB.

¹⁰⁴ О овим облицима издржавања види Schmidt, R. (2017). Familienrecht (Ehe, Verwandtschaft, Vormundschaft, Betreuung, Pflegschaft), 7. Auflage – Grasberg bei Bremen, 80. и даље.

¹⁰⁵ Види Ibid., 88. и даље.

¹⁰⁶ Види Ibid., 89.

¹⁰⁷ Види Ibid., 122. и даље.

¹⁰⁸ Уређена у §1415-1518. BGB.

¹⁰⁹ Види Schmidt, R. (2017). op. cit., 123. и даље.

одвојености, немачки законодавац не помиње обавезу да се тужени сагласи са разводом¹¹⁰.

2.2. Истополне (регистроване) заједнице

2.2.1. Данска

Увођењем истополног брака у правни живот Данске 2012. године, отворена је могућност да се до тада закључено регистровано партнерство¹¹¹ конвертује у брак, а оно које се не конвертује, остаје да важи као регистровано партнерство.¹¹² Начелно, услови за закључење регистрованог партнерства били су исти као и услови за закључење брака¹¹³.

Дејства регистрованог партнерства кореспондирају са дејствима, која настају у браку¹¹⁴ (*Section 3* прописа о регистрованом партнерству)¹¹⁵. Када је реч о имовинским дејствима, важи принцип заједничке имовине, осим ако партнери уговором не изаберу режим посебне имовине.¹¹⁶ Што се тиче издржавања, партнери имају заједничку дужност да једно друго издржавају за време трајања регистрованог партнерства. Ако се након престанка регистрованог партнерства (судском одлуком или разводом) партнери не могу договорити о издржавању, онда суд одлучује о праву партнера на издржавање и о његовом трајању¹¹⁷.

Регистровано партнерство престаје¹¹⁸ на исти начин као и брак (осим медијације од стране пастора) и може се издејствовати пред управним или судским органом¹¹⁹. Пред управним органом се може издејствовати растава или престанак партнерства ако су супружници сагласни око тога и ако су се сагласили о евентуалном издржавању и ко од њих преузима заједнички закупљени дом. Ако управни орган посумња у то да ли постоје услови за раставу или престанак административним путем, партнери се упућују на суд¹²⁰.

¹¹⁰ Види Дураковић, А. (2016). Међународно приватно право развода брака у Еуропској унији и Босни и Херцеговини, Мостар, 20.

¹¹¹ Регистровано партнерство је у Данској уведено прописом Act No. 372, 07.06.1989 (Consolidated Act No. 938, 10.10.2005.).

¹¹² Види Lund-Andersen, I. (2017a). *op. cit.*, 32.

¹¹³ Лице млађе од 18 година не може закључити партнерство без сагласности родитеља. Остале сметње које се односе закључење брака (сродство, те забрана бигамије и остале сметње), убачене су у Закон о регистрованом партнерству. Опширније види Lund-Andersen, I. (2017a). *op. cit.*, 29.

¹¹⁴ О дејствима регистрованог партнерства види Lund-Andersen, I. (2017a). *op. cit.*, 33 и даље.

¹¹⁵ А изузеци који се тичу деце су замењени амандманима овог прописа види Lund-Andersen, I. (2017a). *op. cit.*, 22.

¹¹⁶ Види *Ibid.*, 33-34.

¹¹⁷ Види *Ibid.*, 34.

¹¹⁸ Постоји 6 разлога на основу којих је престанак могућ: 1) након 6 месеци сепарације; 2) након раздвојеног живота у трајању од две године, због раскида партнерске везе; 3) ако је један партнер неверан другоме; 4) породично насиље; 5) бигамија; 6) напуштање детета. Сви ови разлози су побројани у Данском пропису о браку и примењују се и на престанак партнерства. Види *Ibid.*, 31.

¹¹⁹ Види *Ibid.*, 30-31.

¹²⁰ Види *Ibid.*, 31.

2.2.2. Француска

У Француској је прво уведено регистровано партнерство, па затим истополни брак, а конверзија пакта у истополни брак није никада била могућа¹²¹. Под партнерством у Француској се подразумева тзв. грађански пакт солидарности (нем: *Civile Solidaritätspakte*; фр: *pacte civil de solidarité* („PACS“)), за који је познато да има слабија дејства него она партнерства из нордијских држава, а са друге стране, отворен је и за истополне и хетеросексуалне партнере.¹²² Пакт је „уговор који искључиво има за циљ да уреди имовинске аспекте заједнице две особе, различитог или истога пола, али такође ствара и нов статус“¹²³. Да би био обавезујући, писмени уговор о пакту мора бити регистрован¹²⁴.

Партнери се обавезују да живе заједно, да се међусобно издржавају (узимајући у обзир финансијске могућности сваког партнера) и морално помажу, али су и заједнички и солидарно одговорни за дугове, који проистичу из вођења домаћинства или подизања деце. Издржавање у случају престанка пакта није уређено императивним нормама, али партнери могу унети такву одредбу у оригинални уговор о пакту.¹²⁵

Када је реч о имовинском режиму, након последњих законских измена у пакту важи режим посебне имовине, те је сваки партнер искључиви власник имовине, било када стечене, која се води на његово име (која се углавном врло лако доказује нотарском исправом или другим писаним документом). Међутим, партнери могу уговором изабрати и режим заједничке (недељиве) својине¹²⁶.

Престанак пакта наступа аутоматски смрћу једног од партнера или закључењем брака једног од партнера са неком другом особом. Пакт престаје и сагласношћу воља партнера или једностраном изјавом једног од њих, с тим што се ове изјаве морају унети у регистар¹²⁷.

2.2.3. Немачка

Регистровано партнерство у Немачкој уведено је 2001. године Законом о регистрованим партнерствима (нем: *LPartG*¹²⁸) и могуће је само за истополне парове. Након увођења истополног брака, у Немачкој више није било могуће закључити

¹²¹ Види Francoz-Terminal, L. (2017). op. cit., 168.

¹²² Опширније види Sörgjerd, C. (2016). Marriage in a European perspective, у: European family law volume III: Family law in a European perspective (Ed. Jens M. Scherpe), 26.

¹²³ Види Francoz-Terminal, L. (2017). op. cit., 158.

¹²⁴ Раније је надлежност припадала главном чиновнику Tribunal d'Instance-а, а сада ту надлежност има службеник за грађански статус, а од 2011. године се пакт уговор може закључити и у форми нотарске исправе, о томе види Francoz-Terminal, L. (2017). op. cit., 163 и даље.

¹²⁵ Ibid., 171.

¹²⁶ Ibid., 169-170.

¹²⁷ Види Ibid., 167.

¹²⁸ Доступно на <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BJNR026610001.html> приступљено 23.08. 2018. године.

регистровано партнерство,¹²⁹ али је омогућена конверзија регистрованог партнерства у брак (§ 20a LpartG).

Животно партнерство подразумева да партнери живе заједно и да пруже једно другом бригу и подршку (§ 2. LPartG). Одредба § 5. уређује обавезу међусобног издржавања између партнера, коју један партнер обезбеђује радом или имовином.

Имовински режим партнерства подразумева заједницу прираштаја имовине, ако нешто друго нису уговорили у партнерском уговору (§6 LPartG).¹³⁰ Регистровано партнерство престаје на захтев једног или оба брачна партнера, судском одлуком¹³¹. Након престанка, сваки партнер има право да од другог потражује предмете домаћинства који му припадају (§13 LPartG). Поред тога, након престанка партнерства, сваки партнер за себе води рачуна о свом издржавању. Ако је један у немогућности да то учини, на издржавање се сходно примењују одговарајуће одредбе BGB о издржавању између супружника у случају развода брака.¹³²

2.2.4. Холандија

У Холандији партнери могу закључити регистровано партнерство, без обзира да ли је та особа истога или различитог пола¹³³. Иако закључење партнерства нема последице на презиме странака, партнери имају право да користе презиме једно другог ако то желе¹³⁴.

Када је реч о имовинском режиму, основни принцип је принцип заједнице имовине (сва имовина и дуговања која партнери имају у тренутку закључења партнерства и коју стекну током трајања партнерства). Ипак, у режим заједнице имовине не спада наслеђена имовина, имовина која је повезана са једним регистрованим партнером, пензиона права и права која проистичу из чл. 4:28 и 4:30 Холандског грађанског законика¹³⁵.

Регистровано партнерство престаје на два начина. Надлежан је матичар ако партнери немају малолетну децу и ако су уговором уредили дејства престанка. Ако имају малолетну децу над којима имају заједничко родитељско право и ако не могу да се договоре око поделе имовине, надлежан је суд¹³⁶.

¹²⁹ Чл. 3. ст. 3. Закона о увођењу права особама истога пола на закључење брака (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts): „Ступањем на снагу овог закона, регистрована партнерства се не могу више закључити“.

¹³⁰ Партнерски уговор је уређен у §7 LPartG.

¹³¹ Види § 15.; Суд изриче престанак у тачно одређеним случајевима, у складу са §15. ст. 2. LPartG: -да су партнери растављени годину дана и кад оба партнера захтевају престанак партнерства или се друга страна саглашава са захтевом за престанак и када се не може очекивати да се партнерска животна заједница поново успостави.

-када партнери захтевају престанак и када су раздвојени три године.

-када би наставак партнерства за подносиоца захтева био незамислива тешкоћа (*eineunzumutbare Härte*), из разлога који леже у особи другог партнера.

¹³² Види § 16. LPartG.

¹³³ О условима види Sumner, I. (2017). op. cit., 124. Минимални број година који се захтева је 18.

¹³⁴ Ibid., 131.

¹³⁵ Ibid., 136-137.

¹³⁶ Види Ibid., 148.

2.2.5. Хрватска

Хрватска је 2014. године увела Закон о животном партнерству особа истог пола¹³⁷ (у даљем тексту: ЗЖПОИС), којим је увела појам „животног партнерства“, заједнице породичног живота две особе истог пола склопљене пред надлежним телом (матичарем) у складу са одредбама поменутог закона (чл. 2.)¹³⁸.

Животно (регистровано) партнерство ствара лична, имовинска дејства, наследноправна дејства и дејства која се односе на родитељско и партнерско старање над дететом од стране партнера родитеља детета¹³⁹. У животном партнерству су предвиђена два имовинска режима: партнерска имовина и посебна имовина (имовина коју животно партнер има у тренутку склапања животног партнерства), а партнери могу и уговором о имовини животног партнера другачије уредити своје имовинске односе¹⁴⁰. Према чл. 38. овог закона, приликом склапања животног партнерства, особе које намеравају склопити животно партнерство могу се договорити о избору презимена¹⁴¹. На издржавање у животном партнерству сходно се примењују прописи породичног права који се односе на издржавање између супружника. На крају, животно партнерство престаје смрћу животног партнера, проглашењем несталог животног партнера умрлим, поништајем и раскидом¹⁴².

2.2.6. Италија

Већ смо напоменули да је на увођење прописа о регистрованом партнерству у Италији утицао ЕСЉП. Наиме, овај Суд је сматрао, у предмету *Oliary and Others v. Italy*, да је Италија прекорачила своје „поље слободне процене“ и пропустила да испуни своју (позитивну) обавезу да осигура подносиоцима представки¹⁴³ (три хомосексуална пара) специфичан правни оквир, који омогућава признање и заштиту

¹³⁷ НН 92/2014, 98/19.

¹³⁸ Услови за закључење животног партнерства јесу: намера особе да склопи животно партнерство истог пола, изјављени пристајак за склапање и да је оно склопљено пред матичаром (чл. 7. ст. 1.), те ако ове претпоставке нису испуњене у време његовог склапања, животно партнерство није склопљено (чл. 7. ст. 2.). Потребан узраст за склапање животног партнерства јесте 18 година (чл. 8.); Поступак за закључења животног партнерства састоји се од пријаве намере матичару надлежном за место у којом особе желе склопити регистровано партнерство (чл. 13. ст. 1). Одредбом чл. 16. су уређене изјаве особа о избору презимена. Према чл. 17. ст. 1. матичар ће на предлог особа које намеравају склопити животно партнерство одредити дан за склапање животног партнерства. Животно партнерство склапа се у присуству будућих партнера, матичара и сва сведока (чл. 20).

¹³⁹ Члан 37. ЗЖПОИС и даље

¹⁴⁰ Чл. 50. ЗЖПОИС и даље.

¹⁴¹ Партнери се могу споразумети:

1. да свако задржи своје презиме,
2. да као заједничко презиме узму презиме једног од њих,
3. да као заједничко узму оба презимена и одлуче које ће презиме употребљавати на првом, а које на другом месту,
4. да сваки од њих уз своје презиме узме и презиме животног партнера и одлучи које ће бити на првом, а које на другом месту.

¹⁴² Види чл. 23 – 30. ЗЖПОИС.

¹⁴³ Поднете су две представке: представка број 18766/11 и 36030/11, пресуда од 21.07.2015. (правноснажна 21.10.2015.).

истополних заједница (пар. 185. пресуде)¹⁴⁴. Следствено томе, у Италији је донет Закон о грађанској унији између истополних партнера (*unioni civile*)¹⁴⁵.

Грађанска унија је отворена само за истополне партнере,¹⁴⁶ а потребно је да будући партнери изјаве да не постоје сметње за његово закључење (нпр. постојање ранијег брака или грађанске уније и сл)¹⁴⁷. Партнери се обавезују на узајамну моралну и економску подршку, на заједнички живот као и да доприносе породици (унији) у складу са својим могућностима, док обавеза верности није предвиђена. Што се тиче имовинског режима грађанске уније реч је о режиму заједничке имовине. Законске одредбе које се примењују на брак и односе се на имовински фонд за потребе породице, на заједничку имовину, на деобу имовине, паралелно ће важити и за грађанску унију.¹⁴⁸

Престанак грађанске уније спроводи се у две фазе. Партнери, заједнички или самостално, обавештавају цивилног регистратора о својој намери да прекину грађанску унију, те у оквиру наредна три месеца могу, самостално или заједнички, затражити од суда да изрекне престанак заједнице или посредовање/преговарање¹⁴⁹. Грађанска унија престаје коначном судском одлуком и гасе се наследна и имовинска права. Коначно, након престанка грађанске уније, гаси се и заједнички имовински режим и имовински фонд за породичне потребе. Поред тога, сваки партнер може наставити да користи своје презиме (добито по рођењу) и на крају, издржавање може бити досуђено у корист економски слабијег партнера као израз породичне солидарности¹⁵⁰. Поменути закон регулише и поништај грађанске уније¹⁵¹.

2.2.7. Словенија

Законом о партнерској вези (*Zakon o partnerski zvezi – ZPZ*; енгл: *Civil Union Act*), предвиђен је институт партнерске везе, која је предвиђена за парове истога пола. „Партнерска веза“ или грађанска унија дефинише се као заједница између две жене или два мушкарца и има исте правне последице као и брак у свим правним областима (чл. 2. ZPZ), а изузетке од тога може прописати само ZPZ¹⁵². Тако, партнери немају права

¹⁴⁴ Види део I тачка 5.4. дисертације.

¹⁴⁵ Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 21.05.2015; Закон број 76 из 2016. године.

¹⁴⁶ Унија се формално конституише пред службеником за грађански статус у присуству два сведока, а сметње за закључење су сличне као за брак: бити венчан са другом особом или бити већ у једној формализованој унији. Gonzales Beilfuss, C. (2017). Southern jurisdictions: Consolidation in the West, progress in the East, у: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 51.

¹⁴⁷ Ferrari, I. (2017). op. cit., 182. Пошто је потребно да изјава партнера буде дата у писменој форми са потписима, партнери могу и бирати алтернативни имовински режим и изабрати презиме.

¹⁴⁸ Ibid., 183.

¹⁴⁹ Са друге стране, грађанска унија такође престаје из свих оних разлога који су прописани за престанак брака, тј. због смрти, стране одлуке о поништају или разводу, тачно одређеним кривичним делима и сл. Ibid., 184-185.

¹⁵⁰ Ibid., 185.

¹⁵¹ О начинима поништаја и разлозима види Ibid., 185.- 186.

¹⁵² Novak, B. (2017). Das neue slowenische Familienrecht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Jg. 64, 2017, Heft 18, 1484.

да заједно усвоје дете нити имају право на биомедицински потпомогнуто рађање (чл. 2. ZPZ), али је могуће да дете усвоји један од њих¹⁵³.

У свим осталим аспектима Породични закон Словеније се примењује *mutatis mutandis*. Тако, услови за настанак грађанске уније и њену пуноважност сматрају се *mutatis mutandis* у складу са условима за закључење брака и његову пуноважност, како је то прописано законом којим се регулише брак. Коначно, за закључење грађанске уније, њену непуноважност, за права и обавезе који проистичу из грађанске уније, за имовинске односе између партнера, за престанак грађанске уније и односе између партнера након њеног престанка – *mutatis mutandis* се примењује пропис, који наведена питања уређује у оквиру брака.^{154 155}

2.3. Истополне (нерегистроване) заједнице, тзв. *de facto* заједнице

Правни системи који су законом регулисали заједнички живот два лица истог пола, који не настаје у формалној процедури и који можемо окарактерисати као неформалну животну заједницу, су заступљени у Португалу, Хрватској, Италији и Словенији.

2.3.1. Португал

Нерегистрована заједница (*união de facto*) у Португалу је уведена Законом број 7/2001 од 11.05.2001¹⁵⁶. Под оваквом заједницом подразумева се унија двоје људи који живе у фактичком односу дуже од две године, невезано за њихов пол¹⁵⁷. Ове заједнице не стварају имовинска дејства између партнера и она су уређена општим облигационим правом, а не стварају ни наследна права¹⁵⁸.

2.3.2. Хрватска

У хрватском правном систему постоји тзв. „неформално животно партнерство“ у смислу заједнице породичног живота две особе истог пола, које нису склопиле регистровано (животно) партнерство пред надлежним телом, уколико та заједница траје најмање три године и ако су од почетка биле испуњене претпоставке за

¹⁵³ Види о начинима усвојења Novak B. (2016). Možnosti da istopolni partnerji v slovenskem pravnem redu postan jostarši, Podjetje in delo - 2016, številka 6-7, stran 1054 | GV Založba, 1.10.2016.

¹⁵⁴ О свему овоме види чл. 4. ZPZ.

¹⁵⁵ Од дана ступања на снагу ZPZ до хармонизације прописа који регулише лична имена, одредбе закона који регулише лична имена се примењују *mutatis mutandis* на питања промене презимена партнера у грађанској унији приликом формирања, престанка и поништаја грађанске уније.

¹⁵⁶ Види Huzel, E. (2017). Portugal, у: Ehecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage, 1065.

¹⁵⁷ Опширније Gonzales Beilfuss, C. (2017). Southern jurisdictions: Consolidation in the West, progress in the East, у: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 46.

¹⁵⁸ Ипак, постоје неке законске измене што се тиче наслеђивања од 2010 године: Преживели партнер може остати у породичном дому, чији је власник био преминули партнер на период од 5 година, види Ibid., 47.

пуноважност животног партнерства. Њено постојање доказује се на исти начин као и ванбрачна заједница.¹⁵⁹ Овај институт коегзистира са животним партнерством.

У случају да неформално животно партнерство испуњава наведене претпоставке (три године и ако задовољава претпоставке за пуноважност животног партнерства), на његова лична и имовинска дејства се на одговарајући начин примењују одредбе ЗЖПОИС које важе за регистроване (животне) партнере, осим одредбе чл. 38. овог закона која уређује избор презимена.¹⁶⁰

2.3.3. Италија

Convivenca di fatto је заједница двоје људи, који су спојени емотивним везама и у којој је предвиђена узајамна морална и материјална помоћ, а који нису везани сродством, усвојењем, браком или грађанском унијом¹⁶¹. Партнери могу да регулишу своје односе уговором о кохабитацији (тзв. *contratto di convivenza*), који је ограничен на имовински режим (чл. 1. ст. 50. и остали прописа број 70/2016). Партнери имају право на издржавање у случају престанка заједнице¹⁶². Овај институт коегзистира са италијанском грађанском унијом.

2.3.4. Словенија

У Словенији постоји тзв. *nesklenjena partnerska zveza* (неформална грађанска унија) у смислу дугорочне заједнице између две жене или два мушкарца, који нису закључили грађанску унију и ако постоје услови да грађанска унија између њих буде пуноважно закључена. Сматра се да постоји, ако партнери живе заједно дужи временски период¹⁶³. Овај институт коегзистира са грађанском унијом.

У смислу чл. 3. ст. 2. *Zakona o partnerski zvezi* (у даљем тексту: ZPZ) неформална грађанска унија има иста правна дејства предвиђена наведеним законом као и грађанске уније у смислу овог прописа, али има и исте правне последице као и кохабитација (наравно у областима у којима кохабитација ствара правне последице), осим ако нешто другачије није прописано овим актом. Коначно, партнери који живе у неформалној грађанској унији не могу заједнички усвојити дете нити имају право на биомедицински потпомогнуту оплодњу (чл. 3. ст. 4. ZPZ).

3. Упоредно међународно приватно право

Колизионоправна решења за питања закључења, дејстава и престанка истополног брака, регистрованог партнерства и *de facto* истополне заједнице, могуће је анализирати на примеру неколико одабраних страних законодавстава.

¹⁵⁹ У случају спора између партнера, постојање овог неформалног животног партнерства доказује се пред надлежним судом, види чл. 3. ЗЖПОИС.

¹⁶⁰ Чл. 4. ст. 2. ЗЖПОИС.

¹⁶¹ Пар. 36. чл. 1. Закона број 76/2016, види Ferrari, I. (2017). op. cit., 187.

¹⁶² Види De Götzen, E. (2017). Recognition of same-sex marriages, overcoming gender barriers in Italy and the Italian law No. 76/2016 on civil unions. First remarks, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 9, N° 2, 202.

¹⁶³ Novak B. (2017). op. cit., 1484.

3.1. Истополни бракови

„Државе које познају истополни брак предвиђају исте колизионе норме за хетеросексуалне и хомосексуалне бракове“¹⁶⁴. Ове државе углавном примењују постојеће колизионе норме за закључење истополног брака¹⁶⁵, као и за дејства страног истополног брака (који се сматра браком, на који би се примениле одговарајуће колизионе норме за то питање).¹⁶⁶ Дакле, већина држава које познају истополан брак нису формулисале специјалне колизионе норме¹⁶⁷, али се и оне понекада срећу, о чему ће бити више речи у наставку.

3.1.1. Холандија

Колизионе норме Холандије кодификоване су у књизи 10. холандског Грађанског законика (*Burgerlijk Wetboek, BW*).¹⁶⁸ Колизиона норма за закључење брака у Холандији гласи: брак ће се закључити: а) ако сваки од будућих партнера испуни услове холандског права за закључење брака и ако један од њих има искључиво холандско држављанство или има холандско држављанство поред неког другог или има уобичајено боравиште у Холандији или б) ако сваки од будућих супружника испуни услове за закључење брака, оне државе чије држављанство поседује (чл. 28. *Dutch Civil Code Book 10 – on the conflict of laws/холандски ЗМПП*).¹⁶⁹ За формалну пуноважност брака, ако се брак закључује у Холандији, меродавно је холандско право.¹⁷⁰

Меродавно право за лична дејства брака је оно које су супружници одабрали пре или у току брака, с тим што је њихов избор ограничен на два права: право државе чије држављанство имају оба брачна друга или право државе у којој обоје имају уобичајено боравиште¹⁷¹. Ако супружници нису извршили избор меродавног права, онда је меродавно право државе чији су држављани брачни другови, а ако су држављани различитих држава, меродавно је право у којој имају уобичајено боравиште. Најзад,

¹⁶⁴ Дураковић, А. (2014). *op. cit.*, 146.

¹⁶⁵ Види Wautelet, P. (2012). *Private International law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe – Divided we stand?*, у: *Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives* (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia, 145-146.

¹⁶⁶ Примера ради, за развод истополног брака дошло би до примене „редовних“ колизионих норми за брак, Види Wautelet, P. (2012). *op. cit.*, 162.

¹⁶⁷ Нпр. Белгија, Холандија, Норвешка, Шпанија, Шведска, види Pintens, W., Scherpe M. J. (2017), *op. cit.*, 1605.

¹⁶⁸ Књигом 10. су покривена сва питања осим оних која су уређена европским регулативама и међународним конвенцијама, чија је Холандија уговорница, види De Boer Th. M., Strikwerda, L. (2016). *Private international law, у: Introduction to Dutch law* (Eds. by Jeroen Chorus, Ewoud Hondius, Wim Voermans), Kluwer, 281; Реч је о Закону од 19. маја 2011. године, *Official Gazette* 2011, 272. - *Dutch Civil Code Book 10 – on the conflict of laws* (19 may 2011). Нови законик је ступио на снагу 01.01.2012. године.

¹⁶⁹ Према холандском законодавству, два партнера, неvezано за њихов пол, могу закључити брак односно регистровано партнерство у Холандији, ако је бар једна од њих законски резидент у Холандији или холандски држављанин, види Koffeman, N. (2015). *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships*, Intersentia, 598.

¹⁷⁰ Према чл. 30. холандског ЗМПП, брак се може пуноважно закључити у Холандији пред Матичарем за рођења, смрти, бракове и регистрована партнерства у складу са холандским правом.

¹⁷¹ Види чл. 35. ст. 1. и 2. *Dutch Civil Code Book 10 – on the conflict of laws* (19 may 2011).

ако немају ни уобичајено боравиште у истој држави, меродавно је право државе са којом постоји најближа веза (чл. 36. *Dutch Civil Code Book 10 – on the conflict of laws*). Меродавно право за брачно-имовински режим одређује се применом колизионих правила Хашке конвенције из 1978. године о меродавном праву за брачноимовински режим. Према правилима ове Конвенције, меродавно право може бити одабрано од стране странака, ограниченом аутономијом воље. Ако супружници нису извршили избор, меродавно је право државе првог уобичајеног боравишта након закључења брака. Под одређеним условима, меродавно је право државе заједничког држављанства супружника (чл. 4. Хашке Конвенције из 1978. године о меродавном праву за брачноимовински режим).

Развод се изриче пред судом (чл. 55), а за ово питање меродавно је холандско право (чл. 56. ст. 1). Међутим, на развод брака се може применити *lex nationalis* супружника ако су то право заједно изабрали или ако такав избор није оспорен од стране једног супружника или ако је један од супружника изабрао то право и оба супружника имају стварну друштвену повезаност са државом заједничког држављанства (чл. 56. ст. 2).

3.1.2. Данска

За закључење брака у Данској меродавно је данско материјално право.¹⁷² Чак и кад ниједан од вереника није домицилиран у Данској, могу поднети захтев за дозволу за закључење брака¹⁷³, што су многи окарактерисали као одличне услове за тзв. „брачни туризам“¹⁷⁴.

За лична дејства брака меродавно је право државе домицила брачних другова, а за имовинскоправна питања супружника меродавно је право државе у којој је супруг имао домицил приликом закључења брака¹⁷⁵. У Данској важи Нордијска Конвенција о браку, усвојењу и старатељству (Конвенција од 06.02.1931. године, у верзији од 26.01.2006). Према овој Конвенцији меродавно право за опште имовинске односе брачних другова је право државе у којој су супружници узели заједничко пребивалиште у тренутку закључења брака, ако су у том тренутку и након тога држављани једне од нордијских држава (чл. 3).¹⁷⁶

За брачни уговор је као тачка везивања одлучујући домицил супруга у моменту закључења брачног уговора, док се овлашћење супруге за закључење уговора процењује према њеном *lex nationalis*. Брачни уговор, који супруг састави без домицила у Данској и који је пуноважан према одредбама његове домаће државе (нем:

¹⁷² Види Ring, G., Olsen-Ring, L. (2017). *op. cit.*, 441. Поред тога, лица која живе у иностранству и/или имају страно држављанство могу се венчати у Данској, али су материјални услови за закључење брака вођени данским правом.

¹⁷³ Они могу поднети захтев канцеларији градоначелника где одседају или ће одседати. То је доказ да је њихов останак у Данској легалан. Унапред требају предати копију пасоша и потврду о брачном стању, а за лица који нису држављани Данске - копију визе. Оба партнера морају бити присутни приликом личне регистрације и приликом церемоније брака, о томе види Lund-Andersen, I. (2017b). *op. cit.*, 9.

¹⁷⁴ Види Lund-Andersen, I. (2017b). *op. cit.*, 9.

¹⁷⁵ Ring, G., Olsen-Ring, L. (2017). *op. cit.*, 452-453.

¹⁷⁶ Види *Ibid.*, 453.

Heimatland, односно његов *lex nationalis*), достиже исту пуноважност у моменту пребивалишта у Данској, уколико је уговор у складу са данским прописима¹⁷⁷.

Што се тиче развода брака који се изриче пред данским органом, меродавно право за раставу (нем: *Trennung*) и развод је данско¹⁷⁸. Са друге стране, за поступање у брачним стварима и тиме проблемима издржавања меродавно је искључиво право *lex fori*¹⁷⁹.

3.1.3. Немачка

Колизоне норме Немачке садржане су у EGBGB¹⁸⁰ и овај закон је предвидео специјалну колизону норму за истополан брак (чл. 17б ст. 4¹⁸¹ и 5. EGBGB). Наведена одредба предвиђа сходну примену колизоних одредби за регистровано партнерство (чл. 17б ст. 1. до 3. EGBGB), сходну примену одређених колизоних норми за брак из EGBGB и примену Уредбе 2016/1103, односно Рим III Уредбе.

За материјалноправне претпоставке *закључења* истополног брака меродавно је право државе у којој се води регистар (брака) (сходна примена чл. 17б. ст. 1. реч. 1. EGBGB), тако да питање и формалне и материјалне пуноважности потпада под исто право.¹⁸² Поред тога, на истополан брак се сходно примењује колизона норма која се односи на закључење брака од стране малолетника (чл. 13. ст. 3. EGBGB)¹⁸³.

За *лична* дејства брака меродавно је материјално право државе у којој се води регистар (брака). За брачно презиме истополних супружника сходно се примењује колизона норма чл. 10. ст. 2. EGBGB¹⁸⁴ која предвиђа да супружници, приликом или након закључења брака, могу изабрати презиме у складу са правом државе којем обоје припадају или према немачком праву, ако један од њих има уобичајено боравиште у домаћој држави¹⁸⁵. За питање доделе заједничког дома сходно се примењује колизона норма чл. 17а¹⁸⁶ EGBGB, односно немачко право. Коначно, брачни другови могу одабрати меродавно право за општа дејства брака у складу са чл. 14. EGBGB¹⁸⁷.

¹⁷⁷ Ibid., 453.

¹⁷⁸ Ibid., 460.

¹⁷⁹ Ibid., 466.

¹⁸⁰ Тренутно важећа верзија EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) је доступна на <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG032710360>, приступљено 12.09.2020.

¹⁸¹ Чл. 17. б., ст. 4. сада гласи: "ако су брачни другови истога пола или у најмању руку један од њих не припадају ни женском ни мушком полу, ставови 1. до 3. се сходно примењују, тако да се развод и растава без развода брачних партнера уређују према Уредби 1259/10. Имовинска дејства потпадају под Уредбу 2016/1103".

¹⁸² Види Martiny (2020). Art. 17b EGBGB, у: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (Herausgegeben von Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 15. Auflage, Rn. 26.

¹⁸³ Сходно чл. 17б. ст. 5. EGBGB; Чл. 13. ст. 3. EGBGB гласи: „Потпада ли услов година за закључење брака страном праву, у складу са ст. 1. овог члана, брак је у складу са немачким правом: 1. непуноважан, ако вереници у тренутку закључења брака нису напунили 16 година...“.

¹⁸⁴ Чл. 10. ст. 2.:

(2) Брачни другови могу приликом или након закључења брака, пред надлежним органом, изабрати име које ће носити:

1. према праву државе чији је један од супружника држављанин без обзира на чл. 5. ст. 1. или

2. према немачком, ако један од њих има уобичајено боравиште у домаћој држави.

¹⁸⁵ Види Martiny (2020). Art. 17b EGBGB, у: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (Herausgegeben von Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 15. Auflage, Rn. 28-29.

¹⁸⁶ Die Betretungs-, Näherungs- und Kontaktverbote, die mit einer im Inland belegenen Ehwohnung zusammenhängen, unterliegen den deutschen Sachvorschriften. У преводу: „Забрана уласка у, приближавања

За брачно-имовински режим меродавно је право одређено Уредбом 1103/2016. За развод истополног брака и раставу без развода меродавно је право одређено Рим III Уредбом. За форму избора меродавног права према Рим III Уредби сходно важи чл. 46е ЕGBGB¹⁸⁸. На истополан брак се сходно примењују и посебна колизиона правила која се односе на развод брака из чл. 17. ст. 1. до 3. ЕGBGB¹⁸⁹. За питање издржавања меродавно је право одређено у складу са Хашким Протоколом за обавезе издржавања из 2007. године.¹⁹⁰

3.1.4. Белгија

Према чл. 46. ЗМПП Белгије¹⁹¹, колизионе норме за закључење брака почивају на праву држављанства сваког вереника у моменту закључења брака, а меродавно право за форму закључења брака подлеже праву места где се брак закључује (чл. 47. ЗМПП Белгије).¹⁹² Међутим, према чл. 46. ст. 2. ЗМПП, ако право једног од будућих супружника не дозвољава закључење истополног брака, то право се игнорише, јер се сматра супротним међународном јавном поретку. Довољно је да један од супружника има држављанство или уобичајено боравиште у држави, која дозвољава закључење истополног брака¹⁹³.

Према чл. 48. ст. 1. ЗМПП Белгије, за општа дејства брака су тачке везивања постављене супсидијарно: заједничко уобичајено боравиште, заједнички *lex nationalis*, те на крају *lex fori* (примена белгијског права).¹⁹⁴ Што се тиче брачноимовинског режима, према чл. 51. ЗМПП Белгије, меродавно је право државе у којој супружници

и контакта, који су везани за предмете домаћинства у Немачкој, потпадају под немачко материјално право.“

¹⁸⁷ Види чл. 17б. ст. 5. реч. 2. ЕGBGB.

¹⁸⁸ (1) Eine Rechtswahlvereinbarung nach Artikel 5 der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 ist notariell zu beurkunden. (2) Die Ehegatten können die Rechtswahl nach Absatz 1 auch noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug vornehmen. § 127a des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

У преводу норма гласи: "1) Споразум о избору права према чл. 5. Уредбе Рим 3 се може оверити нотарским путем. 2) Брачни другови могу извршити избор права из ст. 1. такође до закључења главне расправе у првом степену. §127а BGB се сходно примењује".

¹⁸⁹ На истополан брак се сходно примењују и одређене колизионе норме за брак из ЕGBGB (према чл. 17б ст. 5. реч. 1. ЕGBGB). Поред поменутих одредби чл. 13. ст. 3. ЕGBGB, чл. 17. ст. 1. до 3. ЕGBGB и 46е. ЕGBGB, на истополан брак се сходно примењују и одредбе чл. 19. ст. 1. реч. 3. ЕGBGB и чл. 22. ст. 3. реч. 1. ЕGBGB.

¹⁹⁰ Види Martiny (2020). Art. 17b EGBGB, у: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (Herausgegeben von Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 15. Auflage, Rn. 33-35.

¹⁹¹ LAW OF 16 JULY 2004 HOLDING THE CODE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, доступно на <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>, приступљено 31.03.2021.

¹⁹² Види Hustedt, V., Schür, G. (2017). Belgien, у: Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage, 322.

¹⁹³ Види Wautelet, P. (2012)., op. cit., 147-148.; Види колизиону норму Белгије (Чл. 46 Code of Private international law Belgium), која гласи: „Меродавно право за пуноважност брака: У зависности од чл. 47, услови за пуноважност брака, одређени су, за сваког брачног друга, правом државе чији је држављанин брачни друг у време када се брак закључује. Одредба права одређеног у делу 1 овог члана, која забрањује брак између физичких лица истог пола, није меродавна ако једно физичко лице има држављанство државе чије право дозвољава такав брак или има своје уобичајено боравиште у тој држави“.

¹⁹⁴ Види Hustedt, V., Schür, G. (2017). op. cit., 335-336.

имају заједничко уобичајено боравиште након закључења брака, а у одсуству тога, право државе чији су обоје држављани, а ако немају заједничко држављанство - право места где је брак закључен. Поред тога, странке могу и одабрати меродавно право за брачноимовински режим, пре или након закључења брака.¹⁹⁵

Према чл. 55. ЗМПП Белгије, за развод су тачке везивања постављене супсидијарно: право државе где оба брачна друга имају своје уобичајено боравиште у моменту подношења захтева за развод; у одсуство тога – право државе последњег заједничког уобичајеног боравишта, ако један од њих и даље има своје уобичајено боравиште на територији те државе у моменту подношења захтева за развод; у одсуству уобичајеног боравишта једног од супружника на територији државе последњег заједничког уобичајеног боравишта – право државе заједничког држављанства у моменту подношења захтева за развод; у осталим случајевима *lex fori* (примена белгијског права). Домашај статута одређен је у чл. 56. овог закона. Међутим, Белгија учествује у појачаној сарадњи Уредбе Рим III и меродавно право се уређује у складу са њом¹⁹⁶.

3.1.5. Француска

Материјални услови за закључење брака цене се према *lex nationalis* вереника, а претпоставке се цене за сваког брачног друга посебно¹⁹⁷, по принципу дистрибутивне кумулације. Међутим, кад је реч о истополном браку, он се може закључити ако персонални статут једног од вереника или право пребивалишта или право боравишта једног од вереника ово допушта¹⁹⁸. Странци могу закључити брак у Француској под истим претпоставкама као Французи¹⁹⁹.

Меродавно право за лична дејства брака је право државе заједничког држављанства брачних другова. У случају да супружници имају различито држављанство, меродавно је право оне државе у којој брачни другови имају своје пребивалиште. У случају да имају и различита држављанства и имају пребивалиште у различитим државама, меродавно је *lex fori*. Статут за дејства брака важи пре свега за сва питања која се тичу личних веза и *régime matrimonial primaire*²⁰⁰.

¹⁹⁵ Види више и о праву које супружници могу одабрати за брачно-имовински режим Hustedt, V., Schür, G. (2017), 336-337.

¹⁹⁶ Види Hustedt, V., Schür, G. (2017). op. cit., 350.

¹⁹⁷ Опширније види Döbereiner, C. (2017). Frankreich, у: Ehe recht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage, 547-548.

¹⁹⁸ Види Döbereiner, C. (2017). op. cit., 548.

Article 202-1, Modifié par LOI n°2014-873 du 4 août 2014 - art. 55:

„Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180.

Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet.“

У преводу на српски: „Услови и способност за закључење брака одређени су, за сваког вереника, његовим персоналним правом. Независно од меродавног персоналног брака, брак захтева пристанак вереника у смислу чл. 146. чл. 180. прва алинеја.

Две особе истога пола могу закључити брак ако персонално право или право домицила или боравка барем једног од њих то дозвољава.“

¹⁹⁹ Види Döbereiner, C. (2017). op. cit., 549.

²⁰⁰ Види Ibid., 551-552.

Када је реч о брачно-имовинском режиму, Француска учествује у појачаној сарадњи у области брачноимовинских режима, тако да се меродавно право уређује у складу са Уредбом 1103/2016.²⁰¹ До ступања на снагу Рим III Уредбе, колизиона норма француског права за развод брака била је једнострана и примењивало се француско право ако су оба брачна партнера француски држављани или оба брачна партнера имају пребивалиште у Француској или ако се ниједно стране право не оглашава меродавним, а француски судови су међународно надлежни. Од 21.06.2012. године у Француској је на снази Рим III Уредба, а за меродавно право за обавезе издржавања одређује се Хашким Протоколом о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године.²⁰²

3.2. Истополне (регистроване) заједнице

Колизионоправно решење за регистровано партнерство често почива на тачки везивања државе регистрације²⁰³ (*lex loci registrationis*). Ова тачка везивања важи за већину побројаних правних питања регистрованих партнерстава²⁰⁴. Интересантан је приступ швајцарског законодавца, који за дејства регистрованог партнерства, уместо примене државе регистрације (државе порекла) партнерства или швајцарског права предвиђа аналогну примену постојећих колизионих одредаба за брак²⁰⁵. Неке модалитете колизионоправних решења анализираћемо на примеру неколико одабраних страних држава.

3.2.1. Данска

Већ смо навели да у Данској није више могуће закључити регистровано партнерство, а да стара партнерства остају на снази, ако партнери не желе да их конвертују у брак. Ранија регистрација партнерства била је предвиђена према једностраној колизионој норми, под условом да један од партнера има пребивалиште у Данској, Норвешкој, Шведској, Финској или на Исланду и да је држављанин једне од ових држава или да су оба партнера у последње две године пре регистрације имали своје пребивалиште у Данској.²⁰⁶ Ипак, Министарство правде (*Justizminister*) може еквивалентним данском држављанству и пребивалишту третирати држављанство и пребивалиште у некој другој држави, уколико је законодавство те друге државе саобразно данском у погледу регистрованог партнерства.

²⁰¹ Види Ibid., 566.

²⁰² Ibid., 585.

²⁰³ Види немачки чл. 17 б ст. 1. реч. 1. EGBGB: „Оснивање, престанак и она општа дејства регистрованог партнерства која не потпадају под примену Уредбе 2016/1104 потпадају под материјалне одредбе државе у којој се води регистар“. Као што смо рекли, чл. 10 ст. 2. и 17а EGBGB се сходно примењују. Види чл. 60. белгијског ЗМПП (*lex loci registrationis*); О распрострањености овог права (нпр. Данска, Норвешка, Шведска, Финска, Исланд, Немачка, Француска, Белгија) види Дураковић, А. (2014). *op. cit.*, 144-145; Даље, о овом приступу види Wautelet, P. (2012). *op. cit.*, 166. и даље.

²⁰⁴ Навели смо да је реч о већини питања, јер законодавци различитих држава различито уређују круг питања које решава *lex loci registrationis*, а о томе види Wautelet, P. (2012)., *op. cit.*, 169. и даље.

²⁰⁵ О решењу швајцарског права види Ibid., 174-175.

²⁰⁶ Види Ring, G., Olsen-Ring, L. (2017). *op. cit.*, 467.

3.2.2. Француска

Према Закону од 15.05.2009. године²⁰⁷, за заснивање, дејства, разлоге и последице престанка партнерства, меродавно је право државе у којој је партнерство регистровано^{208 209}. Последично, странци могу регистровати пакт у Француској, без обзира на то шта каже њихово право²¹⁰.

3.2.3. Немачка

У Немачкој су за заснивање, престанак и општа дејства регистрованог партнерства, која не потпадају под Уредбу 1104/2016, меродавне материјалноправне одредбе државе у којој се води регистар (сходно чл. 17б ст. 1. реч. 1. EGBGB). Ако је регистровано партнерство регистровано у више држава, последње основано регистровано партнерство биће одлучујуће за дејства и последице које су поменуте у ст. 1. овог члана²¹¹.

Колизиона норма чл. 10. ст. 2. EGBGB, која предвиђа да супружници, приликом или након закључења брака, могу изабрати презиме према праву државе којем обоје припадају или према немачком праву, ако један од њих има уобичајено боравиште у домаћој држави, сходно се примењује и на регистровано партнерство. За питање доделе заједничког дома сходно се примењује колизиона норма чл. 17а EGBGB, односно немачко право. На питање издржавања примењује се Хашки Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године²¹². На имовинска дејства регистрованог партнерства примењује се Уредба 1104/2016.

3.2.4. Холандија

Закључење регистрованог партнерства у Холандији уређује се у складу са одредбама чл. 80а Књиге 1 (чл. 60. ст. 1. *Dutch Civil Code Book 10 – on the conflict of laws*)²¹³. За способност сваког партнера за закључење регистрованог партнерства у Холандији меродавно је холандско право (чл. 60. ст. 2). Што се тиче услова пребивалишта/боравишта, само један од партнера мора испоштовати један од следећих услова: поседовање холандског држављанства, поседовање домицила у Холандији или

²⁰⁷ Број 2009-526.

²⁰⁸ Види Francoz-Terminal, L. (2017). op. cit., 180.

²⁰⁹ Article 515-7-1, Créé par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 1, „Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement“. У преводу на српски: „Услови за заснивање и дејства регистрованог партнерства, као и разлози и дејства престанка, одређени су материјалним правом државе, у којој је партнерство регистровано“.

²¹⁰ Види о томе Francoz-Terminal, L. (2017). op. cit., 180.

²¹¹ Чл. 17б. ст. 3. EGBGB.

²¹² Види Martiny (2020). Art. 17b EGBGB, у: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (Herausgegeben von Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 15. Auflage, Rn. 15.

²¹³ Одредбе о регистрованом партнерству налазе се у Одељку 4 ЗМПШ (registered partnership). Према прелазним одредбама овог одељка, он се не примењује на регистрована партнерства која су закључена пре 01.01.2005. године.

поседовање сталног боравка у Холандији²¹⁴. За формалну пуноважност партнерства које се оснива пред Матичарем за рођења, смрти, бракове и регистрована партнерства, меродавно је холандско право (чл. 60. ст. 3.).

За личне односе између партнера меродавно је, према чл. 64., право које су партнери одабрали пре или за време регистрованог партнерства, без обзира да ли таквим избором мењају претходни одабир, при чему партнери могу бирати само право које признаје концепт регистрованог партнерства²¹⁵. У случају да странке нису одабрале меродавно право за лична дејства партнерства (регистрованог у Холандији), меродавно је холандско право. Ако је реч о партнерству које је закључено ван Холандије, лична дејства између партнера су уређена правом (укључујући и правила МПП-а) државе где је партнерство настало (чл. 65.).

Када је реч о имовинским дејствима партнерства, Холандија учествује у појачаној сарадњи у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима имовинских дејстава регистрованих партнерстава, уведеном Уредбом 1104/2016.

Меродавно право за питање престанка регистрованог партнерства (регистровано у Холандији) је холандско право (чл. 86). Ако је реч о регистрованом партнерству закљученом ван Холандије, меродавно је холандско право (чл. 87. ст. 1.). Међутим, партнери могу изабрати право државе у којој је партнерство регистровано, ако су то право заједно изабрали међусобним уговором у погледу престанка регистрованог партнерства сагласном изјавом воље (чл. 87. ст. 2.).

За обавезе издржавања за време или након престанка регистрованог партнерства (узајамном сагласношћу или прекидом) меродавни су: Хашки протокол за обавезе издржавања и Конвенција о признању и извршењу одлука у вези са обавезама издржавања из 1973. године (чл. 90. *Dutch Civil Code Book 10 – on the conflict of laws*).

3.2.5. Хрватска

У Хрватској је на снази нови Закон о међународном приватном праву²¹⁶, који се примењује од 01.01.2019. године. Чл. 39²¹⁷. и 40²¹⁸. новог закона доноси колизионе

²¹⁴ Овакви услови су нормирани након 2001. године (након увођења истополног брака) – на овај начин су усклађени услови боравка у смислу закључења брака и регистрованог партнерства. Детаљније Sumner, I. (2017). *op. cit.*, 125-126.

²¹⁵ Види чл. 64. ст. 1. и ст. 2. холандског ЗМПП. За формалну пуноважност одабира меродавног права види чл. 64. ст. 3. холандског ЗМПП.

²¹⁶ НН 101/17.

²¹⁷ Склапање и престанак животног партнерства, Чланак 39.

(1) За претпоставке и поступак за склапање и престанак животног партнерства у Републици Хрватској, које се заснива уписом у регистар животног партнерства, мјеродавно је хрватско право.

(2) Регистрирана животна заједница особа истог пола, склопљена у другој држави, признаје се у Републици Хрватској као животно партнерство, ако је склопљено по праву те државе.

(3) За заснивање и престанак неформалних животних партнерства, мјеродавно је право државе с којом оно има или, ако је престало постојати, је имало најужу везу.

²¹⁸ Чланак 40.

(1) За особне односе изванбрачних другова и животних партнера на одговарајући начин се примјењују одредбе чланка 34. овога Закона.

(2) За имовинске односе изванбрачних другова на одговарајући начин се примјењују одредбе чланка 35. овога Закона.

норме за склапање и престанак животног партнерства, те за личне и имовинске односе и издржавање ванбрачних партнера и животних партнера. Према чл. 39. ст. 1. за претпоставке и поступак за склапање животног партнерства у Хрватској, које се заснива уписом у регистар животног партнерства, меродавно је Хрватско право. Дакле, реч је о једностраној колизионој норми. Према ст. 2. овог члана, регистровано партнерство које је склопљено у другој држави, признаће се у Хрватској као животно партнерство, ако је склопљено по праву те државе.

Према чл. 40. ст. 1. овог закона, за личне односе ванбрачних другова и животних партнера примењују се, на одговарајући начин, чл. 34. овог закона, који се односи на личне односе брачних другова. За ова питања су предвиђене следеће тачке везивања: уобичајено боравиште оба брачна друга, а у одсуству тога последње заједничко уобичајено боравиште, а у одсуству тога заједничко држављанство. Ако супружници немају ни заједничко држављанство, меродавно је хрватско право.

Даље, према чл. 40. ст. 3, меродавно право за имовинска дејства животног партнерства одређује се применом Уредбе 1104/2016, а за издржавање применом Хашког Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године²¹⁹. Може се рећи да је Хрватска проширила животна партнерства и на неформална животна партнерства.

3.2.6. Италија

У Италији је уведена грађанска унија, што је утицало и на измену међународноприватноправних прописа. Постојећи пропис из области међународног приватног права број 218/1995 измењен је законским декретом од 19. јануара 2017. године број 7, под називом „Измене и реорганизација међународног приватног права за регулисање грађанских унија“²²⁰. Овај пропис регулише да се способност и други услови за закључење грађанске уније цене према праву државе чији су вереници држављани. У случају да право друге државе не предвиђа грађанску унију између одраслих особа истог пола – примениће се италијанско право²²¹. Формална пуноважност грађанске уније цени се према праву државе где се она региструје (*lex loci registrationis*) или националним правом бар једног од партнера или правом државе заједничког пребивалишта (*comune residenza*) у моменту закључења партнерства²²². При томе, принцип *lex loci registrationis* би требало да функционише као правило сукоба закона и као правило признања, имајући у виду да страна партнерства могу

(3) Право мјеродавно за имовинске односе у животним партнерствима одређује се према Уредби Вијећа (ЕУ) 2016/1104 од 24. липња 2016. о provedби појачане сурадње у подручју надлежности, мјеродавног права те признавања и извршења одлука у стварима имовинских посљедица регистрираних партнерства (СЛ Л 183, 8. 7. 2016.).

(4) Мјеродавно право за уздржавање између изванбрачних другова и животних партнера одређује се примјеном чланка 45. овога Закона.

²¹⁹ Применом чл. 45. поменутог закона (односи се на издржавање између брачних партнера – долази до примене Хашког протокола из 2007. године).

²²⁰ Декрет је објављен у Службеном листу (Official Gazette) Италије од 27. јануара 2017. године, који је ступио на снагу 11.02.2017. године.

²²¹ Детаљније Ferrari, I. (2017). op. cit., 192.; De Götzen, E. (2017). op. cit., 203.

²²² Види De Götzen, E. (2017). op. cit., 203.

имати аутоматско дејство у Италији, ако је то предвиђено правом државе у којој је грађанска унија настала²²³.

Што се тиче личних и имовинских односа између партнера, према овом пропису (чл. 1. пар. 4.) меродавно је право државе у којој је партнерство настало или, на захтев странака, право државе пребивалишта (*common residence*) једне од странака. Међутим, странке могу, писменим путем, изабрати право државе држављанства или пребивалишта једне од њих²²⁴. Меродавно право за обавезе издржавања уређује се Уредбом 4/2009. У Италији је на снази и Хашка конвенција од 02.10.1973 о признању и извршењу одлука које се односе на обавезе издржавања²²⁵.

3.3. Истополне (нерегистроване) заједнице, тзв. *de facto* заједнице

Као што је већ речено, *de facto* истополне заједнице живота постоје, примера ради, у Португалу, Хрватској, Италији.

3.3.2. Португал

Португалско право је једно од ретких права које уређује колизионе норме за *de facto* истополне заједнице. Према решењу овог права, материјални услови за ступање у фактичко партнерство се цене према персоналном праву партнера²²⁶. Као што је већ наведено, нема имовинских дејстава код ових фактичких заједница.

3.3.3. Хрватска

Према одредбама новог хрватског ЗМПП, неформално животно партнерство се помиње у оквиру колизионе норме чл. 39. ст. 3. Према тој одредби, за заснивање и престанак неформалних животних партнерстава, меродавно је право државе са којом оно има или, ако је престало постојати, је имало најужу везу. У осталим одредбама се помињу ванбрачни и животни партнери, без објашњења под коју од ове две правне категорије треба супсумирати неформално животно партнерство. Изгледа да је интенција хрватског права проширивање правне категорије животно партнерство и на неформална животно партнерства.

За личне односе ванбрачних другова и животних партнера примењује се на одговарајући начин колизиона норма која се односи на личне односе брачних другова. Према томе, за ова питања је меродавно право државе у којој оба брачна друга имају уобичајено боравиште, у одсуству тога право државе заједничког уобичајеног боравишта, а у одсуству тога право државе заједничког држављанства. Ако партнери немају ни заједничко држављанство, меродавно је хрватско право (чл. 40. ст. 1. у вези са чл. 34 овог закона). Меродавно право за издржавање између ванбрачних и животних партнера одређује се у складу са Хашким Протоколом за обавезе издржавања из 2007. године (чл. 40. ст. 4. у вези са чл. 45).

²²³ Види De Götzen, E. (2017). op. cit., 204.

²²⁴ Детаљније Ferrari, I. (2017). op. cit., 193.

²²⁵ Ibid., 193.

²²⁶ Дураковић, А. (2014). op. cit., 146.

3.3.4. Италија

Што се тиче колизионих правила за фактичку заједницу, према чл. 30 бис Закона број 215/1995 (који је измењен прописом број 76/2016), меродавно право за уговоре о кохабитацији одређује се путем права државе чији је држављанин један од кохабитаната било која странка уговора. У случају да не постоји заједничко држављанство, овај члан предвиђа примену права заједничког уобичајеног боравишта²²⁷.

4. Право ЕУ

4.1. Основне слободе у ЕУ

Према чл. 3. ст. 3. Уговора о Европској Унији (у даљем тексту: УЕУ)²²⁸ ЕУ има за циљ да успостави унутрашње тржиште, као простор без граница у којем се осигурава слободан промет робе, лица, услуга и капитала у складу са прописима.²²⁹ Према томе, четири основне слободе у оквиру ЕУ су: (1) слобода кретања особа (чл. 45-48. УФЕУ) (слобода кретања радника и слобода пословног настањивања), (2) слобода промета производа (28-37. УФЕУ), (3) слобода пружања услуга, (4) слобода кретања капитала (63-66. УФЕУ). Поред тога, из чл. 20. и 21. УФЕУ произилази право слободе кретања и боравка грађана ЕУ.

Ratione materiae поље примене основних слобода су роба, радници (несамостални радници), самостално запослени, услуге, те промет капитала и платни промет. У смислу *ratione territorii* подручја примене, није потребно да се целокупно чињенично стање мора одиграти унутар држава чланица, него је довољно да за то чињенично стање важе прописи држава чланица. У вези са тим, основне слободе неће вредети за чисто унутрашње случајеве једне државе чланице (произилази из саме формулације одредаба о основним слободама које забрањују ограничења између „држава чланица“, односно осигуравају запослење, оснивање самосталне делатности или друштва под истим условима који вреде за домаће држављане „према прописима државе пријема“). Дакле, нема места „позивању“ на основне слободе код случајева код којих су све чињенице везане за подручје само једне државе чланице²³⁰.

Ratione personae поље примене основних слобода је, кад је реч о физичким лицима, ограничено на грађане ЕУ и то за одређене слободе (слободе кретања радника, пословног настањивања или пружања услуга). При томе, основним слободама се могу служити и држављани трећих држава, чланова породице грађана ЕУ, у складу са

²²⁷ De Götzen, E. (2017). op. cit., 205.

²²⁸ Данас је на снази Споразум из Лисабона који је обухватио и заменио раније уговоре о оснивању ЕЕЗ/ЕЗ и ЕУ. Споразум из Лисабона се састоји из два уговора: Уговора о Европској Унији и Уговора о функционисању Европске Уније. Види Вукадиновић, Р. (2014). Увод у институције и право Европске Уније, Удружење за европско право, 6. издање, Крагујевац, 105.

²²⁹ Види Мешкић, З., Самарџић, Д. (2012). Право Европске уније I, Сарајево, 289.

²³⁰ Види Ibid., 293-294; Поменуће одредбе о основним слободама су чланови 34,35 и 63. УФЕУ, чл. 45. ст. 3. и чл. 49. ст. 2. УФЕУ.

Директивом број 2004/38/ЕЗ о правима грађана Уније и чланова њихове породице да се слободно крећу и бораве у оквиру територије држава чланица²³¹. Са друге стране, код правних лица, држављанство власника или чланова управног одбора није од значаја, јер је довољно да друштво буде основано у складу са прописима једне државе чланице и да има статутарно седиште, седиште главне управе или главно седиште на територији Уније, како је то предвиђено чл. 54. УФЕУ.²³²

У оквиру подручја примене уговора забрањена је било каква дискриминација по основу држављанства, али се тиме не дира у посебне одредбе из уговора (чл. 18. УФЕУ)²³³. Те посебне одредбе уговора односе се, између осталог, и на основне слободе, те се може закључити да је одредба о забрани дискриминације у односу на тржишне слободе супсидијарног карактера, односно поменуте слободе представљају *lex specialis* у односу на чл. 18. УФЕУ²³⁴.

Право слободног кретања и боравка из чл. 20. и 21²³⁵. УФЕУ²³⁶ и чл. 45. Повеље, произилази из појма грађанства ЕУ. Ово право постоји онда када грађанин ЕУ жели да се креће или борави у другој држави чланици. „Значај признавања слободе кретања по

²³¹ Директива 2004/38/ ЕС Европског Парламента и Савета од 29.04.2004. о правима грађана Уније и чланова њихове породице да се слободно крећу и бораве у оквиру територије држава чланице (мењајући Уредбу (ЕЕС) 1612/68 и замењујући Директиве 64/221/ЕЕС, 68/360...).

²³² Види Мешкић, З., Самарџић, Д. (2012). *op. cit.*, 293-294. Осим тога, и код слободе кретања роба, капитала и платног промета – држављанство лица која у томе учествују је ирелевантно.

²³³ Чл. 18: „У оквиру подручја примене уговора и не доводећи у питање посебне одредбе из уговора, забрањена је свака дискриминација по основу држављанства.

Европски парламент и Савет, у редовном законодавном поступку, могу утврдити правила о забрани такве дискриминације.“

²³⁴ Види Мешкић, З., Самарџић, Д. (2012). *op. cit.*, 297.

²³⁵ Article 20(ex Article 17 TEC):

1. Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship.

2. Citizens of the Union shall enjoy the rights and be subject to the duties provided for in the Treaties. They shall have, *inter alia*:

(a) the right to move and reside freely within the territory of the Member States;

(b) the right to vote and to stand as candidates in elections to the European Parliament and in municipal elections in their Member State of residence, under the same conditions as nationals of that State;

(c) the right to enjoy, in the territory of a third country in which the Member State of which they are nationals is not represented, the protection of the diplomatic and consular authorities of any Member State on the same conditions as the nationals of that State;

(d) the right to petition the European Parliament, to apply to the European Ombudsman, and to address the institutions and advisory bodies of the Union in any of the Treaty languages and to obtain a reply in the same language. These rights shall be exercised in accordance with the conditions and limits defined by the Treaties and by the measures adopted there under.

Article 21(ex Article 18 TEC)

1. Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties and by the measures adopted to give them effect.

2. If action by the Union should prove necessary to attain this objective and the Treaties have not provided the necessary powers, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt provisions with a view to facilitating the exercise of the rights referred to in paragraph 1.

3. For the same purposes as those referred to in paragraph 1 and if the Treaties have not provided the necessary powers, the Council, acting in accordance with a special legislative procedure, may adopt measures concerning social security or social protection. The Council shall act unanimously after consulting the European Parliament.

²³⁶ УФЕУ доступан је на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, приступљено 19.08.2016. године.

основу грађанства Уније се огледа у томе што се право боравка може стећи не само по основу економских активности, као што је то било раније, него и позивањем на директно дејство одредби члана 21(1). УФЕУ“.²³⁷

Зато нам је важно да објаснимо однос између „права грађанства“ (чл. 20. и 21. УФЕУ) и поменуте четири основне слободе. Четири основне слободе могу се примењивати на слободно кретање или боравак само у оквиру свог подручја примене. Примера ради, однос између слободе кретања радника и грађанства ЕУ решава се по принципу *lex specialis* према *lex generali*, јер је за примену правила о слободи кретања радника, поред заједничког услова држављанства једне државе чланице, потребно да буду испуњени и сви остали услови појма радника. Ти услови су у односу на појам грађанина ЕУ, економске природе.²³⁸ Према томе, основне слободе се, у односу на право слободног кретања, гледају као *lex specialis*. Наиме, право слободе кретања јесте супсидијарно право, које се примењује када није непосредно у питању тржишно чињенично стање²³⁹, те сада сваки грађанин ЕУ може ово право захтевати из различитих личних мотива.

4.2. Уредбе Савета 1104/2016 и 1103/2016

4.2.1. Општи поглед

Већ из претходних делова може се приметити да не постоји хомогеност у материјалноправним ни колизионоправним одредбама о браку (хомосексуалном и хетеросексуалном уопште) и регистрованом партнерству, што би могло довести до тога да брачни другови и партнери буду ограничени у коришћењу права на слободно кретање у оквиру ЕУ. Зато је још пре деценију препозната потреба да се питања имовинских дејстава проистеклих из брака и регистрованих партнерстава на европском нивоу хармонизују кроз усаглашавање колизионоправних норми.

Пошто првобитни предлози Уредби Савета из 2011. о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу одлука у стварима брачноимовинских режима, односно имовинских дејстава регистрованих партнерстава нису могли бити усвојени једногласно, прибегло се појачаној сарадњи између држава чланица. У том смислу, идеја о појачаној сарадњи активирала је Европску Комисију да у наведеним областима поднесе предлоге Савету – Предлог Уредбе Савета о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу одлука у стварима брачноимовинских режима²⁴⁰ и Предлог Уредбе Савета о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу одлука у

²³⁷ Вукадиновић, Р. (2014). *op. cit.*, 311. Аутор наводи да право слободног кретања и боравка има непосредно дејство, након пресуде у предмету Суда правде *Baumbast*.

²³⁸ Опширније Мешкић, З., Самарџић, Д. (2012). *op. cit.*, 342.

²³⁹ Види *Ibid.*, 261.

²⁴⁰ Proposal for a council regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, Brussels, 02.03.2016, COM (2016) 106 final 2016/0059 (CNS).

стварима имовинских дејстава регистрованих партнерстава²⁴¹. Оба предлога уредби Савет је усвојио, те донео Уредбу Савета 1103/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима брачноимовинских режима²⁴² (у даљем тексту: Уредба 1103/2016) и Уредбу Савета 1104/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима имовинских дејства регистрованих партнерстава²⁴³ (у даљем тексту: Уредба 1104/2016). Суштински, уредбе су садржински једнаке²⁴⁴, јер садрже одредбе о заснивању међународне надлежности, одређивању меродавног права и признању и извршењу одлука у стварима имовинских односа регистрованих партнерстава, односно брачно-имовинских режима. Меродавно право одређено Уредбама примењује се независно од тога да ли је то право државе чланице или, уколико је оно одређено као меродавно, државе нечланице ЕУ²⁴⁵. Истовремено, обема уредбама је предвиђено јединство меродавног права (одређено меродавно право се примењује на сву дотичну имовину, без обзира где се она налази)²⁴⁶.

Уредба 1104/2016 се примењује на имовинска дејства регистрованих партнерстава, при чему је њена примена искључена на пореске, царинске или управне ствари.²⁴⁷ Поред тога, може се закључити да она не важи за заједнице живота које нису регистроване, попут *de facto* ванбрачних заједница²⁴⁸. У складу са 17. Рециталом Уредбе 1104/2016, државама чланицама остаје да одреде појам регистрованог партнерства у складу са националним правом. Из поља примене Уредбе 1104/2016 нарочито су искључена следећа питања:

- a) правна способност партнера,
- b) постојање, пуноважност или признавање регистрованог партнерства,
- c) обавезе издржавања,
- d) наслеђивање заоставштине умрлог партнера,
- e) социјална заштита,
- f) право на пренос или прилагођавање права на старосну или инвалидску пензију стечену током регистрованог партнерства, а која нису створила приход од

²⁴¹ Proposal for a council regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, Brussels, 02.03.2016, COM (2016) 107 final 2016/0060 (CNS).

²⁴² Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes.; Уредба је објављена у Службеном листу Европске Уније, број ОЈ L 183, 8.7.2016, 1–29, доступно на <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1496063203482&uri=CELEX:32016R1103>, приступљено 29.05.2018. године. Одредбе ове Уредбе су ступиле на снагу двадесетог дана од дана објављивања у Службеном листу ЕУ (чл. 70. ст. 1. Уредбе).

²⁴³ Ibid., 30–56.

²⁴⁴ Види Weber, J. (2016a). Die Europäischen Güterrechtsverordnungen: Eine erste Annäherung, DnotZ 2016, Heft 9, 693.

²⁴⁵ Види чл. 20. Уредбе 1104/2016 и чл. 20. Уредбе 1103/2016.

²⁴⁶ Види чл. 21. Уредбе 1104/2016, односно чл. 21. Уредбе 1103/2016.

²⁴⁷ Види чл. 1. Уредбе 1104/2016.

²⁴⁸ Види Martiny D. (2011). Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften, IPRax 2011, Heft 05, 443. Аутор Мартини (Martiny) је у овом раду анализирао Предлог из 2011. године; Види J. Weber (2016a), op. cit., 693; Hausmann, R. (2018). Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Auflage, München, 779.

пензије током регистрованог партнерства, између партнера у случају престанка или поништаја регистрованог партнерства,

- g) природа стварних права које се односе на имовину и
- h) било које уписивање права на непокретној или покретној имовини у регистар, укључујући правне захтеве за такав упис и дејства уписа или изостанка уписа таквих права у регистар.²⁴⁹

Поље примене Уредбе 1103/2016 односи се на брачноимовинске режиме, али је њена примена искључена на пореске, царинске или управне ствари (чл. 1)²⁵⁰ Остало је отворено питање да ли се Уредба 1103/2016 примењује и на истополне бракове²⁵¹. Одредбе и рецитали могу се тумачити у оба смера - и да и не. Наиме, према рециталу 17. ове Уредбе, појам "брак" је дефинисан националним правом држава чланица. Са друге стране, из поља примене Уредбе искључено је питање постојања, пуноважности и признавања брака (чл. 1. ст. 2. тач. б). Коначно, чл. 31. прописана је клаузула јавног поретка којом се може одбити примена страног права, очигледно неспојива са јавним поретком државе пред чијим се судом води поступак. Јавни поредак је и разлог за непризнавање стране одлуке (чл. 37). Из ових одредби би се могло закључити да државе чланице могу саме одлучити да ли ће признати страни истополан брак. Са друге стране, ако се узме у обзир да је Уредбом 1103/2016 прописано признање одлука без било каквог поступка (чл. 36. ст. 1.), да се клаузула јавног поретка (код одбијања примене страног права или признања стране одлуке) може применити ако није у супротности са Повељом ЕУ о основним правима, а посебно чл. 21. о принципу недискриминације (чл. 54. Рецитала) и да је Уредбом прописана могућност алтернативне надлежности (чл. 9) могао би се извући закључак да су државе чланице обавезне да признају страни истополан брак. У сваком случају, најједноставнија је ситуација када држава чланица сама у својим прописима експлицитно наведе да ће се Уредба 1103/2016 примењивати на истополни брак²⁵².

4.2.2. Међународна надлежност

Обе Уредбе садрже скоро идентична правила о заснивању међународне надлежности. То су: надлежност у случају смрти једног од партнера, односно брачног друга; надлежност у случајевима престанка или поништаја регистрованог партнерства, односно надлежност у случајевима развода, законске раставе или поништаја брака; надлежност у осталим случајевима; пророгација суда; надлежност суда пред којим се тужени упустио у поступак; алтернативна надлежност; супсидијарна надлежност и надлежност у случају нужде (*forum necessitatis*).

²⁴⁹ Види чл. 1. ст. 2. Уредбе 1104/2016, односно чл. 1. ст. 2. Уредбе 1103/2016.

²⁵⁰ Поље примене је искључено и на правну способност брачних другова, постојање, пуноважност или признавање брака итд. (види чл. 2. Уредбе 1103/2016).

²⁵¹ Предлог Уредбе Савета о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу одлука у стварима брачноимовинских режима из 2011. године, према ставу Европске Комисије, покривао је истополне бракове, о томе види Martiny D. (2012). Private International Law Aspects of Same-sex Couples under German Law, у: Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives, (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia, 234.

²⁵² Види пример немачког МПП, чл. 176 ст 4. EGBGB.

А. Надлежност у случају смрти једног партнера/брачног друга, у случајевима престанка или поништаја регистрованог партнерства, односно развода, законске растава или поништаја брака

У случају када је пред судом државе чланице покренут поступак у стварима наслеђивања преминулог регистрованог партнера (односно брачног друга) по основу Уредбе ЕУ 650/2012 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и аутентичних исправа у материји наслеђивања и о Европском сертификату о наслеђу (у даљем тексту: Уредба о наслеђивању)²⁵³, судови те државе надлежни су и за одлучивање у стварима имовинских дејстава регистрованог партнерства (односно у стварима брачноимовинског режима), који су проистекли у вези са тим предметом наслеђивања²⁵⁴.

Слично томе, у случају када је пред судом државе чланице (у складу са националним прописима) покренут поступак престанка или поништаја регистрованог партнерства, ти судови су надлежни и за одлучивање о имовинским дејствима регистрованог партнерства (у вези са тим случајем престанка/поништаја), под условом да се партнери о томе сагласе.²⁵⁵ Са друге стране, у случају да је пред судом државе чланице покренут поступак за одлучивање о захтеву за развод, законску раставу или поништај брака по основу Уредбе Савета број 2201/2003 од 27.11.2003. године у области надлежности и признања и извршења судских одлука у брачним споровима и у стварима повезаним са родитељском одговорношћу, којом се мења Уредба број 1347/2000 (у даљем тексту: Брисел IIa)²⁵⁶, судови те државе надлежни су за одлучивање у стварима брачноимовинског режима у вези тим захтевом²⁵⁷.

Б. Надлежност у осталим случајевима

Када питања имовинскоправних дејстава регистрованих партнерстава (односно брачно-имовинског режима) нису у вези са поступцима у случају смрти једног партнера/брачног друга, односно престанка или поништаја регистрованог партнерства (развода брака, законске раставе или поништаја брака), као и у свим другим случајевима који не потпадају под поље примене чл. 4. и 5. Уредбе 1104/2016, односно чл. 4. и 5. Уредбе 1103/2016, надлежност имају судови државе чланице:

(а) на чијој територији партнери/супружници имају уобичајено боравиште у тренутку покретања поступка пред судом или у супротном,

(б) на чијој територији је било последње уобичајено боравиште партнера/супружника, ако један од њих још увек тамо борави у тренутку покретања поступка пред судом или у супротном,

(ц) на чијој територији је уобичајено боравиште туженог у тренутку покретања поступка пред судом или у супротном,

²⁵³ (Сл. лист 2012, L 201/107).

²⁵⁴ Чл. 4. Уредбе 1104/2016, односно чл. 4. Уредбе 1103/2016.

²⁵⁵ Чл. 5. Уредбе 1104/2016.

²⁵⁶ Службени лист ЕУ број L 338/1 од 23.12.2003.

²⁵⁷ Види чл. 5. Уредбе 1103/2016; За такву надлежност потребан је споразум брачних партнера и да је реч о тачно одређеном суду, наведеном у чл. 5. ст. 2. Уредбе 1103/2016.

(д) заједничког држављанства партнера/супружника у тренутку покретања поступка пред судом²⁵⁸.

Уредба 1104/2016 има још један основ надлежности након претходно изнетог низа: право државе у складу са чијим правом је регистровано партнерство настало²⁵⁹.

В. Пророгација надлежности

У случајевима из чл. 6. Уредбе 1104/2016 (односно чл. 6. Уредбе 1103/2016), странке могу пророгирати као надлежне судове државе чланице, чије је право меродавно или на основу избора од стране странака (права из чл. 22. Уредбе 1104/2016, односно чл. 22. Уредбе 1103/2016) или на основу колизионог решења у одсуству аутономије воље (критеријума из чл. 26. ст. 1. Уредбе 1104/2016²⁶⁰, односно критеријума из чл. 26. ст. 1. тач. а. или б. Уредбе 1103/2016). Поред ових решења, странке могу пророгирати судове оне државе чланице, према чијем праву је регистровано партнерство настало (чл. 7. ст. 1. Уредбе 1104/2016), односно судове оне државе чланице у којој је брак склопљен (чл. 7. ст. 1. Уредбе 1103/2016)²⁶¹.

Г. Надлежност суда на основу упуштања туженог у поступак

У случају да суд државе чланице, пред којим се тужени упустио у поступак, није надлежан према осталим одредбама Уредбе 1104/2016 (односно Уредбе 1103/2016), он ће то постати, у случају да је право државе чланице тог суда меродавно у складу са избором странака (чл. 22. Уредбе 1104/2016, односно чл. 22. Уредбе 1103/2016) или у складу са решењем у одсуству аутономије воље странака (чл. 26. ст. 1. Уредбе 1104/2016-право државе чланице у складу са чијим правом је регистровано партнерство настало, односно чл. 26. ст. 1. тач. а или б. Уредбе 1103/2016-право државе првог заједничког уобичајеног боравишта брачних другова након склапања брака или, у супротном, право државе заједничког држављанства брачних другова у тренутку склапања брака).²⁶²

Д. Алтернативна и супсидијарна надлежност, надлежност у случају нужде

Могућност заснивања алтернативне међународне надлежности према Уредби 1104/2016 предвиђена је у случају да се утврди да право државе чланице, чији је суд позван да одлучује о имовинским дејствима регистрованих партнерстава према одредбама о надлежности у случају смрти партнера/поништаја и престанка регистрованог партнерства (чл. 4. и 5. Уредбе 1104/2016), односно према одредби о „надлежности у другим случајевима“ (чл. 6. Уредбе 1104/2016 осим критеријума из тач. е. овог члана – право државе у складу са чијим правом је регистровано

²⁵⁸ Види чл. 6. Уредбе 1104/2016, односно чл. 6. Уредбе 1103/2016.

²⁵⁹ Види чл. 6. тач. е. Уредбе 1104/2016.

²⁶⁰ Овај члан води до права државе у складу са чијим правом је регистровано партнерство настало.

²⁶¹ Види чл. 7. Уредбе 1104/2016, односно чл. 7. Уредбе 1103/2016.

²⁶² Види чл. 8. Уредбе 1104/2016, односно чл. 8. Уредбе 1103/2016; За решење у Уредби 1104/2016, види Павловић, М. (2018). Уредба Савета (ЕУ) 1104/2016 у стварима имовинских дејстава регистрованих партнерства – корак до циља, Ревизија за Европско право, Удружење за Европско право, Крагујевац, бр. 2-3/2018, 116-117.

партнерство настало), не познаје правни институт регистрованог партнерства. Тај суд се може огласити ненадлежним²⁶³, а заснивање алтернативне надлежности је могуће применом два правила. Према првом правилу, ако странке пророгирају судове било које државе чланице у складу са правилима о пророгацији из чл. 7 Уредбе 1104/2016, надлежни за одлучивање о имовинским дејствима регистрованог партнерства биће пророгирани судови те друге државе чланице²⁶⁴. Друго правило је предвиђено за случајеве када такав пророгациони споразум не постоји (у складу са чл. 7. Уредбе 1104/2016)²⁶⁵, када надлежност имају судови било које државе чланице на основу чл. 6. или чл. 8. Уредбе 1104/2016²⁶⁶.

Уредба 1103/2016 има слично решење за заснивање алтернативне надлежности. Ако суд државе чланице, који има надлежност да одлучује о брачноимовинском режиму према одредбама о надлежности у случају смрти једног брачног друга (чл. 4. Уредбе 1103/2016), према одредбама о надлежности у осталим случајевима (чл. 6. Уредбе 1103/2016), у случају пророгираног суда (чл. 7. Уредбе 1103/2016) или у случају одредаба о надлежности суда пред којим се тужени упустио у поступак (чл. 8. Уредбе 1103/2016), утврди да се, према његовом међународном приватном праву, дотични брак не признаје у сврху поступка о брачноимовинском режиму, може се огласити ненадлежним²⁶⁷. Када се огласи ненадлежним онај суд који би био надлежан по основу чл. 4. или 6. ове Уредбе и ако странке пророгирају судове било које друге државе чланице у складу са правилима о пророгацији из чл. 7 Уредбе 1103/2016, онда ће за одлучивање о брачноимовинском режиму бити надлежни управо пророгирани судови те друге државе чланице²⁶⁸. У осталим случајевима за одлучивање о овом правном питању надлежност имају судови било које друге државе чланице на основу чл. 6. или 8. Уредбе 1103/2016 или судови државе у којој је брак склопљен²⁶⁹.

Супсидијарна надлежност предвиђена у случајевима када ниједан суд државе чланице није надлежан према претходно обрађеним одредбама о надлежности, судови државе чланице, на чијем се државном подручју налази непокретна имовина једног или оба партнера (односно брачног друга), имају надлежност у погледу дотичне непокретне имовине, али само у погледу ње.²⁷⁰

Forum necessitatis (надлежност у случају нужде) је предвиђена у случајевима када није могуће засновати надлежност у смислу свих претходних одредби и једне и друге

²⁶³ Види чл. 9. ст. 1. Уредбе 1104/2016.

²⁶⁴ Види чл. 9. ст. 2, 1. параграф Уредбе 1104/2016.

²⁶⁵ Више о томе Hausmann, R. (2018). *op. cit.*, 790.

²⁶⁶ Види чл. 9. ст. 2, 2. параграф Уредбе 1104/2016.

²⁶⁷ Види чл. 9. ст. 1. Уредбе 1103/2016.

²⁶⁸ Види чл. 9. ст. 2, 1. параграф Уредбе 1103/2016.

²⁶⁹ Види чл. 9. ст. 2. пар. 2. Уредбе 1103/2016.

²⁷⁰ Види чл. 10. Уредбе 1104/2016, односно чл. 10. Уредбе 1103/2016; Тачније речено, према чл. 10. Уредбе 1103/2016, „Када ниједан суд није надлежан по основу чл. 4,5,6,7. или 8 или када су се сви судови по основу чл. 9. огласили ненадлежним и ниједан суд није надлежан по основу чл. 9. ст. 2. Уредбе...“; Према чл. 10. Уредбе 1104/2016: „Када ниједан суд државе чланице није надлежан по основу чл. 4, 5, 6, 7. или 8. или када су се сви судови на основу чл. 9. огласили ненадлежним и ниједан суд државе чланице није надлежан на основу чл. 6. тач. е или чл. 7. или 8“.

уредбе²⁷¹. Тада судови државе чланице могу, али изузетно, одлучивати о имовинским дејствима регистрованог партнерства, односно о предмету брачноимовинског режима, под условом да у трећој држави, са којом је случај блиско повезан, није разумно или је немогуће покренути или спровести поступак^{272,273}.

4.2.3. Меродавно право за имовинска дејства регистрованог партнерства, односно брачно-имовински режим

Обе Уредбе предвиђају могућност избора меродавног права или промену већ учињеног избора, али је тај избор ограничен на неколико алтернативно постављених права. Према Уредби 1104/2016, реч је о три права, под условом да одабрано право правном институту регистрованог партнерства придаје имовинска дејства: (а) право државе у којој партнери или будући партнери или један партнер има уобичајено боравиште у тренутку избора права; (б) право државе чије држављанство има један од партнера или будућих партнера у тренутку избора права и (ц) право државе у складу са чијим правом је регистровано партнерство настало.²⁷⁴ У Уредби 1103/2016 реч је о следећим правима: право државе у којој брачни другови или будући брачни другови или један од њих има уобичајено боравиште у тренутку када је споразум склопљен или право државе чије држављанство има један од брачних другова или будућих брачних другова у тренутку када је споразум склопљен.²⁷⁵

У случају да меродавно право није одабрано од стране странака, Уредба 1104/2016 предвиђа да је за имовинска дејства регистрованог партнерства меродавно право државе према чијем праву је регистровано партнерство закључено²⁷⁶. На захтев једног партнера, мада изузетно, поступајући судски орган може на имовинска дејства регистрованог партнерства применити право неке друге државе, која није она, чије је право меродавно на основу претходног колизионог правила (из чл. 26. ст. 1. Уредбе 1104/2016). Да би дошло до примене тог другог права, потребно је најпре да оно предвиђа имовинска дејства регистрованог партнерства. Поред тога, потребно је да подносилац захтева докаже да су партнери имали последње заједничко уобичајено боравиште у тој другој држави током значајно дугог временског периода, као и чињеницу да су се оба партнера ослањала на право те државе приликом уређивања или планирања својих имовинских односа²⁷⁷. Право те друге државе се примењује од тренутка настанка регистрованог партнерства, осим ако се један партнер томе не

²⁷¹ Види чл. 11. Уредбе 1104/2016, односно чл. 11. Уредбе 1103/2016; Тачније речено, чл. 11. Уредбе 1103/2016 гласи: „Кад ниједан суд државе чланице није надлежан по основу чл. 4,5,6,7,8. или 10. или када су се сви судови на основу чланка 9. огласили ненадлежним и ниједан суд државе чланице није надлежан по основу чл. 9. ст. 2. или чл. 10....“

²⁷² Могло би се сматрати да се ради о тако изузетном случају, те да не постоји могућност вођења поступка у дотичној трећој држави због, примера ради, грађанског рата или када би од партнера било неразумно очекивати да покрене или води поступак у тој држави, види 40. Рецитал Уредбе 1104/2016.

²⁷³ Предмет спора мора бити у довољној мери повезан са државом чланицом суда пред којим је покренут поступак, у том смислу види чл. 11. Уредбе 1103/2016, односно чл. 11. Уредбе 1104/2016.

²⁷⁴ Види чл. 22. ст. 1. тач. а, б и ц Уредбе 1104/2016.

²⁷⁵ Види чл. 22. ст. 1. тач. а, б Уредбе 1103/2016.

²⁷⁶ Види чл. 26. ст. 1. Уредбе 1104/2016.

²⁷⁷ Види чл. 26. ст. 2. Уредбе 1104/2016.

успротиви, када ће право ове друге државе важити од момента настанка последњег заједничког уобичајеног боравишта у тој другој држави²⁷⁸.

Са друге стране, Уредба 1103/2016 предвиђа да је, у одсуству избора, за брачно-имовински режим меродавно право првог заједничког уобичајеног боравишта брачних другова након склапања брака, а ако то не може, право државе заједничког држављанства брачних другова у тренутке склапања брака, а ако то не може, право државе са којим су брачни другови заједно најближе повезани у тренутку склапања брака, узимајући у обзир све околности²⁷⁹.

Изузетно и на захтев једног брачног друга, судски орган надлежан за одлучивање у брачноимовинским стварима може одлучити да брачноимовински режим уређује право државе које није право државе првог заједничког уобичајеног боравишта брачних другова након склапања брака. Да би дошло до примене тог другог права, потребно је да подносилац захтева докаже да су супружници имали последње заједничко уобичајено боравиште у тој другој држави током значајно дужег временског периода у односу на државу првог заједничког уобичајеног боравишта брачних другова након склапања брака (критеријум из чл. 26. ст. 1. тач. а.). Поред тога, потребно је да подносилац захтева докаже чињеницу да су се супружници ослањали на право те друге државе приликом уређивања или планирања својих имовинских односа²⁸⁰. Право те друге државе примењује се од тренутка склапања брака, осим ако се један супружник томе не успротиви, када ће право ове друге државе важити само од момента настанка последњег заједничког уобичајеног боравишта у тој другој држави²⁸¹.

4.2.4. Уредбе Рим III и Брисел IIa

На крају, важно је да поменемо Уредбу ЕУ број 1259/2010 од 20.12.2010. године о успостављању појачане сарадње у области избора меродавног права за развод и раставу брака (у даљем тексту: Рим III). И ова уредба представља израз појачане сарадње држава чланица и у њој не учествују све, већ 17. држава чланица ЕУ²⁸². Поље примене Рим III Уредбе се односи на развод брака и законску раставу. Из њеног поља примене су, пак, искључена следећа питања: правна способност физичких лица; постојање, пуноважност или признање брака; поништај брака; име супружника; имовинске последице брака; родитељска одговорност; обавезе издржавања; *trusts* или наслеђивање²⁸³.

Ова Уредба даје могућност странкама да одаберу меродавно право за развод и законску раставу, а садржи и колизионе норме у одсуству избора меродавног права. Одабир меродавног права подразумева ограничену аутономију воље и супружници могу изабрати једно од следећих (алтернативно постављених) права: право државе у

²⁷⁸ Види чл. 26. ст. 2. параграф 2. 1104/2016.

²⁷⁹ Чл. 26. ст. 1. тач. а, б, в Уредбе 1103/2016.

²⁸⁰ Види чл. 26. ст. 3. Уредбе 1103/2016.

²⁸¹ Види чл. 26. ст. 3. Уредбе 1103/2016.

²⁸² То су Белгија, Бугарска, Немачка, Шпанија, Француска, Италија, Летонија, Луксембург, Мађарска, Малта, Аустрија, Португал, Румунија, Словенија, Литванија, Грчка, Естонија. Списак чланица појачане сарадње доступан на https://e-justice.europa.eu/content_law_applicable_to_divorce_and_legal_separation-356--maximize-en.do, приступљено 07.02.2021.

²⁸³ Види чл. 1. Рим III Уредбе.

којој брачни другови имају уобичајено боравиште у тренутку склапања споразума или право државе у којој су брачни другови имали задње уобичајено боравиште, ако један од њих и даље има исто боравиште у тренутку склапања споразума или право државе чији је било који брачни друг био држављанин у тренутку склапања споразума или право суда пред којим се води поступак (члан 5.). У одсуству аутономије воље, за развод брака (и законску раставу) се примењује право државе у којој брачни другови имају уобичајено боравиште у тренутку покретања поступка пред судом, а ако то право не може, онда право државе у којој су брачни другови имали последње уобичајено боравиште, под условом да се боравиште није завршило више од једне године пре покретања поступка пред судом, ако један брачни друг и даље има боравиште у тој држави у тренутку покретања поступка пред судом; ако то право не може, онда право државе чији су оба брачна друга држављани у тренутку покретања поступка пред судом; ако то право не може, онда право државе у којој је покренут поступак (чл. 8).

Појам брака у смислу Рим III Уредбе није аутономно дефинисан, али се из пропратних материјала уз Уредбу назире да је европски законодавац полазио од могућег укључивања истополних бракова у ову Уредбу. Тако, ако суд државе учеснице, која је увела истополни брак и у сваком погледу га изједначила са браком између хетеросексуалних партнера, онда се такав брак са елементом иностраности може развести на основу колизионих норми Рим III Уредбе²⁸⁴. Насупрот томе, судови преосталих држава чланица могу одбити изрицање развода позивањем на чл. 13. ове Уредбе²⁸⁵, који не обавезује судове државе чланице да у смислу Рим III Уредбе изрекну развод, у случају да њихово право не предвиђа развод или не сматра брак пуноважним за потребе поступка развода.

Конечно, у области надлежности, признања и извршења судских одлука у брачним споровима и у стварима, које су у вези са родитељском одговорношћу, примењује се поменута Брисел IIа Уредба²⁸⁶. Поставља се питање да ли се ова Уредба односи и на истополне заједнице. У правној литератури се срећу негативни одговори²⁸⁷, будући да се при њеном усвајању имао у виду само традиционалан хетеросексуални брак. Међутим, треба рећи и да је европски законодавац, приликом доношења Рим III Уредбе очигледно полазио од узимања у обзир и истополних бракова, не само у оквиру Рим III Уредбе, већ и у оквиру Брисел IIа Уредбе. Тако, Хаусман (*Hausmann*) наводи да је поменути чл. 13. Рим III Уредбе управо усмерен на истополне бракове²⁸⁸.

Очито је да су мишљења подељена, али смо ближи Хаусмановом ставу, према којем би поље примере Брисел IIа Уредбе требало проширити и на истополне бракове, што би било важно у сваком случају када је такав брак према праву државе суда потпуно изједначен са традиционалним браком између мушкарца и жене у смислу

²⁸⁴ Штавише, ако правила Рим III Уредбе упути на право државе чланице или треће државе, која не познаје истополан брак, онда се примењују одредбе тог права које се примењују на развод хетеросексуалног брака, види Hausmann, R. (2018). op. cit., 72-73, Rn. 313, 316.

²⁸⁵ Hausmann, R. (2018). op. cit., 73, Rn. 316.

²⁸⁶ Службени лист ЕУ број L 338/1 од 23.12.2003.

²⁸⁷ Види Andrae, M. (2014). Internationales Familienrecht, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 718, §10 Eingetragene Lebenspartnerschaften, Rn. 67.

²⁸⁸ Види Hausmann, R. (2018). op. cit., 9, Rn. 32-33.

материјалноправних правила, као што је сада ситуација у Немачкој.^{289/290} Код регистрованог партнерства ситуација је јаснија – искључена су из поља примене ове Уредбе²⁹¹.

5. Истополне заједнице у пракси ЕСЈП

Европска Конвенција о људским правима и основним слободама (у даљем тексту: ЕКЈП) донета је у Риму 1950. године²⁹². Посебан орган, надлежан за примену њених одредби је Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЈП) и пресуде које је овај суд донео обавезују ону државу која је странка у конкретном предмету²⁹³. Ипак, државе уговорнице које нису странка тог предмета требало би да, при доношењу сопствених прописа, поштују праксу ЕСЈП, који управо својим пресудама конкретизује обим заштите људских права.

Конвенција се сматра „живим“ инструментом²⁹⁴, који се мора тумачити у оквиру актуелних промена друштвене реалности и конфликта те реалности са правним системом. Ти конфликти могу узроковати угрожавање права и слобода појединаца. У области породичноправних односа не сме се изгубити из вида чињеница да између националних породичних права држава уговорница постоје социолошке, економске и културолошке разлике. Зато и не чуди да ЕСЈП, приликом доношења одлука, мора узети у обзир „поље слободне процене“ (*margin of appreciation*) које припада свакој држави, а изражено је у породичноправним односима²⁹⁵. За истраживање у овом раду најважније одредбе ЕКЈП су чл. 8 (право на поштовање приватног и породичног живота), 12. (право на склапање брака) и чл. 14. (забрана дискриминације).

5.1. Karner v. Austria

Врховни суд Аустрије је 1996. године донео одлуку којом је одлучено о раскиду уговора о закупу стана, који је подносилац представке требало да наследи од свог преминулог хомосексуалног партнера, у складу са чл. 14. ст. 3. аустријског Закона о закупу²⁹⁶. Подносилац представке је тврдио да ова одлука представља дискриминацију

²⁸⁹ Види Hausmann, R. (2018). op. cit., 9, Rn. 32-33.

²⁹⁰ У сличном смислу, навешћемо и став ауторке Буле-Волки (Boele-Woelki), која сматра да би холандски истополни бракови требали потпадати под подручје примене Брисел Па Уредбе, тако да одлука о разводу истополног брака, донета у Холандији, треба бити аутоматски призната у другим државама чланицама ЕУ, види Boele-Woelki, K. (2001). Brüssel II: Die Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen, ZfRV 42 Jg, H4, 127.

²⁹¹ Види Rumenov, I. (2016). Recognition and enforcement of foreign judgments regarding family matters, doctoral dissertation, Pravna Fakulteta, Univerza v Ljubljani, Ljubljana, 2016, 58-60; Hausmann, R. (2018). op. cit., 9, Rn. 34.

²⁹² Текст Конвенције са протоколима доступан је на https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf, приступљено 30.10.2020.

²⁹³ Види чл. 46. ст. 1. Конвенције.

²⁹⁴ Види Schalk & Kopf v. Austria, пар. 46; Vallianatos and Others v. Greece, пар. 84.

²⁹⁵ Види Влашковић, В. (2014). Начело најбољег интереса детета у породичном праву, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 82.

²⁹⁶ Види пар. 10-15. пресуде Karner v. Austria (Представка број 40016/98); Чл. 14. ст. 3. наведеног Закона, прописано је да „животни сапутник“ бившег закупаца има право да наследи право закупа.

извршену по основу сексуалне оријентације, те да је дошло до повреде чл. 14. у вези са чл. 8. ЕКЉП (пар. 3. пресуде). Сматрао је да је сврха чл. 14. Закона о закупу стана да се оном члану ванбрачне заједнице, који надживи свог животног сапутника, обезбеди социјална и финансијска заштита, при чему не постоји стриктна породична сврха нити одређена сврха у складу са социјалном политиком (пар. 34. Пресуде).

У овој пресуди ЕСЉП је утврдио да је дошло до повреде чл. 14. ЕКЉП у вези са чл. 8. ЕКЉП и да нису постојали довољно убедљиви и снажни разлози који би оправдали уско тумачење чл. 14. ст. 3. аустријског Закона о закупу стана и који би онемогућили надживелог партнера истог пола да наследи право закупа (пар. 42-43. пресуде *Karner v. Austria*). Наиме, ЕСЉП је сматрао да је разлика у третману (у смислу чл. 14. ЕКЉП) дискриминаторна, ако за такво поступање нема објективног и разумног оправдања и ако не постоји разуман однос сразмерности између примењених средстава и циља чијем се остварењу тежило (пар. 37. пресуде). Ако би заштита традиционалне породице и могла бити убедљив и легитиман разлог за правдање разлике у третману, тек треба утврдити да ли је поштовано поменуто начело сразмерности (пар. 40. пресуде *Karner v. Austria*).

Циљ заштите породице у традиционалном смислу подразумева читав спектар конкретних мера које могу бити искоришћене за остварење тог циља. Наиме, када је реч о различитом третману по основу пола или сексуалне оријентације, поље слободне процене (*margin of appreciation*)²⁹⁷ државе је сужено. Начело сразмерности не подразумева само да мера буде у складу са циљем који се жели постићи, већ се мора показати да је било неопходно да се искључе одређене категорије људи (у овом случају хомосексуална лица из опсега чл. 14. Закона о закупу стана), како би се тај циљ постигао (пар. 41. пресуде *Karner v. Austria*). Према томе, како је већ речено, ЕСЉП није нашао убедљиве и снажне разлоге за тако уско тумачење чл. 14. ст. 3. аустријског Закона о закупу стана и пресудио је у корист подносиоца представке и утврдио повреду наведених чланова ЕКЉП. (пар. 42. пресуде). Ово је био први случај у којем је ЕСЉП напустио уско тумачење чл. 8. ЕКЉП, чиме је потврђено да право на дом треба да буде признато и истополним паровима, чиме је сужено „поље слободне процене“ тужене државе код правила која би се применила против хомосексуалаца. ЕСЉП се није упуштао у одговор на питање да ли ово кршење чл. 8. потпада под опсег приватног или породичног живота²⁹⁸.

5.2. Schalk and Kopf v. Austria

Подносиоци представке у предмету *Schalk and Kopf v. Austria* живели су као истополни партнери у Бечу. Током 2002. године затражили су од надлежних органа Аустрије дозволу за склапање брака, али је захтев одбијен, јер према аустријском

²⁹⁷ О начелу види више Kiestra, L. (2014). *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Springer, 42 и даље.

²⁹⁸ Види D'Amico, M., Nardocci, C. (2017). *Homosexuality and human rights after Oliari v. Italy, y: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU*, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 170.

Грађанском Законику, брак може бити закључен једино између два лица различитог пола²⁹⁹.

Подносиоци представке су били става да је у конкретном случају дошло до повреде чл. 12. и чл. 14. у вези са чл. 8. ЕКЈП. Најпре, немогућност закључења истополног брака била је, по оцени подносилаца представке, повреда права из чл. 12. Конвенције. Ипак, ЕСЈП такву повреду није нашао, јер чл. 12. Конвенције не обавезује државу уговорницу да истополном пару дозволи приступ браку³⁰⁰ (пар. 64. пресуде) и не може се протумачити тако да намеће обавезу државама уговорницама да осигурају истополним партнерима приступ браку.³⁰¹ Интересантно је да овај суд изнео становиште да чл. 12. Конвенције (право на склапање брака) не мора бити ограничен на брак између две особе различитог пола (пар. 61. пресуде),³⁰² али су домаће власти најпозваније да оцене потребе друштва у овој области (пар 60-62. пресуде).

Подносиоци представке су се позвали на још једну повреду ЕКЈП (повреда чл. 14., у вези са чл. 8.)³⁰³ Наиме, околност да им није омогућено закључење брака нити им је пружено алтернативно средство којим би се њихова веза признала (пре ступања на снагу Закона о регистрованом партнерству из 2010. године³⁰⁴), по њиховом мишљењу је оцењена као дискриминација по основу сексуалне оријентације. Међутим, ЕСЈП таквог става није био. Напротив, сматрао је да повреде ових чланова нема, јер је аустријско право подносиоцима представке дало могућност закључења регистрованог партнерства, као алтернативног средства. Овај суд је истакао и да Аустрија није била дужна да, пре доношења Закона о регистрованом партнерству, обезбеди алтернативна средства правног признавања једне истополне везе (пар. 104-106. пресуде)³⁰⁵.

По први пут у пракси овог суда, овом пресудом су истополни партнери стављени у контекст заштите „породичног живота“, а не само „приватног живота“³⁰⁶. Прецизније, истополни парови могу уживати право на поштовање породичног живота на исти начин као и хетеросексуални парови,³⁰⁷ имајући у виду да је ЕСЈП сматрао да би задржавање супротног схватања било „вештачки“ (посебно ако се узме у обзир да је велики број држава почео са правним признавањем истополних парова) (пар. 94. пресуде).

²⁹⁹ Види *Schalk and Kopf v. Austria* (представка број 30141/04, пресуда од 24.06.2010 (правноснажна 22.11.2010.)), пар. 7-9. пресуде и даље; Према чл. 44. Грађанског законика (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) брак је предвиђен једино између два лица различитог пола.

³⁰⁰ Види *Amos T., Rainer, J.* (2017). *Parenthood for same-sex couples in the European Union: Key challenges*, у: *Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU*, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 80.

³⁰¹ Види *D'Amico, M., Nardocci, C.* (2017). *op. cit.*, 172.; Бубић С. (2013). Утицај европског права на породично право у Босни и Херцеговини, у: *Зборник радова – Научни скуп: Развој породичног права – од националног до европског*, Правни факултет Универзитета „Демал Биједић“, Мостар, (26-55), 31.

³⁰² Види Дураковић, А. (2014). *op. cit.*, 153.

³⁰³ Види тач. 65. и 100. пресуде *Schalk and Kopf v. Austria*.

³⁰⁴ *The Registered Partnership Act*, *Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt)* vol. I, no. 135/2009, ступио на снагу 01.01.2010. године, види о томе пар. 17. пресуде *Schalk and Kopf v. Austria*.

³⁰⁵ Бубић С. (2013). *op. cit.*, 31.

³⁰⁶ Види *Sörgjerd, C.* (2016). *op. cit.*, 31.

³⁰⁷ *D'Amico, M., Nardocci, C.* (2017). *op. cit.*, 171; Види и пар. 87-95. пресуде *Schalk and Kopf v. Austria*.

5.3. Vallianatos and Others v. Greece

У периоду када су представке поднете против Грчке³⁰⁸ (и које је ЕСЈП спојио и одлучио једном пресудом) грчко законодавство је познавало институт „грађанске уније“ (у складу са Законом број 3719/2008), али који је био отворен само за одрасле хетеросексуалне партнере³⁰⁹. Разлози за увођење наведеног прописа лежали су у томе што је у стварности постојао велики број ванбрачних заједница и деце рођене у тим заједницама, а велики број жена је често остајао без одређеног вида подршке након вишегеодишње кохабитације (види пар. 10. пресуде *Vallianatos v. Others v. Greece*).

Подносиоци представки су се позвали на повреду права на приватан и породичан живот (чл. 8. ЕКЈП) зато што нису били обухваћени поменутиим грчким прописом. Поред тога, позвали су се и на повреду чл. 14. у вези са чл. 8. ЕКЈП, сматрајући да су дискриминисани у односу на хетеросексуалне парове.³¹⁰

У одговору на поднету представку, ЕСЈП је најпре поновио свој став да оправдана примена чл. 14. ЕКЈП захтева разлику у третирању лица у упоредивим ситуацијама. Притом, разлика у третирању је дискриминаторна у случају да за то нема разумног оправдања (пар. 76. пресуде *Vallianatos and Others v. Greece*). Са тим у вези, разлике у поступању које се заснивају на сексуалној оријентацији морају имати основ у „посебно убедљивим и значајним разлозима“ (пар. 77. пресуде *Vallianatos and Others v. Greece*).³¹¹ Као што је ЕСЈП и раније истакао, поље слободне процене је сужено приликом поступања заснованог на полу или сексуалној оријентацији³¹².

Држећи се свог претходно заузетог става из *Schalk & Kopf v. Austria*³¹³, ЕСЈП је подвукао да однос подносилаца представки, као стабилних хомосексуалних парова, потпада под појмове одредбе чл. 8. ЕКЈП - „приватан“, али и „породичан живот“ (пар. 73. пресуде *Vallianatos and Others v. Greece*). Поред тога, истакао је и да истополни партнери могу имати стабилну и посвећену заједницу на исти начин као и хетеросексуални партнери и имају исте потребе када је реч о узајамној подршци (пар. 81. пресуде *Vallianatos and Others v. Greece*).

Према томе, ЕСЈП је сматрао да је дошло до повреде чл. 14, у вези са чл. 8. ЕКЈП јер нису постојали довољно убедљиви и снажни разлози који би оправдали искључење истополних партнера из поља примене поменутог грчког закона (пар. 92. пресуде *Vallianatos and Others v. Greece*). На крају, ова пресуда није налагала позитивну обавезу Грчкој да омогући правно признање истополних заједница³¹⁴, али је била од великог значаја за законодавне измене у тој земљи. Наиме, према новом законодавном режиму

³⁰⁸ Представке број 29381/09 и 32684/09, пресуда од 07.11.2013.

³⁰⁹ Детаљније Gonzales Beilfuss, С. (2017). *op. cit.*, 50.

³¹⁰ Види D'Amico, М., Nardocci, С. (2017). *op. cit.*, 172.; Пар. 36. пресуде *Vallianatos v. Others v. Greece* и даље.

³¹¹ Став поновљен и из неких претходних пресуда, види тако *Karner v. Austria*, пар. 37. и 42.

³¹² Види пар. 77. пресуде *Vallianatos and Others v. Greece*; Суд је овакав став имао и у пресуди *Karner v. Austria*, пар. 41.

³¹³ Пресуда *Schalk and Kopf v. Austria*, пар. 94. пресуде.

³¹⁴ Види Amos T., Rainer, J. (2017). *op. cit.*, 81.

(чл. 1. Закона број 4356/2015) два лица могу закључити регистровано партнерство без обзира на пол.³¹⁵

5.4. Oliari and Others v. Italy

У Италији је дуги низ година живело неколико хомосексуалних парова у истополним заједницама. Ови парови су ЕСЉП током 2011. године поднели представке суду, позивајући се на члан 8. (самосталан) и исти члан у вези са чл. 14. ЕКЉП, истичући да им италијанско право није омогућило да закључе брак или регистровано партнерство, због чега су претрпели дискриминацију по основу сексуалне оријентације³¹⁶. Наиме, према италијанском праву није било могуће закључити ни истополни брак³¹⁷, нити било какву другу заједницу поред брака, било за хомосексуалне, било за хетеросексуалне партнере (пар. 42. пресуде *Oliari and Others v. Italy*).

У процесу доношења одлуке, ЕСЉП је поновио ставове из својих ранијих одлука (*Schalk & Kopf v. Austria; Vallianatos and Others v. Greece*) да су истополни партнери способни да имају стабилну и посвећену везу, слично као хетеросексуални парови, те да имају потребе за правним признањем и заштитом своје везе (пар. 165. пресуде *Oliari and Others v. Italy*). Циљ чл. 8 ЕКЉП је замишљен као заштита индивидуе од било каквог мешања јавних власти и овај члан може наметнути и позитивне обавезе држави да би се омогућило ефикасно поштовање права на приватан и породичан живот (пар. 159. ове пресуде *Oliari and Others v. Italy*). Управо из тих разлога се у овој представи морало одговорити на питање, да ли је држава Италија пропустила да испоштује своју позитивну облигацију, како би обезбедила поштовање приватног и породичног живота подносилаца представки (нарочито кроз одредбу правног оквира), који би им омогућио правно признавање и заштиту њихове везе у домаћем праву?³¹⁸

Према ставу ЕСЉП, Италија није испунила своју позитивну обавезу, којом би подносиоцима представки омогућила специфичан правни оквир у циљу омогућавања признања и заштите истополних заједница (пар. 185. пресуде). Овакав став ЕСЉП се темељио на две посебне околности. Прва је та да подносиоцима представки није био омогућен правни оквир (као што је правни оквир грађанских унија или регистрованих партнерстава), којим би се њихов статус признао и којим би им се гарантовала права, важна за једну стабилну везу.³¹⁹ Истополним партнерима је било омогућено само

³¹⁵ У том смислу Lima, D. (2017). Registered Partnerships in Greece and Cyprus, у: The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage? (Eds. Jens M. Schepre, Andy Hayward), Intersentia, 320.

³¹⁶ Види више о томе Fenwick, H. (2017). An ECHR right to access a registered partnership?, у: The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage? (Eds. Jens M. Schepre, Andy Hayward), Intersentia, 489.

³¹⁷ Пар. 34. пресуде *Oliari and Others v. Italy* (Представке 18766/11 и 36030/11, пресуда од 21.07.2015. (final 21.10.2015.)).

³¹⁸ Детаљније види D'Amico, M., Nardocci, C. (2017). op. cit., 173-174.; Види тач. 164. *Oliari and Others v. Italy* пресуде.

³¹⁹ Пар. 167. Пресуде; Поред тога, ЕСЉП је нагласио да постојећа регистрација истополних заједница подносилаца представки у неким локалним регистрима за грађанске уније, има више симболичан значај. Оваква регистрација им не пружа никакав грађански статус и важна је само из статистичких разлога (пар. 168. пресуде).

склапање уговора ради уређивања свог односа, али су они били ограниченог дмета и доступни свим лицима која живе заједно (пар. 169. пресуде). Следствено томе, овакви уговори се не могу сматрати подобним за признање и заштиту заједница подносилаца представки (пар. 169. пресуде). Са друге стране, заједница истополног пара, попут заједнице подносилаца представки, потпада под појам „приватан живот“ и „породичан живот“ из чл. 8. ЕКЉП (пар. 103. пресуде)³²⁰.

Друга околност је несагласност између социјалне реалности у којој подносиоци представки отворено живе у стабилној заједници и италијанског права, које им не омогућава званично признање (пар. 173. пресуде)³²¹, чиме је испољена „равнодушност“ италијанског законодавца према социјалној реалности у којој су се нашли подносиоци представки (и сви други истополни партнери)³²².

Ова пресуда је била прекретница на путу озакоњењења грађанске уније у Италији,³²³ која је коначно уведена законом број 76/2016 (поред грађанске уније, уведена је и кохабитација).³²⁴ На крају, подносиоци представки су се позвали и на повреду чл. 12. (самосталан) и чл. 14. у вези са чл. 12. Конвенције³²⁵, али је ЕКЉП био става да државе чланице нису у обавези да истополним паровима гарантују приступ браку (пар. 191-193. пресуде *Oliari and Others v. Italy*).

5.5. *Orlandi and Others v. Italy*

У овом предмету су подносиоци представки (шест истополних парова)³²⁶, у обраћању ЕСЉП, истакли повреду чл. 8, 12 и 14. ЕКЉП. Наиме, локални италијански надлежни органи су одбили упис истополног брака сваког од ових парова, који су пуноважно закључени у иностранству, чиме њихова веза није била (у било којој форми) правно призната у Италији. Италијански правни систем не познаје истополни брак нити је, у моменту подношења представке (2012. година), предвиђао било који други облик заједнице који би им пружио правно признавање. Закон којим се уводи институт истополне грађанске уније донет је 2016. године (Law no. 76/2016).

У овом предмету није било спорно да су државе уговорнице слободне ограничити брак само на хетеросексуалне парове³²⁷. Суштинско питање је било да ли одбијање захтева за признање брака (закљученог у иностранству) у било којој форми, крши права подносилаца представки, загарантована чл. 8. ЕКЉП, будући да су тиме остављени у правном вакууму и лишени било какве правне заштите (тач. 196. пресуде). ЕСЉП је сматрао да италијанска влада није показала конкретан легитиман циљ за

³²⁰ Став заузет из претходних одлука: спада у "приватан живот", али и у "породичан живот" након *Schalk and Kopf v. Austria* пресуде, види тац. 103. *Oliari and Others v. Italy* пресуде.

³²¹ Поред тога, ЕСЉП је узео у обзир и ставове италијанског народа, у оквиру којег је постојало популарно прихватање истополних парова (пар. 181. пресуде).

³²² У том смислу види *D'Amico, M., Nardocci, C. (2017). op. cit., 164.*

³²³ Види *Ferrari, I. (2017). op. cit., 176.*

³²⁴ *Ferrari, I. (2017). op. cit., 181.*

³²⁵ Види пар. 189. и даље Пресуде *Oliari and Others v. Italy*.

³²⁶ Поднете су укупно 4 представке против Италије - бројеви представки 26431/12, 26742/12, 44057/12 и 60088/12.

³²⁷ Пар. 192. *Orlandi and Others v. Italy* пресуде; Став поновљен из *Schalk and Kopf v. Austria* пресуде, пар. 108.

такво одбијање, осим позивања на клаузулу "домаћи јавни поредак"³²⁸. Са тим у вези, чл. 8. ЕКЉП и не садржи појам "јавни поредак" као један од легитимних циљева, зарад чијих остварења би права појединца била угрожена (пар. 200. *Orlandi and Others v. Italy* пресуде)³²⁹.

У светлу тих чињеница, ЕСЉП је у овом предмету заузео став да је одлука италијанских власти да одбију регистрацију истополног брака, закљученог у иностранству (у било којој форми), оставила подносиоце представки у „правном вакууму“, не узимајући у обзир тренутну друштвену реалност. Следствено томе, подносиоци представки су били изложени препрекама у свакодневном животу, пошто њихова заједница није добила никакву правну заштиту.³³⁰

Према томе, италијанска држава није могла разумно занемарити ситуацију подносилаца представки (која потпада под појам „породичан живот“ у смислу чл. 8 Конвенције), пошто им није понудила начин како да заштите своју везу (пар. 210 пресуде). Прецизније, до доношења поменутог закона из 2016. године (Law no. 76/2016), апликанти нису имали правне могућности за признавање и заштиту њихових истополних заједница, чиме је повређено њихово право на породичан живот, зајамчено чл. 8. ЕКЉП³³¹. Како је утврђена повреда овог члана, није било потребе утврђивати да ли је дошло до повреде чл. 14. у вези са чл. 8. или 12. ЕКЉП (пар. 212. пресуде).

5.5. Кратка закључна разматрања

Након досадашњих излагања, можемо извући неколико закључака:

1. ЕКЉП се тумачи у светлу актуелних околности.³³²
2. Код разлика у поступању засновано на полу или сексуалној оријентацији, поље слободне процене државе није широко³³³, а свако различито поступање у упоредивим ситуацијама мора бити оправдано и разумно.³³⁴
3. Након *Schalk and Kopf v. Austria* и *Vallianatos and Others v. Greece*, истополни партнери су први пут стављени у контекст права на породичан живот. При томе, везе које трају дужи временски период имају „више шанси“ да се квалификују као „породичан живот“, при чему сама фактичка кохабитација није од пресудног значаја³³⁵. Међутим, ниједна од ове две пресуде није наметала позитивну обавезу државама уговорницама да омогуће истополним паровима форму признавања.
4. „Право на брак“ из члана 12. ЕКЉП тумачи се доста уже него право на приватан и породичан живот. Сам чл. 12. наводи да се право на закључење брака и оснивање

³²⁸ Пар. 200 и 167. *Orlandi and Others v. Italy*.

³²⁹ Пар. 200. пресуде *Orlandi and Others v. Italy*: „In that connection, the Court notes that, unlike other provisions of the Convention, Article 8 does not enlist the notion of “public order” as one of the legitimate aims in the interests of which a State may interfere with an individual’s rights.“

³³⁰ Пар. 209. пресуде *Orlandi and Others v. Italy*.

³³¹ Пар. 210. пресуде *Orlandi and Others v. Italy*.

³³² *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, број представке бр. 28957/95, пар. 75, пар. 84. *Vallianatos and Others v. Greece*; Пар. 46. *Schalk and Kopf v. Austria*.

³³³ *Karner v. Austria*, пар. 41.

³³⁴ *Vallianatos v. Others v. Greece*, пар. 83.

³³⁵ Види више Sörgjerd, С. (2016). *op. cit.*, 31. и даље.

породице примењује у складу са „националним правима“. Према томе, брак остаје осетљиво питање у Европи (о чему још не постоји консензус³³⁶). ЕКЉП и ЕСЉП не намећу државама уговорницама позитивну обавезу да дозволе закључење истополног брака³³⁷.

5. Предмет *Oliari and Others v. Italy* је увео нов приступ у тумачењу позитивних обавеза из чл. 8. ЕКЉП (поштовање приватног и породичног живота), јер је ЕСЉП осудио Италију за кршење овог члана, што за њу (и остале државе уговорнице Савета Европе) представља сигурну тачку у ојачавању права хомосексуалаца на породичан живот у смислу ЕКЉП.³³⁸
6. На крају, предмет *Orlandi and Others v. Italy* је показао да околност да подносиоци представки нису имали правне могућности за признавање и заштиту њихових истополних заједница (истополног брака закљученог у иностранству) и да су тиме остављени у „правном вакууму“, довела је до повреде њиховог права на породичан живот, зајамчено чл. 8. ЕКЉП. Ова пресуда је свакако од суштинске важности за признање истополних заједница живота и очекује се даља судска пракса националних и наднационалних судова.

6. Истополне заједнице живота у правном поретку РС

У правном систему Републике Србије институција брака је дефинисана искључиво као заједница мушкарца и жене. То произилази не само из Устава, као највишег правног акта у РС³³⁹ (одредба чл. 62. ст. 2³⁴⁰), већ и из Породичног закона РС³⁴¹ (у даљем тексту: ПЗ) (чл. 3. ст. 1)³⁴². Према томе, у нашем правном систему постоји само хетеросексуалан моногаман брак, тако да закључење истополног брака није допуштено. Са међународноприватноправног аспекта, применом домаћих колизионих норми за закључење брака (чл. 32. и чл. 33. ЗРСЗ) није могуће закључити истополан брак у РС. Наиме, чак и када би такав брак био допуштен по *lex nationalis*-у оба вереника (овде долази до дистрибутивне кумулације), дошло до би примене института јавног поретка из чл. 4. ЗРСЗ³⁴³ (о институту јавног поретка биће касније више речи). Истовремено, у РС није правно могуће ни закључење истополних (регистрованих) заједница, јер наше право не познаје правни институт регистроване заједнице, било да је она хетеросексуална, било да је она хомосексуална. Коначно, у нашем праву није призната ни истополна (нерегистрована) заједница – тзв. *de facto* истополна заједница, с обзиром да наше право познаје ванбрачну заједницу као „трајнију заједницу живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи“³⁴⁴.

³³⁶ *Oliari and Others v. Italy*, пар. 178.

³³⁷ *Schalk and Kopf v. Austria*, пар. 61-63.

³³⁸ Види D'Amico, M., Nardocci, C. (2017). op. cit., 164.

³³⁹ Устав РС (Службени гласник РС, број 98/2006).

³⁴⁰ „Брак се закључује на основу слободно датог пристанка мушкарца и жене пред државним органом“.

³⁴¹ Породични Закон РС (Службени гласник РС, број 18/2005 и 72/2011 – др. закон)

³⁴² „Брак је законом уређена заједница живота жене и мушкарца“.

³⁴³ „Не примењује се право стране државе ако би његово дејство било супротно Уставом СРЈ (Србије – М.П.) утврђеним основама друштвеног уређења“.

³⁴⁴ Види чл. 4. ПЗ.

У тренутном законодавном оквиру, дакле, не постоје специјалне колизионе норме које се односе на истополне заједнице живота. Ни Нацрт новог Закона о међународном приватном праву³⁴⁵ (у даљем тексту: Нацрт) из 2014. године не садржи специјалне колизионе норме које се односе на ове заједнице. Разлози за доношење новог ЗМПП произишавали су из чињенице да се тренутно важећи ЗРСЗ сматра анахроним кодификацијом, али и из потребе за делимичном *унификацијом* и *хармонизацијом* постојећих прописа са међународним приватним правом, које настаје и развија се у окриљу Европске Уније³⁴⁶. При том, нарочит значај имају уредбе ЕУ које предвиђају *универзалну примену колизионих норми* (тј. колизионе норме које се примењују независно од тога да ли је меродавно право државе чланице Европске уније или неке треће државе). У складу са тим, решења из појединих уредби *директно су преузета* и унета у Нацрт. Као примере поменућемо област развода брака, где су директно преузета решења из Рим III Уредбе и област издржавања, где је преузета регулатива везана за „Издржавање“³⁴⁷. У ужем обиму, унификација је извршена када се радило о меродавном праву за наследноправне односе (са извесним изменама)³⁴⁸ као и о појединим питањима надлежности и поступка.^{349/350} Поред тога, одредбе о међународној надлежности из Нацрта су усклађене са одредбама Уредбе 1103/2016 и Уредбе 1104/2016 (њиховим предлозима из 2011. године), које се односе на брачно-имовински режим, односно имовинска дејства регистрованих партнерстава.

Иако Нацрт не садржи специјалне колизионе норме за истополне заједнице живота, две његове одредбе би се могле применити на истополне заједнице живота. То су чл. 86. (надлежност у споровима у вези са имовинским односима у регистрованој и нерегистрованој ванбрачној заједници) и чл. 87. Нацрта (меродавно право за имовинске односе у ванбрачној регистрованој и нерегистрованој заједници). Поред тога, и друге одредбе Нацрта би се могле сходно применити на истополне заједнице живота, а о томе више у осмом делу.

Дакле, наше законодавство не регулише ниједан од наведених облика заједнице живота лица истога пола. Међутим, независно од овакве правне ситуације, могуће је да се пред нашим органима постави одређено питање проистекло из оваквих заједница,

³⁴⁵ Коначна верзија Нацрта доступна на <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>, приступљено 11.01.2021.

³⁴⁶ Образложење Нацрта Закона о међународном приватном праву, доступно на <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, приступљено 11.09.2020. године, 1-2.

³⁴⁷ Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања („Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 1/2013) који је преузет и чланом 15 Регулative „Издржавање“ (Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations).

³⁴⁸ Уредба о наслеђивању (Regulation (EU) No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession).

³⁴⁹ Регулative Брисел I Recast (Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)) и Регулative Брисел IIa (Council Regulation (EC) 2201/2003 of 27th November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility).

³⁵⁰ Види Образложење Нацрта Закона о међународном приватном праву, доступно на <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, приступљено 11.09.2020. године, 2.

које су пуноважно засноване у иностранству. Имајући то у виду, наши органи се суочавају са комплексним изазовима заснивања међународне надлежности, одређивања меродавног права и примене других општих института међународног приватног права.

Иако истополне заједнице живота нису регулисане у домаћем правном систему и не могу се закључити, поједине одредбе одређених међународних и националних извора могу бити од евентуалног значаја за суочавање са наведеним изазовима. Од међународних извора, поред ЕКЉП, од посебног значаја је ратификован Међународни Пакт о грађанским и политичким правима (у даљем тексту: МПГПП³⁵¹).

Овај међународни извор у чл. 26. садржи одредбу о забрани дискриминације. У циљу надгледања поштовања права и принципа прокламованих овим актом, својевремено је формиран Комитет за људска права (*Human Rights Committee*) (у даљем тексту: Комитет), који се састоји од 18 експерата за људска права. Још од свог настанка, Комитет је анализирао велики број случајева у којима је дошло до повреде права из МПГПП, узимајући у обзир случајеве о индивидуалним правима ЛГБТ-а и истополним паровима.³⁵² Тако су предмети *Young v. Australia* и *X v. Colombia*³⁵³, који су се односили на права на пензију преминулог партнера, показали дискриминацију између истополних и хетеросексуалних партнера. Прецизније, Комитет је у оба предмета утврдио повреду чл. 26. и сугерисао поновно разматрање захтева жалиоца за пензију, са циљем да се слична кршења МПГПП у будућности избегну³⁵⁴. Аустралија је 2008. године изменила своје законодавство, те су истополни партнери од 01. јула 2009 године могли добити пензију од преминулог партнера (енг: *war widower's pension*). Са друге стране, Колумбијски Уставни суд је 2010. године исказао став да управни, судски органи и органи пензионог фонда не могу одбити досуђивање пензије истополним партнерима супротно неоправданим препрекама и у том циљу је усвојена група упута (енг: *orders*), чије је дејство проширено на сва хомосексуална лица³⁵⁵.

Потенцијал чл. 26. МПГПП је резултат либералног, „модерног“ тумачења и који дозвољава Комитету да прошири поље примене забране дискриминације на права која нису директно наведена у МПГПП. На овај начин је Комитет разјаснио суштинску

³⁵¹ У Србији је ратификован Законом о ратификацији међународног пакта о грађанским и политичким правима („Службени гласник СФРЈ“, бр. 7/71).

³⁵² Paladini, L. (2014). Same-Sex Couples Before Quasi-Judicial Bodies: The Case of the UN Human Rights Committee, у: Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions (Eds. Daniele Gallo, Luca Paladini, Pietro Pustorino), Springer, 535.

³⁵³ У првом предмету је мушкарцу, који је био у дугорочној истополној вези, било одбијено додељивање пензије након смрти партнера. Комитет је сматрао да је Аустралија (одбијањем годину Јангу додељивање пензије на основу пола и сексуалне оријентације) прекршила чл. 26. Конвенције.

У другом предмету, реч је било о колумбијском грађанину, преживелом партнеру из истополне везе, па се поставило питање да ли се он може користити правом на пензију након смрти партнера (у светлу неутралне формулације унутрашњег права). Надлежни орган Колумбије сматрао је да право не дозвољава додељивање пензије истополном партнеру. Комитет је утврдио повреду чл. 26. МПГПП јер је дошло до одбијања досуђивања пензије животног партнера по основу сексуалне оријентације, при чему се имало у виду да истополни партнери нису у могућности да се венчају и зато им није могуће доделити пензију, док са друге стране стоје невенчани хетеросексуални партнери, који су на то овлашћени (при чему не постоје аргументи или оправдања да би се подржао разумност и објективност у разлици између ове две врсте везе).

³⁵⁴ Ibid., 548-552.

³⁵⁵ Ibid., 552.

(енгл: *substantive*) једнакост уживања у области социјалних, економских и културних права. Управо овај приступ тражења суштинске једнакости у уживању права могао би гарантовати друга права истополним паровима у будућности, који се суочавају са националним дискриминаторним законодавством поводом других материјалних последица – као што су питања пореза, питања здравственог осигурања или проблеми са закупом у име умрлог истополног партнера³⁵⁶. Прецизније, чл. 26. је препознат као аутономно право, на које се, независно од других одредаба МПГПП, може позвати ради санкције за неразумне, необјективне дискриминације у законодавству, усвојене од стране држава уговорница независно од области права.³⁵⁷

Од значаја за решавање проблема са којима се суочавамо у овом раду свакако могу бити пресуде ЕСЉП, који екстензивним одредбама ЕКЉП даје прави и актуелни садржај (пре свега, одредбе чл. 8, 12 и 14). Ова Конвенција се у нашем правном систему примењује непосредно, а наши судови би морали, због начела *iura novit curia*, да се позивају на норме ЕКЉП онако како их је развила и протумачила пракса ЕСЉП³⁵⁸. И државе уговорнице, које нису странка конкретног предмета, требало би да поштују праксу овог суда приликом доношења сопствених прописа, јер се на тај начин избегавају представке наших грађана овом суду (или се смањује њихов број).

Од унутрашњих извора најважнији су Устав РС и Закон о забрани дискриминације³⁵⁹, а о ПЗ смо већ говорили. Веома је важно поменути уставну забрану дискриминације из чл. 21., према којој је дискриминација (посредна или непосредна) забрањена по било ком основу, а поготову по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења итд.

Са друге стране, одредбом чл. 17. Устава РС³⁶⁰ загарантована су права странаца, при чему је суштина овог члана да се међународним уговорима одређује начин остваривања права која унутрашњи поредак јамчи странцима³⁶¹. Странци у Србији имају одређена права која су некада апсолутна, некада резервисана, некада релативно резервисана. Од важности је да поменемо права странаца на наслеђивање (релативно резервисана) и на усвојење (регулисано је ПЗ).

Према чл. 18. Устава РС сва зајамчена (људска и мањинска) права непосредно се примењују. Према чл. 18. ст. 2. „уставом се јемче, и као таква, непосредно се примењују људска и мањинска права зајамчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима“³⁶².

Законом о забрани дискриминације (у даљем тексту: ЗЗД) прописано је да се под дискриминацијом подразумева свако неоправдано прављење разлике или неједнако

³⁵⁶ Ibid., 554.

³⁵⁷ Ibid., 553.

³⁵⁸ Поповић, Д. (2011). Утицај Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода на српско законодавство и судску праксу, Правни записи број 2, 2011, 352.

³⁵⁹ „Службени гласник РС“, број 22/2009

³⁶⁰ „Странци, у складу са међународним уговорима, имају у Републици Србији сва права зајамчена Уставом и законом, изузев права која по Уставу и закону имају само држављани Републике Србије“.

³⁶¹ Види Ђурић, В. (2007). Устав и међународни уговори, Институт за упоредно право, Београд, 378.

³⁶² 18. ст. 2. прописано је и да се законом може прописати начин остваривања ових права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајамченог права.

поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове његових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на различитим критеријумима, а између осталог и на сексуалној оријентацији (чл. 2. ст. 1. ЗЗД). Под термином „лице“ или „свако“ подразумева се онај који борави на територији Србије или на територији под њеном јурисдикцијом, без обзира на то да ли је реч о држављанину Србије или је реч о апатриду (чл. 2. ст. 2)³⁶³. Дакле, забрањена је, на територији Србије, дискриминација према било коме и по било ком основу и у било ком виду. Самим тим што је дискриминација прописана, може се закључити да сва она лица која имају сексуалну оријентацију различиту од већинске, имају онда права да такву оријентацију реализују и остваре.³⁶⁴ Са тим у вези, ако је већ прописана забрана дискриминације лица по основу сексуалне оријентације, није спорно да је признато право да се таква оријентација може и исказати, те је управо изјашњење о њој екстериорна форма сексуалне оријентације.³⁶⁵ Посебним чланом закона (чл. 21) прописано је да је сексуална оријентација приватна ствар и да нико не може бити позван да се јавно изјасни о својој сексуалној оријентацији. Са друге стране, свако има право да се изјасни о својој сексуалној оријентацији, а свако дискриминаторско поступање због таквог изјашњавања је забрањено. Дакле, први став подразумева да лице не мора да искаже своју сексуалну оријентацију и обрнуто (у ставу другом) – свако има право да се о њој изјасни. У том смислу, дискриминација би постојала по овом основу, уколико би лице било позвано на јавно изјашњење о сексуалној оријентацији (законска забрана да их било ко позива) или би му то било ускраћено (обавеза других да не предузимају радње и мере дискриминаторског поступања)³⁶⁶.

³⁶³У оквир закона потпада и правно лице које је регистровано, односно обавља делатност на територији Србије (чл. 2. ст. 2 ЗЗД).

³⁶⁴ Ђорђевић, Ср., Палевић, М. (2017). Заштита људских права, Крагујевац, 149.

³⁶⁵ Ibid., 151-152.

³⁶⁶ Ibid., 152.

ДЕО II – Иностране истополне заједнице живота пред српским органима – општа питања одређивања меродавног права и међународне надлежности

Имајући у виду да наш правни систем не познаје институте истополног брака, регистрованог партнерства и фактичке истополне заједнице, пред домаћим органима се неће поставити питање закључења ових заједница. Међутим, ипак се може поставити питање одређених дејстава, проистеклих из оваквих заједница, што отвара многе међународноприватноправне проблеме и изазове, којима је посвећен овај део рада.

У излагањима које следе, најпре ће се направити осврт на квалификацију и попуњавање правних празнина у међународном приватном праву и на начин одабира колизионих норми за престанак, неважност или дејства проистекла из иностране истополне заједнице живота (лична и имовинска дејства, укључујући и издржавање). Одабир колизионе норме за заснивање и престанак усвојења и његова дејства је посебно издвојен у шестом делу дисертације. Излагање се затим наставља на питање примене (или непримене) *renvoi* у области истополних заједница живота и на проблем везивања претходног питања (на који начин решити претходно питање у МПП-у у овој области приватноправних односа са елементом иностраности). Након тога, излагања су посвећена клаузули јавног поретка. Коначно, посебна пажња је посвећена проблематици одређивања међународне надлежности за спорове проистекле из иностраних истополних заједница живота.

1. Квалификација

Излагања која следе посвећена су *de lege lata* одабиру колизионе норме за престанак, неважност и за дејства (лична и имовинска, укључујући издржавање) истополних заједница живота закључених у иностранству. Како су истополне заједнице живота непознати правни институти код нас, онда се одабир колизионе норме из ЗРСЗ за наведена питања врши функционалном квалификацијом у МПП-у.

1.1. Проблем квалификације и решење проблема

Квалификацију можемо дефинисати као јединствени двофазни поступак којим се, у првој „фази“, врши супсумција одређеног правног односа или правног питања, проистеклог из чињеничног стања са елементом иностраности, под правну категорију одговарајуће домаће колизионе норме (тзв. прва квалификација). У другој „фази“, тзв. другој квалификацији (након што је одабрано меродавно право) врши се избор меродавних материјалноправних норми одабраног *lex causae*, које треба применити на

чињенично стање³⁶⁷. Следствено томе, правна категорија домаће колизионе нормe има двоструку „улогу“: одређује која су све то правна питања њоме обухваћена (да би се „спровела“ прва квалификација), као и које материјалноправне нормe *lex causae* треба применити, неопходне да дају коначно материјалноправно решење постављеног правног питања³⁶⁸ (друга квалификација).

За решење прве квалификације, односно одабира према ком праву ће се вршити супсумирање једног правног питања под правну категорију домаће колизионе нормe (односно чињеничног стања проистеклог из тог правног питања) примењује се *lex fori* квалификација.³⁶⁹ Другим речима, одабир колизионих норми домаћег правног система врши се према схватањима које домаће право има о том правном појму или правном питању³⁷⁰. При томе се правни појмови у правним категоријама (приликом ове квалификације) увек могу мало еластичније тумачити, како би обухватили и неке стране правне институте³⁷¹. Тако, категорија „брака“ из домаће колизионе нормe не односи се само на домаћи „брак“ у смислу домаћег супстанцијалног права или на иностране бракове који се на исти или сличан начин схватају и закључују као и у нашем праву, већ и на, примера ради, полигамне бракове, временске бракове³⁷².

Када је реч о институтима непознатим домаћем правном систему, прибегава се тзв. функционалној квалификацији³⁷³, која садржи елементе *lex fori* квалификације и елементе упоредноправне квалификације³⁷⁴. Функционална квалификација се, по правилу, спроводи у три корака. Најпре се мора пронаћи функција коју тај страни правни институт обавља у страном праву. Затим се, у другом кораку, у домаћем материјалном праву тражи институт који обавља исту или сличну функцију, а на даље

³⁶⁷ У смислу двофазног процеса види и упореди Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). Међународно приватно право – општи део, Крагујевац, 78; Јакшић, А. (2004). Члан 9 ЗМПП-а и основни појмови међународног приватног права, у: Зборник радова „Двадесет година Закона о међународном приватном праву” (Ур. М. Живковић), Правни факултет Универзитета у Нишу, 59; Јакшић, А. (2017). Међународно приватно право – општа теорија, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 417, 435-436; Ђорђевић, С. (2010а). Квалификација као узрок противречности правних норми – Примена прилагођавања у Међународном приватном праву, Правни живот број 11/2010, Београд, 407; Neuhaus, P. H. (1976). Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Tübingen, 113. и даље; Уп. домаће ауторе који се приклањају тзв. степенастој квалификацији: Варади, Т., et al, (2010). Међународно приватно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 128-129.

³⁶⁸ Види Јакшић, А. (2004). op. cit., 75-76.

³⁶⁹ Види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 84-86, 92; Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 124-126, 128.; Јакшић, А. (2004). op. cit., 78.; Von Hoffmann, B., Thorn K. (2007). Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München, 226-228; Kropholler, J. (2006). Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Mohr Siebek, 121 и даље.

³⁷⁰ У домаћој литератури види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 84; Односно квалификација коју врши право државе суда, види о томе Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). Међународно приватно право: општи део, Службени гласник; 4. издање, Београд, 254; Односно према праву којем колизионе нормe припадају, види Нау, Р., Tobias, K. (2010). Internationales Privat – und Zivilverfahrensrecht, München, 115.

³⁷¹ Види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 86.

³⁷² Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 86.

³⁷³ Види и упореди Von Hoffmann, B., Thorn K. (2007). op. cit., 229-230; Kropholler, J. (2006). Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Mohr Siebek, 126. и даље; Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 128; Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 89-90; Јакшић, А. (2017). op. cit., 433-435; Дика, М. et al (1991). Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 38; Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). op. cit., 250-251; У сличном смислу и Нау, Р., Tobias, K. (2010). op. cit., 122.

³⁷⁴ Опширније о томе види Von Hoffmann, B., Thorn K. (2007). op. cit., 229.

се (у трећој фази) квалификација обавља по *lex fori* – те се тражи домаћа колизиона норма која обухвата функционално сродан правни институт³⁷⁵.

С обзиром да су истополне заједнице живота непознати правни институти код нас и да за њих не постоје специјалне колизионе норме, треба спровести функционалну квалификацију, да би се пронашла одговарајућа колизиона норма у ЗРСЗ. Међутим, ако се спроведе функционална квалификација, али се утврди да непознати правни институт не одговара *ratio legis* домаће колизионе норме и да се зато под њу не може супсумирати, на колизионоправном нивоу настаје *правна празнина* која се једино може попунити у складу са чл. 2. ЗРСЗ³⁷⁶. *Ratio legis* сваке колизионе норме је њена тачка везивања и она се никада не бира насумично. Тачком везивања законодавац изражава свој став да је правна категорија из колизионе норме у најближој вези са правним поретком оне државе, на коју указује одабрана одлучујућа чињеница³⁷⁷. На тај начин је колизиона норма правична и њом ће се остварити колизионоправна правичност.³⁷⁸

Из тог разлога је потребно најпре испитати да ли је колизиону норму за истополне заједнице живота, закључене у иностранству, могуће одабрати путем функционалне квалификације.

1.2. Функционална квалификација истополних заједница живота

1.2.1. Функционална квалификација истополног брака

Процес функционалне квалификације започиње утврђивањем функције коју обавља истополни брак у правном систему, из којег долази. Имајући у виду да је у свим посматраним упоредноправним порецима истополан брак заправо брак (у материјалноправном смислу), овај институт би могао бити функционално еквивалентан домаћем браку. Ако се заузме такав став, за развод истополног брака би се могла искористити постојећа колизиона норма ЗРСЗ за развод брака (чл. 35). По истом принципу, за лична и имовинска дејства истополног брака би се могле „искористити“ постојеће колизионе норме за личне и имовинске односе брачних другова (из чл. 36. ЗРСЗ, чл. 37. ЗРСЗ).

Такав став је прихваћен у делу немачке литературе, која сматра да треба сходно/аналогно применити колизионе норме за брак из ЕGBGB и на истополан брак (у периоду када Немачка није имала овај институт, али је имала регистровано партнерство)³⁷⁹. Према томе, мора се имати у виду да, иако је појам брака у домаћем

³⁷⁵ Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). *op. cit.*, 89.

³⁷⁶ Види Ђорђевић, С. (2020). Утврђивање и попуњавање правних празнина у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 22.

³⁷⁷ У том смислу види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). *op. cit.*, 35.

³⁷⁸ Види о колизионоправној правичности *Ibid.*, 33-34.

³⁷⁹ Форкерт је испитивао да ли се страни истополни брак може супсумирати под чл. 176 ЕGBGB и сматра да ипак потпада под одредбе чл. 13. и остале одредбе ЕGBGB, о томе види Forkert, M. (2003), *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB*, Tübingen, 76-78; Тако и Röhler, A. (2002). *Gleichgeschlechtliche Ehe und ordre public*, IPRax, Heft 6, 498 и даље; Код страног истополног брака се морају имати у виду материјалне претпоставке брака у складу са правом држављанства, те долази до аналогне примене чл. 13. ЕGBGB, о томе види Von Hoffmann, B., Thorn K. (2007). *op. cit.*, 348; Тако и Спернат путем функционалне квалификације долази до супсумције страног истополног брака под

материјалном праву „резервисан“ за хетеросексуалан однос, то неће спречити супсумацију (страног) истополног брака под колизионо правни појам брака³⁸⁰ (иако има супротних мишљења³⁸¹). То значи да се полази од претпоставке да је колизиона норма за брак довољно широка да може супсумирати такве форме заједничког живота, које не одговарају домаћем схватању брака.³⁸²

Иако би се могло начелно прихватити да истополан брак функционално одговара домаћем хетеросексуалном браку³⁸³ потребно је детаљније анализирати колизионе норме за брак из ЗРСЗ, нарочито њихове тачке везивања, које истовремено представљају њихов *ratio legis*. То значи да је потребно испитати да ли су ове колизионе норме правичне за истополан брак. У случају да тачке везивања ових колизионих норми нису погодне за истополан брак, настаје правна празнина која треба да се попуни у складу са чл. 2. ЗРСЗ.

Примена колизионих норми чл. 35-38. ЗРСЗ ствара многе потешкоће, јер је питање да ли су поменуте колизионе норме правичне да се под њих супсумира страни истополан брак, ако овај институт не одговара *ratio legis* ових колизионих норми. За развод брака (према чл. 35. ЗРСЗ) меродавно је право државе заједничког држављанства супружника (ст. 1.), односно право државе држављанства и једног и другог супружника по принципу обичне кумулације (ст. 2), у случају да немају заједничко држављанство. Одредбе чл. 35. ст. 3. и 4. односе се на ситуације „ако се брак не би могао развести по праву одређеном у ст. 2. овог члана“, односно ако се брак не би могао развести кумулативном применом *lex nationalis* и једног и другог брачног друга. Последица је да ће се применити право Србије, у случају да тако одабрана страна права не познају установу развода брака или намеће изузетно тешке услове за развод брака³⁸⁴.

чл. 13. EGBGB, о томе види Spernat, T. (2011). Die gleichgeschlechtliche Ehe im Internationalen Privatrecht Unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses des EG – Vertrages, Peter Lang, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 76, 221; Аналогна примена чл. 13. EGBGB, о томе види Thorn, K. (2004). Besondere Kollisionsnormen und allgemeine Lehren des IPR, in: FS für Erik Jayme Band I (Eds. H.-P. Mansel, T. Pfeiffer, H. Kronke, C. Kohler, R. Hausmann), 958.

³⁸⁰ За немачку доктрину и супсумацију под чл. 13. EGBGB и даље одредбе EGBGB, види Röthler, A. (2002). op. cit., 498, 499.

³⁸¹ Постоји и мишљење да се истополан брак ипак не може сматрати браком за потребе међународног приватног права, види у том смислу Fulchiron, Hugues, Le droit français et les mariages homosexuels étrangers, Dalloz, Chron., 2006, n° 19, 1254., наведено према Wautelet, P. (2012). Private international law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe – Divided we stand?, у: Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia, 149.

³⁸² Посебно се има у виду да је појам брака у колизионоправном контексту доста шири него у материјалном праву, па се и друге форме заједничког живота могу обухватити, као што је полигаман брак, Види Röthler, A. (2002). op. cit., 498; Дураковић, А. (2014). Колизионоправна проблематика истосполних заједница живота, у: Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, бр. 12, Правни факултет у Мостару, Мостар, 147; Тако различите форме брака потпадају под колизионоправни појам брака чл. 13. EGBGB (као полигамни брак), види више о томе Jakob, D. (2002). Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht, Köln, 175-176.; МПП појам брака далеко шири неко појам у материјалном праву, а у том смислу види Waltjen, D. (2000). Der Eheschutz des Art. 6. Abs. 1 GG und Auslandsehen, in: FS für Dieter Henrich (Eds. P. Gottwald, E. Jayme, D. Schwab), 92-93.

³⁸³ Тест функционалне еквивалентности је испитан код супституције.

³⁸⁴ У смислу за брак "уопште" види Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 309.

У вези са темом рада, примена заједничког држављанства оба истополна брачна партнера (чл. 35. ст. 1) ствара реалну опасност да тако одређено меродавно право не познаје институт истополног брака. Срећније решење неће бити ни кумулативна примена права оба брачна друга (чл. 35. ст. 2. ЗРСЗ), ако *lex nationalis* једног или оба брачна друга не познаје институт истополног брака. Коначно, примена права Србије у ст. 3 и 4. овог члана може бити проблематична, јер кумулативна колизиона норма може упутити на два различита права (*lex nationalis* и једног и другог супружника) која не познају истополан брак (па тако ни развод истог), при чему је довољно да само једно од њих не познаје овај институт. Не само да ово решење води у ћорсокак, већ и ако би се оваква ситуација подвела под фразу „ако се брак не би могао развести“, што мало делује вероватно, дошло би до права Србије које очито не познаје истополан брак.

За лична и имовинска дејства брака меродавно је право државе заједничког држављанства супружника, а ако оно не постоји, онда заједничко пребивалиште супружника, а ако ни оно не постоји, онда последње заједничко пребивалиште супружника. Ако се право не може одредити на претходне начине, меродавно је право Србије (чл. 36. ЗРСЗ). Код прве три тачке везивања може настати опасност да тако одабрано меродавно право не познаје институт истополног брака. У реалности се може тешко замислити да ће странци код нас тражити нпр. утврђивање удела у брачној имовини, а ако немају заједничко држављанство, примењивало би се заједничко пребивалиште, односно последње заједничко пребивалиште, које су, подношењем тужбе нашем суду, вероватно имали у Србији. У том случају би дошло до примене права Србије, које не познаје истополан брак. Коначно, ни примена *lex fori* (као последња могућност у низу супсидијарног везивања) није добро решење, јер не познајемо овај институт. Исто важи и за уговорне имовинске односе брачних другова, јер се примењује право одређено за личне и законске имовинске односе, само у време закључења брачног уговора (односно чл. 37. ст. 1. ЗРСЗ упућује на тачке везивања из чл. 36. ЗРСЗ)³⁸⁵. Чак ни изведена аутономија воље која је предвиђена у чл. 37. ст. 2. ЗРСЗ не би могла бити задовољавајуће решење, ако странке за брачно-имовински уговор изабру право које не познаје истополни брак.³⁸⁶

Примена наведених колизионих норми (чл. 35-38. ЗРСЗ) на истополан брак био би једноставнији пут за судију и у складу са колизионоправним решењима многих држава, које свакако познају институт истополног брака, па се примена истих колизионих норми и на хетеросексуалан и истополан брак³⁸⁷ намеће као логичан закључак. Из угла тих држава, тачке везивања у оквиру колизионоправних решења оцењене су као најприкладније и за хетеросексуалан и истополан брак. Међутим, исте тачке везивања и за хетеросексуалан и за истополан брак није гаранција у тим државама да ће партнери моћи да закључе брак. Проблем настаје ако један од будућих

³⁸⁵ Чл. 37. ст. 1. ЗРСЗ: „За уговорне имовинске односе брачних другова меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за личне и законске имовинске односе.“

³⁸⁶ Чл. 37. ст. 2. ЗРСЗ: „Ако право одређено у ставу 1. овог члана предвиђа да брачни другови могу изабрати право које је меродавно за брачно-имовински уговор, меродавно је право које су они изабрали.“

³⁸⁷ Пример су националне колизионе норме Холандије, Белгије и сл; Види део I 3.1. дисертације.

супружника има држављанство државе која не познаје истополан брак, јер је последица немогућност закључења брака.³⁸⁸

Имајући претходно у виду, сматрамо да колизионе норме чл. 35-38. ЗРСЗ нису прикладне за истополан брак јер он не одговара њиховом *ratio legis*. Према томе, функционална квалификација не доводи до жељеног резултата и настаје правна празнина која треба да се попуни у складу са чл. 2. ЗРСЗ (види део 1.3.1. овог поглавља).

1.2.2. Функционална квалификација регистрованог партнерства

У упоредном породичном праву, регистровано партнерство се може сматрати *sui generis* породичним односом (институтом породичног права³⁸⁹, чак и поред спорадичних назнака ка уговорноправној природи овог института³⁹⁰), који подразумева извесна партнерска права и обавезе.

У првом делу дисертације смо показали диверзитет облика и дејстава регистрованих партнерстава, који се махом сматрају институтима паралелним браку. Регистровано партнерство у неким државама коегзистира са истополним браком, а некада је једини институт који је отворен за истополне партнере. У земљама које спадају у тзв. дуалистички модел, истополни партнери могу закључити само регистровано партнерство, а у земљама тзв. плуралистичког модела, истополни и хетеросексуални партнери могу бирати између брака или регистрованог партнерства. У Холандији (плуралистички систем), примера ради, брак и регистровано партнерство представљају практично идентичне режиме, мада регистровано партнерство престаје у административном поступку³⁹¹. Француски пакт солидарности (Француска-плуралистички модел) има нешто слабија дејства од других „модела“ регистрованог партнерства.³⁹² Према томе, одређивање његове функције у страном правном систему

³⁸⁸ Види у том смислу Wautelet, P. (2012). Private International law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe – Divided we stand?, у: Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia, 146-148; Неке државе су предупредиле ове проблеме, као нпр. Белгија која у чл. 46. ст. 2. белгијског ЗМПП има одредбу која се односи на меродавно право за закључење брака. Ако меродавно право у ст. 1. овог члана (а тачка везивања је *lex nationalis* за сваког супружника понаособ) забрањује истополан брак, онда се то право неће применити, ако један од супружника ма држављанство државе која дозвољава такав брак или има уобичајено боравиште (*habitual residence*) у таквој држави.

³⁸⁹ Види и Јовановић, М. (2016). Иностране регистроване истополне заједнице живота пред колизионим правилима српског међународног приватног права: црно-бели одраз слике дугиних боја?, у: Liber amicorum: Гашо Кнежевић (Ур. Т. Варади, Д. Митровић, Д. Хибер, В. Павић, М. Ђорђевић, М. Јовановић), Београд, 173.

³⁹⁰ Постоје и мишљења о уговорној природи регистрованог партнерства - види Curry-Sumner, I. (2005). All's well that ends registered?, Intersentia, Antwerp-Oxford, 322, фн. 21. Аутор наводи пример холандског Министра правде који је такође упутио на уговорну природу холандског регистрованог партнерства (Dutch Second Chamber, 17th December 2002, Parliamentary discussion 34-2576), али овај став није подржан у холандској литератури; Што се тиче Француске, уговорну природу регистрованог партнерства (PACS) сугерисала је Revilard (Revillard), у том смислу види Curry-Sumner, I. (2005). op. cit., 322-323.

³⁹¹ Види Fulli-Lemaire, S. (2017). Legal recognition of same-sex relationships in Central Europe: Steady progress, у: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 22.

³⁹² Sörgjerd, C. (2016). Marriage in a European perspective, у: European family law volume III: Family law in a European perspective (Ed. Jens M. Scherpe), 26.

као брака или института паралелном браку зависи од осетљивог нијансирања и зависи од конкретног облика регистрованог партнерства. Тешко је заузети јасан став, али бар можемо начелно предложити неке оријентире. Тако, ако постоји могућност да истополни партнери могу бирати облик између брака или регистрованог партнерства, може се бранити теза да такво регистровано партнерство обавља функцију брака. Са друге стране, заједнице попут француског пакта солидарности имају доста слабија дејства, те би се могла бранити теза да такав облик партнерства не обавља функцију брака.

Независно од ове дилеме, у домаћем правном систему то би био домаћи хетеросексуални брак или ванбрачна заједница, што значи да би се регистровано партнерство могло супсумирати под домаће колизионе норме за брак или ванбрачну заједницу³⁹³ (чл. 39. ЗРСЗ). У делу немачке литературе је постојао став који је сугерисао аналогну/сходну примену колизионих норми за брак из EGBGB и на страну регистровано партнерство.³⁹⁴

Већ смо констатовали неприкладност примене колизионих норми за брак из ЗРСЗ на страни истополан брак, тако да све замерке које смо изложили тачкама везивања из ових колизионих норми, важиће и приликом одабира колизионе норме за регистровано партнерство. Примера ради, проблем може настати ако *lex nationalis* једног или оба партнера не познаје институт регистрованог партнерства. Отуда се дешава да партнер или партнери напуштају државу свог држављанства да би се упутили ка правном поретку који познаје институт регистрованог партнерства, те везаност партнера за правни систем своје домовине суштински и не долази до изражаја³⁹⁵. Са друге стране, ни заједничко пребивалиште или последње заједничко пребивалиште није најбоље решење, ако се партнери преселе у државу која не познаје регистровано партнерство (као што је на пример Србија), јер ће у том случају изгубити дејства која произилазе из тог партнерства³⁹⁶. Коначно, примена права Србије у оквиру колизионих норми чл. 35-38. ЗРСЗ није добро решење, јер наше право не познаје регистровано партнерство.

Са друге стране, ако бисмо истополно регистровано партнерство квалификовали као ванбрачну заједницу, дошло би до примене колизионе норме за имовинска дејства лица која живе у ванбрачној заједници (чл. 39. ЗРСЗ). Према одредбама овог члана, меродавно право за ова питања је право државе заједничког *lex nationalis* ванбрачних партнера, а ако оно не постоји онда право њиховог заједничког пребивалишта (ст. 1. и 2)³⁹⁷. И овим тачкама везивања се може упутити замерка јер је могуће да *lex nationalis* једног или оба партнера не познаје институт регистрованог партнерства. Додуше, пребивалиште као тачка везивања може бити и добро и лоше решење: добро је ако се

³⁹³ Види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 22.

³⁹⁴ Заговорници става о аналогној/сходној примени колизионих одредаба за брак: за данско регистровано партнерство види Jaume, E. (1990). *Dänisches Partnerschaftgesetz und Internationales Privatrecht*, IPRax, 197; У сличном смислу и Jakob, D. (2002). *op. cit.*, 213.; Röthel, A. (2000). *Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht*, IPRax, Heft 2, 76 и даље, 79.

³⁹⁵ Види Jakob, D. (2002). *op. cit.*, 162-163.

³⁹⁶ У сличном смислу за уобичајено боравиште код супсидијарне колизионе норме *Ibid.*, 163-164.

³⁹⁷ Према чл. 39. ст. 3. ЗРСЗ, уговорне имовинске односе лица која живе у ванбрачној заједници меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за њихове имовинске односе.

претпостави да живе у држави регистрације партнерства (која сигурно познаје регистровано партнерство), а лоше ако се преселе у другу државу, као што је Србија.

На основу свега, сматрамо да колизионе норме чл. 35-39. ЗРСЗ нису погодне за регистровано партнерство, јер овај институт не одговара њиховом *ratio legis*, а тачке везивања поменутих колизионих норми стварају „опасност“ па ће одвести до права које не познаје регистровано партнерство. Такође, ова решења нису у складу са актуелним упоредноправним законодавствима, која често предвиђају тачку везивања *lex loci registrationis*. Према томе, функционална квалификација не доводи до жељеног резултата и настаје правна празнина која треба да се попуни у складу са чл. 2. ЗРСЗ (види део. 1.3.2. овог поглавља).

1.2.3. Функционална квалификација *de facto* истополне заједнице

У поступку функционалне квалификације најпре се испитује коју функцију врши *de facto* истополна заједница у страном правном систему. Видели смо у првом делу дисертације да истополне заједнице живота које смо окарактерисали као *de facto* истополне заједнице постоје, примера ради, у Словенији, Италији, Португалу, Хрватској. Овакве заједнице не настају у формалној процедури, већ је потребно да партнери одређени временски период живе заједно. Некада је тај период времена тачно одређен, као што је пример хрватског права (најмање три године) или португалског (дуже од две године). У хрватском праву, примера ради, потребно је да тзв. неформално животно партнерство испуњава услове за пуноважност животног партнерства³⁹⁸. Самим тим што овакве заједнице настају сагласношћу воља партнера, разликују се од правног института брака који настаје у формалној и тачној прописаној процедури. Институт домаћег права за који се може тврдити да обавља исту или сличну функцију као *de facto* истополна заједница у страном правном систему могла би бити ванбрачна заједница из чл. 4. ЗРСЗ, јер и она настаје сагласношћу воља хетеросексуалних партнера. То би значило да би се фактичке истополне заједнице могле супсумирати под чл. 39 ЗРСЗ³⁹⁹ и тиме би дошло до примене ове колизионе норме.

Међутим, приликом оцене прикладности примене колизионе норме чл. 39. ЗРСЗ на регистровано партнерство, констатовали смо многе „слабости“ тачака везивања које она садржи. Сматрамо да исте замерке које смо упутили примени чл. 39. ЗРСЗ на регистровано партнерство важе и овде и да *de facto* истополна заједница не одговара *ratio legis* ове колизионе норме. Поред тога, ни примена колизионих норми за брак из чл. 35-38. ЗРСЗ на *de facto* истополне заједнице живота није добро решење за престанак и лична дејства овакве заједнице, имајући у виду неподесност тачака везивања у оквиру ових колизионих норми, које смо изложили код претходна два института.

³⁹⁸ Члан 3. ст. 1. Закона о животном партнерству особа истог пола (НН 92/14, 98/19): „Неформално животно партнерство је заједница обитељског живота двију особа истог пола, које нису склопиле животно партнерство пред надлежним тијелом, ако заједница траје најмање три године и од почетка је удовољавала претпоставкама прописаним за ваљаност животног партнерства“.

³⁹⁹ У сличном смислу види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 22. Професор Ђорђевић је овде испитивао да ли се функционалном квалификацијом може одабрати колизиона норма за истополне заједнице живота, које се по правилу појављују у облику регистрованог партнерства.

Према томе, функционална квалификација не доводи до жељеног резултата и настаје правна празнина која треба да се попуни у складу са чл. 2. ЗРСЗ (види део 1.3.3. овог поглавља).

1.3. Попуњавање правних празнина у области истополних заједница живота

Имајући у виду да се колизионе норме за питања неважности, престанка и (личних и имовинских) дејстава иностраних истополних заједница живота, по нашем мишљењу, не могу одабрати функционалном квалификацијом, настају правне празнине које се попуњавају у складу са чл. 2. ЗРСЗ. Овај члан гласи: „Ако у овом закону нема одредбе о праву меродавном за неки однос из чл. 1. став 1. овог закона, сходно се примењују одредбе и начела овог закона, начела правног поретка СРЈ и начела међународног приватног права.“ Сви наведени „алати“ из овог члана могу се користити алтернативно⁴⁰⁰ (не постоји редослед ни хијерархија), кумулативно⁴⁰¹ или комбиновано⁴⁰².

На основу овлашћења из чл. 2. ЗРСЗ, ако се „сходна примена одредаба ЗРСЗ“ остави по страни, за наведена питања, проистекла из истополних заједница живота закључених у иностранству, правна празнина се у ЗРСЗ може попунити *изградњом новог колизионог правила* комбинованом применом начела ЗРСЗ и начела међународног приватног права⁴⁰³. Како је основно начело МПП-а⁴⁰⁴ и ЗРСЗ⁴⁰⁵ начело најближе везе, након вредновања свих релевантних колизионоправних и материјалноправних интереса, треба изградити такво колизионо правило за наведена правна питања које упућује на право са којим апстрактно (а не за сваки конкретан случај) постоји постављена најближа веза⁴⁰⁶. Реч је о колизионоправним интересима странака, интересима правног промета, интересима правног поректа и интересима државе. Између њих нема хијерархијског редоследа, већ су нека јаче, нека слабије изражена, а све у циљу одабира прикладне тачке везивања која одговара природи правног питања или правног односа. Приликом утврђивања прикладне тачке везивања за питања неважности, престанка и дејстава истополних заједница живота примарно треба узети у обзир интересе странака, интересе промета и правног поретка.

⁴⁰⁰ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 13; Даље, Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). op. cit., 67.

⁴⁰¹ Види Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 80; Даље, Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 31.

⁴⁰² Види Ђорђевић, С. (2015). Одређивање меродавног права за директан захтев оштећеног према штетниковом осигуравачу у међународном приватном праву Републике Србије, Европска ревија за право осигурања, број 1/2015, 11-12.

⁴⁰³ У том смислу види Ђорђевић, С. (2019). Телеолошка редукција колизионих норми и попуњавање правних празнина у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2/2019, 481. Професор Ђорђевић се у овом раду бавио само попуњавањем правне празнине код телеолошки редукованих правних односа и правних питања; види у сличном смислу Ђорђевић, С. (2020). op. cit., 69.

⁴⁰⁴ Види Ibid., 47. и даље.

⁴⁰⁵ Види Ibid., 56.

⁴⁰⁶ Види Ibid., 69.

Када је реч о *интересима странака*, МПП не би смело „разочарати“ оправдана очекивања странака⁴⁰⁷. У породичним односима су често од значаја интереси више странака, а не само једног учесника. У том смислу, интереси свих странака морају подједнако бити узети у обзир, односно њихови супротстављени интереси се могу усаглашавати⁴⁰⁸. Са друге стране, *интереси правног промета (сигурности у правном промету)* подразумевају креирање јасног и предвидивог колизионоправног решења⁴⁰⁹, у циљу остварења правне сигурности, олакшаног одвијања и заштите правног промета⁴¹⁰. Странке могу оправдано очекивати да њихов однос, пуноважно заснован у једној држави, буде пуноважан и у другој држави. Како истополне заједнице живота не постоје у свим државама света, приликом креирања новог колизионог правила за ове заједнице, требало би водити рачуна и о томе да ли ће право које је одабрано новим колизионим правилом предвиђати ове заједнице и њихова дејства. *Интерес правног поретка* подразумева остварење унутрашње хармоније одлучивања, али и међународне хармоније одлучивања.⁴¹¹ Међународна хармонија одлучивања почива на општем принципу равноправности странака, те оне не могу бити третиране неједнако у истоветном случају са елементом иностраности, чиме би и њихова легитимна очекивања била изневерена⁴¹². У том смислу су храмајући правни односи супротност међународној хармонији одлучивања⁴¹³.

Према томе, треба тражити решење које је широко прихваћено у упоредном праву. Међутим, то не значи пуко „копирање“ (у целини или делимично) решења из упоредног права, већ и уважавањем осталих колизионоправних интереса и посебних начела ЗРСЗ која представљају израз домаће законодавне политике.⁴¹⁴ На крају, *интереси државе* огледају се у заштити домаћег правног поретка од штетних последица које би настале применом страног меродавног права, одређеног домаћом колизионом нормом, што се често манифестује приликом примене клаузуле јавног поретка.⁴¹⁵

За креирање новог колизионог правила од важности су и посебна начела ЗРСЗ, као што су забрана храмајућих правних односа и начело забране дискриминације по полу⁴¹⁶. Од посебног начела примене држављанства у статусним породичним и наследним односима се тешко може одступити, али су и та одступања могућа, након што се вредновањем свих релевантних колизионоправних и материјалноправних

⁴⁰⁷ Види Kropholler, J. (2006). Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Mohr Siebek, 33.

⁴⁰⁸ Нпр. усаглашавање интереса супружника креирањем колизионе норме за дејства брака из чл. 36. ЗРСЗ која садржи заједничко држављанство па заједничко пребивалиште, те остала везивања по принципу супсидијарне колизионе норме), види у том смислу Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 51.

⁴⁰⁹ У том смислу Јакшић, А. (2017). *op. cit.*, 107.

⁴¹⁰ О овом интересу види више Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 51-53.

⁴¹¹ Види Јакшић, А. (2017). *op. cit.*, 109. и даље; Види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 54; У том смислу и Kegel, G., Schurig, K. (2000). Internationales Privatrecht, 8. Auflage, München, 122-125.

⁴¹² У том смислу Јакшић, А. (2017). *op. cit.*, 113.

⁴¹³ Види Kegel, G., Schurig, K. (2000). *op. cit.*, 122.

⁴¹⁴ Види Ђорђевић, С. (2019). Телеолошка редукција колизионих норми и попуњавање правних празнина у закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, вол. LIII, 478.

⁴¹⁵ Види Јакшић, А. (2017). *op. cit.*, 111; Види чл. 4. ЗРСЗ.

⁴¹⁶ О овим начелима види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 60-61, 62.

интереса недвосмислено утврди да ово начело није прикладно за правно питање за које постоји правна празнина у ЗРСЗ.⁴¹⁷

На темељу изнетог, изградња новог колизионог правила у складу са чл. 2. ЗРСЗ не врши се *in concreto*, односно за сваки конкретан случај, оценом свих околности случаја, што је особина клаузуле одступања⁴¹⁸. Изградња новог колизионог правила врши се *in abstracto*, као опште правило за све случајеве који потпадају под новоизграђену колизиону норму.

1.3.1. Попуњавање правних празнина за питања проистекла из истополног брака

Како сматрамо да су, након брижљиво спроведене функционалне квалификације, постојеће норме чл. 35-38. ЗРСЗ неподесне за питања проистекла из истополног брака и како овај институт не одговара *ratio legis* поменутих колизионих норми, настаје правна празнина која треба да се попуни *изградњом новог колизионог правила* у складу са чл. 2. ЗРСЗ. Већ смо навели да се "алати" из овог члана могу користити алтернативно или комбиновано. У наставку ћемо се водити „оријентирима“ које смо у претходним излагањима одабрали као најважније за попуњавање правних празнина у области истополних заједница живота. Оријентир су да колизионо правило свакако треба да почива на принципу најближе везе (као основном начелу МПП-а и ЗРСЗ) и на посебним начелима ЗРСЗ, као што је забрана дискриминације по полу и забрана настанка храмајућих правних односа. Коначно, узећемо у обзир и важећа широко прихваћена колизионоправна решења на европском нивоу, уз уважавање најважнијих колизионоправних интереса. Сматрамо да треба креирати посебну колизиону норму за питања неважности истополног брака, развода истополног брака; лична и имовинска дејства; уговорна имовинска дејства и томе су посвећени наредни делови рада.

A. Неважност истополног брака

За питања неважности истополног брака (непостојање и ништавост) сматрамо да треба следити став домаће доктрине о неприкладности колизионе норме чл. 34. ЗРСЗ на неважност хетеросексуалних бракова закључених у иностранству. Према ставу домаће теорије, питање неважности бракова закључених у иностранству треба телеолошки редуковати из поља примене колизионе норме чл. 34. ЗРСЗ, јер такво правно питање не одговара смислу и циљу колизионоправног везивања садржаног у овој колизионој норми. Овакву правну празнину треба попунити у складу са чл. 2. ЗРСЗ изградњом нове колизионе норме, ослањајући се на опште прихваћена начела МПП-а. За неважност брака са елементом иностраности треба применити право или

⁴¹⁷ Ђорђевић, С. (2019). *op. cit.*, 479-480.

⁴¹⁸ Види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 29. Наиме, проф. Ђорђевић истиче разлику између попуњавања правне празнине у случају телеолошки редукованог правног питања из домаће колизионе норме и клаузули одступања.; О генералној клаузули одступања види Костић, М. (2001). Генерална клаузула одступања од редовно мјеродавног права, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 7-64.

права која су била примењена на закључење тог брака⁴¹⁹ и овај принцип треба следити за неважност истополног брака. Овакво решење је у складу са колизионоправним интересом правног промета, јер се остварује правна сигурност и правни однос одржава на снази.

Новоизграђена колизиона норма у циљу попуњавања правне празнине у складу са чл. 2. ЗРСЗ би гласила: „За формалне и материјалноправне разлоге неважности истополног брака меродавно је право или права која су примењена приликом његовог склапања.“

Б. Развод истополног брака

Тешко се може замислити да ће истополни супружници икада поднети тужбу за развод истополног брака пред нашим судовима, па је дилема како попунити правну празнину у складу са чл. 2. ЗРСЗ више теоријске него практичне природе. Да бисмо то учинили, осврнућемо се на актуелна и широко прихваћена колизионоправна решења за развод брака у упоредном МПП-у.

У праву ЕУ је донета Уредба ЕУ број 1259/2010 од 20.12.2010. године о успостављању појачане сарадње у области избора меродавног права за развод и раставу брака (у даљем тексту: Рим III Уредба) и у њој не учествују све, већ 17. држава чланица ЕУ⁴²⁰. Према Рим III Уредби меродавно право за развод брака (у одсуству аутономије воље) одређује се путем супсидијарне колизионе норме (чл. 8). Према овом решењу, за развод брака примењује се право државе уобичајеног боравишта брачних другова у тренутку покретања поступка пред судом, а у одсуству тога право државе последњег заједничког уобичајеног боравишта, а у одсуству тога право државе заједничког држављанства, а у одсуству тога право државе суда. Супсидијарно везивање је очекивани резултат овог подухвата, имајући у виду да у науци међународног приватног права и даље постоји полемика о предностима и недостацима држављанства, пребивалишта и уобичајеног боравишта⁴²¹. Дакле, ова Уредба је успела да „помири“ тачке везивања, које „долазе“ из правних система са различитом „оценом“ најподеснијег права за ово правно питање.

У вези са темом рада, посебну пажњу заслужује чл. 13. Уредбе, према коме суд државе чланице није обавезан да изрекне развод оног брака који не сматра пуноважним. Наведена одредба упућује на закључак да су под појмом брака, у смислу Уредбе, обухваћени како хетеросексуални тако и истополни бракови⁴²². Тако, ако је реч о суду државе учеснице, која је увела истополан брак и у сваком погледу га

⁴¹⁹ Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 305; Бордаш, Б. (2000). Породичноправни односи у међународном приватном праву, Форум-Нови Сад, Нови Сад, 77.; Таква норма треба да гласи: „За формалне и материјалноправне разлоге неважности бракова закључених у иностранству меродавно је право или права која су примењена приликом његовог склапања“, види Ђорђевић, С. (2020). op. cit., 72-73.

⁴²⁰ То су Белгија, Бугарска, Немачка, Шпанија, Француска, Италија, Летонија, Луксембург, Мађарска, Малта, Аустрија, Португал, Румунија, Словенија, Литванија, Грчка, Естонија. Списак чланица појачане сарадње доступан на https://e-justice.europa.eu/content_law_applicable_to_divorce_and_legal_separation-356--maximize-en.do, приступљено 07.02.2021.

⁴²¹ За преглед полемике Дураковић, А. (2016). Међународно приватно право развода брака у Еуропској унији и Босни и Херцеговини, Мостар, 84. и даље.

⁴²² Види Ibid., 80-81. са даљим упућивањем на литературу и подељена мишљења.

изједначила са браком између хетеросексуалних партнера, такав брак се у случају елемента иностраности може развести на основу колизионих норми Рим III Уредбе⁴²³. Насупрот томе, судови преосталих држава чланица могу одбити изрицање развода позивањем на чл. 13. ове Уредбе⁴²⁴. Евидентно је ово згодно решење за оне државе које су озакониле истополни брак.

Међутим, тачке везивања из члана 8. Рим III Уредбе, по нашем мишљењу, нису адекватан узор за креирање колиционе норме за развод истополног брака у смислу чл. 2. ЗРСЗ. Примера ради, ако истополни супружници затраже развод истополног брака пред нашим судом, вероватно би имали уобичајено боравиште у Србији, што би довело до права Србије, које не познаје истополан брак. Ако би уобичајено боравиште имали у иностранству, не видимо разлоге зашто би тражили развод у нашој држави, имајући у виду непотребне трошкове, везане за поступак који би се водио у нашој земљи. О заједничком држављанству и његовој неподобности за развод истополног брака је већ наведено. Примена права државе суда такође није добро решење из угла Србије, јер наше право не познаје истополан брак.

Национални колизионоправни прописи европских држава које уређују истополан брак користе постојеће колиционе норме за брак уопште независно од тога да ли је истополан или хетеросексуалан⁴²⁵. У неким државама је за развод брака прописана примена домаћег права (нпр. правни систем Шведске⁴²⁶ или Холандије⁴²⁷), а негде су решења „преписана“ из Рим III Уредбе, као што је случај са белгијским ЗМПП (чл. 55)⁴²⁸.

Насупрот наведеном, у немачкој судској пракси и законодавству се за развод истополног брака предлагала другачија тачка везивања. Реч је сходној примени колиционе норме за регистровано партнерство. Тако је немачки суд у Минстеру (AG *Münster*)⁴²⁹ одлучивао о престанку холандског истополног брака⁴³⁰ (закљученог у Холандији између холандског и италијанског држављанина). Суд је био пред изазовом да ли на ово правно питање може применити и чл. 13. ЕГВГВ. Последица примене овог члана била би непуноважност брака јер супстанцијално право Италије (*lex*

⁴²³ Штавише, ако правила Рим III Уредбе упути на право државе чланице или треће државе, која не познаје истополан брак, онда се примењују одредбе тог права које се примењују на развод хетеросексуалног брака, види Hausmann, R. (2018). *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2. Auflage, München, 72-73, Rn. 313, 316.

⁴²⁴ Ibid, 73, Rn. 316.

⁴²⁵ На пример Белгија, Холандија, Норвешка, Шпанија, Шведска, види Pintens, W., Scherpe M. J. (2017). *Same-sex marriages*, у: *Encyclopedia of Private International Law, Volume 2* (Eds. Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio), Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 1605.

⁴²⁶ Види Дураковић, А. (2016). *op. cit*, 37.

⁴²⁷ Холандско право полази од холандског права, али даје могућност брачним партнерима могућност избора права заједничког држављанства ако постоји стварна друштвена веза са том државом, а ако немају заједничко држављанство, примениће се право државе заједничког уобичајеног боравишта односно последњег уобичајеног боравишта, види о томе Дураковић, А. (2016). *op. cit*, 33.

⁴²⁸ За преглед националних колизионих норми за развод брака види Ibid, 31. и даље.

⁴²⁹ AG *Münster*, одлука од 20.01.2010 – 56 F 79/09.

⁴³⁰ У Немачкој је постојало доминантно схватање да истополни брак не може бити схваћен као брак у смислу норми о надлежности, већ се третирају као регистрована партнерства, о томе види Martiny D. (2012). *Private International Law Aspects of Same-sex Couples under German Law*, у: *Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives*, (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia, 237.

nationalis једног супружника) не дозвољава закључење истополног брака. То ипак не би било најбоље решење за одговор једне државе чланице ЕУ на породичноправна правила друге државе чланице. Наиме, немачко право (тада) није уређивало истополан брак али га није сматрао супротним домаћем јавном поретку, нарочито ако је признат као правни институт у другим државама чланицама. Коначно, немачки суд је сматрао да не треба да примени колизиону норму за брак него колизиону норму за регистровано партнерство, па је холандски истополни брак подвео под чл. 176 ЕGBGB, који садржи колизиону норму за регистровано партнерство. Ова колизиона норма за престанак регистрованог партнерства предвиђа тачку везивања место регистрације партнерства, што је упутило на холандско материјално право. Како је према меродавном холандском праву било могуће развести овај брак, суд је донео одлуку о разводу брака.⁴³¹

Коначно, након што је Немачка 2017. увела истополан брак, уследиле су измене и ЕGBGB. Прва законодавна измена уследила је врло брзо, према којој је уведена специјална колизиона норма за истополан брак (ранији чл. 176 ст. 4. ЕGBGB) и која је предвиђала у највећој мери сходну примену колизионог решења за регистровано партнерство (сходна примена ставова 1-3. чл. 176 ЕGBGB⁴³²). Немачко МПП за регистровано партнерство следи принцип *lex loci registrationis*. Следствено томе, за развод истополног брака према националном (немачком) МПП-у примењивало се материјално право државе у којој се води регистар, али је предност имала Рим III Уредба.⁴³³ Након ових законодавних измена, уследиле су још неке. Према последњој верзији чл. 176 ЕGBGB, за *развод* истополног брака и раставу без развода меродавно је право одређено Рим III Уредбом. За форму избора меродавног права према Рим III Уредби, сходно важи чл. 46е ЕGBGB. На истополан брак се сходно примењују и посебна колизиона правила која се односе на развод брака из чл. 17. ст. 1. до 3. ЕGBGB⁴³⁴.

Место закључења брака постоји и у Хашкој конвенцији из 1978. године о закључењу и признању пуноважности брака. Колизиона норма 3(1) прописује тачку везивања *lex loci celebrationis* и за формалне и за материјалне услове закључења брака⁴³⁵. Постоје

⁴³¹ Види више Дураковић, А. (2014). *op. cit.*, 150.

⁴³² Чл. 176 ст. 1. реч. 1. ЕGBGB односио се на регистровано партнерство и предвиђао је да се на заснивање, општа и имовинска дејства, као и за престанак регистрованог партнерства примењују материјалноправне норме државе у којој се води регистар. Став 2. реч. 1. овог члана је наводио да се сходно примењују чл. 10. ст. 2. ЕGBGB (односи се на избор имена од стране брачних другова приликом или након закључења брака пред надлежним органом) и чл. 17а ЕGBGB (односи се на заједнички брачни дом и делове домаћинства); Види одредбу код Martiny (2018). Art. 17b ЕGBGB, у: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (Herausgegeben von H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich), 13. Auflage, Luchterhand Verlag, 3125.

⁴³³ Види Martiny (2018). Art. 17b ЕGBGB, у: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (Herausgegeben von H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich), 13. Auflage, Luchterhand Verlag, Rn. 32.

⁴³⁴ Види чл. 176 ст. 5. ЕGBGB.

⁴³⁵ Одредба гласи: „Брак ће бити закључен – (1) ако будући супружници испуне материјалне одредбе државе у којој се брак закључује и ако један од њих има држављанство те државе или уобичајено боравиште у тој држави; или (2) ако оба супружника испуне услове оног права које је одређено колизионим нормама државе где се брак закључује“.

ставови у литератури да се ова Конвенција може *per analogiam* применити и на истополне бракове.⁴³⁶

Након изнетих актуелних упоредноправних решења, поставља се питање које се адекватно колизионо правило за развод истополног брака може предложити у нашем правном систему *de lege lata*. То правило свакако треба да почива на принципу најближе везе, уз уважавање најважнијих колизионоправних интереса, али и на посебним начелима ЗРСЗ, као што је начело равноправности. Начелно би се могла предложити два решења. Једно би било креирање новог колизионог решења за развод брака по узору на ранији национални немачки EGBGB и образложење одлуке суда у Минстеру, односно о сходној примени *lex loci registrationis* принципа и на развод истополног брака. Друго решење би било да се на развод истополног брака примењују права која су примењена приликом његовог закључења. И овакво решење би имало пуно оправдања, јер би у сваком случају довело до примене једног или више права које сигурно познаје институт истополног брака.

По нашем мишљењу, треба прихватити прво решење, тј. примену права државе у којој је брак закључен⁴³⁷. Ово решење води рачуна о интересима странака, односно да њихова легитимна очекивања не буду изневерена, јер истополни брак не постоји у великом броју држава. Ово решење је за странке јасно и предвидиво правило, чиме се истиче и интерес правног *промета*, имајући у виду да право државе у којој је истополни брак закључен познаје овај институт, тако да примена права ове државе на развод истополног брака доприноси правној сигурности странака. Када је реч о остварењу међународне хармоније одлучивања, он је мање изражен, јер смо видели да је тешко ускладити колизионе норме за развод истополног брака на европском нивоу. Чини се да се и Рим III Уредба не може сматрати потпуном хармонизацијом колизионих норми за развод истополног брака, јер евидентно државе чланице које не познају истополан брак, могу одбити изрицање развода истополног брака, позивањем на чл. 13. Рим III Уредбе.

Предложено решење уважава и посебна начела ЗРСЗ, као што је начело равноправности (нисмо фаворизовали примену права једног од истополног супружника), али се њим одступа од посебног начела ЗРСЗ примене права држављанства у статусним, породичним и наследним односима. Међутим, овакво одступање је могуће, нарочито када се вредновањем свих релевантних колизионоправних и материјалноправних интереса недвосмислено утврди да посебно начело ЗРСЗ никако није прикладно за одређено правно питање у погледу којег постоји

⁴³⁶ Види De Groot, GR. (2007). Private international law aspects relating to homosexual couples, Netherlands comparative law association, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3. (December), доступно на <http://www.ejcl.org/113/article113-12.pdf>, приступљено 01.05.2015. године, 12 и 16. Види Хашку конвенцију о закључењу и признању пуноважности брака из 1978. године, доступно на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=88, приступљено 24.04.2015. године. Наведена конвенција потписана је од стране 6 држава: Аустралије, Египта, Финске, Луксембурга, Холандије и Португала, али је ратификована само у Аустралији, Луксембургу и Холандији, у којима је ступила на снагу, подаци доступни на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=88, приступљено 24.04.2015. године

⁴³⁷ У том смислу за тачку везивања *lex loci registrationis* за истополне заједнице живота види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 82-83. Проф. Ђорђевић говори о истополној заједници живота, „која се у упоредном праву, по правилу, јавља у облику регистрованога партнерства“, види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 22.

правна празнина у овом закону, иако оно припада материји у којој ово посебно начело важи⁴³⁸. Овде су изнети аргументи зашто колизиона норма ЗРСЗ за развод брака, која у себи садржи тачку везивања држављанства и почива на начелу примене права држављанства у статусним породичним и наследним односима, није прикладна и за истополан брак.

Новоизграђено колизионо правило у складу са чл. 2. ЗРСЗ:

„За развод истополног брака меродавно је право државе у којој је брак закључен“.

В. Лична и имовинска дејства

Када је реч о питањима личних и имовинских дејстава истополног брака, оправдано је да се на њих примењује једно право, те је кумулација овде неподесна. Приликом креирања колизионе норме за лична и имовинска дејства истополног брака треба поћи од ЗРСЗ и актуелних колизионоправних решења у упоредном МПП-у (немачки EGBGB и Уредба Савета 1103/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима брачноимовинских режима⁴³⁹ (у даљем тексту: Уредба 1103/2016)). У духу ЗРСЗ је да се за ова питања задржи широка правна категорија која ће обухватити лична и имовинска дејства истополног брака, само што се тачке везивања из чл. 36. не могу задржати због њихове неподесности.

За креирање колизионог решења изложићемо две идеје. Основна идеја је креирати примарно правило према којем лична и имовинска дејства истополног брака потпадају под исто право које је меродавно за развод истополног брака, јер се питања личних дејстава истополног брака, као и имовинскоправна питања (подела брачне имовине и издржавање) углавном постављају приликом развода брака. Према томе, могла би се предложити колизиона норма за лична и имовинска дејства истополног брака која почива на праву државе у којој је брак закључен. Друга идеја јесте да се уз наведено примарно правило креира и изузетак од њега, али само за питање брачно-имовинског режима, при чему узор представљају одредбе Уредбе 1103/2016.

За примарно правило нам узор може бити немачко МПП. За лична дејства истополног брака предвиђена је, у складу са чл. 17б ст. 4. немачког EGBGB, примена материјалноправних норми државе у којој се води регистар⁴⁴⁰, што се може протумачити као право државе у којој је брак закључен. Као што је наведено, према пређашњем националном немачком МПП-у се за развод истополног брака примењивало право државе у којој је брак закључен, при чему је предност имала Рим

⁴³⁸ У том смислу Ђорђевић, С. (2019). *op. cit.*, 479-480.

⁴³⁹ Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes.; Уредба је објављена у Службеном листу Европске Уније, број ОЈ L 183, 8.7.2016, 1–29, доступно на <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1496063203482&uri=CELEX:32016R1103>, приступљено 29.05.2018. године. Одредбе ове Уредбе су ступиле на снагу двадесетог дана од дана објављивања у Службеном листу ЕУ (чл. 70. ст. 1. Уредбе).

⁴⁴⁰ При том, за нека општа дејства постоје специјалне колизионе норме, види Martiny (2020). Art. 17b EGBGB, у: *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar* (Herausgegeben von Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 15. Auflage, Rn. 27-28.

III Уредба. Поред тога, за брачно-имовински режим истополног брака примењује се Уредба 1103/2016 (чл. 17б ст. 4. EGBGB), али је раније немачко МПП за брачно-имовински режим предвиђало примену материјалног права државе у којој се води регистар⁴⁴¹, што се може разумети као право државе у којој је брак закључен. Према томе, према пређашњем националном немачком МПП-у, лична дејства, брачно-имовински режим и развод брака потпадали су под исто право (право државе у којој се води „регистар“ брака), само је за развод брака предност имала Рим III Уредба.

Сматрамо да се поред примарног колизионоправног правила за лична и имовинска дејства (примена права државе у којој је истополан брак закључен) може креирати још једно, додатно правило које би важило за брачно-имовински режим. Додатно решење настаје тако што се одређене одредбе Уредбе 1103/2016, на одговарајући начин, прилагоде нашем правном систему. У чл. 26. ст. 3. ове уредбе наведено је: изузетно и на захтев једног брачног друга, надлежни орган за одлучивање о брачно-имовинском режиму може одлучити да се на брачно-имовински режим примењује право које није право првог заједничког уобичајеног боравишта брачних другова након склапања брака (из чл. 26. ст. 1. тач. а. Уредбе),⁴⁴² ако подносилац захтева докаже: а) да су брачни другови имали *последње заједничко уобичајено боравиште* у тој држави током знатно дужег временског периода него у држави првог заједничког уобичајеног боравишта и б) ако су се оба брачна друга ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа. Право те друге државе примењује се од тренутка закључења брака, осим ако се томе успротиви један брачни друг. У потоњем случају право те друге државе производи дејства од настанка последњег заједничког уобичајеног боравишта у тој другој држави⁴⁴³.

Ово додатно решење представља, дакле, „прилагођено“ решење поменутог чл. 26. ст. 3. Уредбе 1103/2016, али уз измену тачака везивања које би биле у „духу“ ЗРСЗ. Прецизније, последње заједничко уобичајено боравиште брачних другова заменило би се последњим заједничким држављанством или последњим заједничким пребивалиштем супружника. Практична последица овог решења је што се може замислити да су два истополна супружника дужи временски период живела у држави заједничког држављанства или држави заједничког пребивалишта и да су се ослањали управо на ова права приликом уређивања или планирања својих имовинских односа. Самим тим што су се истополни супружници на такво право ослањали приликом уређивања или планирања својих имовинских односа, такво право би требало да познаје институт истополног брака. Примера ради, на такво право могу сугерисати чињенице плаћања пореза, куповина некретнина у тој држави.

⁴⁴¹ Martiny (2020). Art. 17b EGBGB, у: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (Herausgegeben von Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 15. Auflage, Rn. 30.

⁴⁴² Одређивање меродавног права у одсуству аутономије воље странака наведено је у чл. 26. ст. 1. Уредбе, у облику супсидијарног везивања:

У случају непостојања споразуме о избору права на основу чл. 22, меродавно право за брачно-имовински режим је право државе: (а) првог заједничког уобичајеног боравишта брачних другова након склапања брака или у супротном; (б) заједничког држављанства брачних другова у тренутку склапања брака или, у супротном; (с) са којим су брачни другови заједно најближе повезани у тренутку склапања брака, узимајући у обзир све околности.

⁴⁴³ Види чл. 26. ст. 3. Уредбе 1103/2016.

Новоизграђено колизионо правило у складу са чл. 2. ЗРСЗ за лична и имовинска дејства истополног брака би било:

„За лична и законска имовинска дејства истополног брака меродавно је право државе у којој је брак закључен.

Изузетно и на захтев једног брачног друга, суд може одлучити да за брачно-имовински режим буде меродавно право које није право из ст. 1. овог члана и ако подносилац захтева докаже да су брачни другови имали последње заједничко држављанство или последње заједничко пребивалиште у тој другој држави током знатно дужег временског периода него у држави чије би право било меродавно у складу са ст. 1. овог члана и ако су се оба брачна друга ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа.

Право те друге државе примењује се од тренутка закључења брака, осим ако се томе успротиви један брачни друг. У потоњем случају право те друге државе производи дејства од настанка последњег заједничког држављанства односно последњег заједничког пребивалишта у тој другој држави.“

Г. Уговорни имовински односи

Поставља се питање како креирати нову колизиону норму за уговорне односе истополних супружника. У „духу“ ЗРСЗ је везивати уговорне односе брачних другова за законске имовинске односе (арг. из чл. 37. ст. 1). За законске имовинске односе предложили смо нову колизиону норму, која примарно садржи тачку везивања место закључење брака. Колизиона норма садржи и додатне тачке везивања - *последње заједничко држављанство и последње заједничко пребивалиште*. Све три тачке везивања важиће и за уговорне имовинске односе, с тим што се везују за тренутак закључења уговора. Поред тога, у случају да меродавно право, одређено на претходни начин, предвиђа да брачни другови могу изабрати право које је меродавно за брачно-имовински уговор, меродавно је право које су они изабрали (арг. из чл. 37. ст. 2. ЗРСЗ). Прецизније, *изведена аутономија воље за уговорна имовинска дејства брачних другова*, која је у „духу“ ЗРСЗ, преноси се и на терен истополног брака.

Према тома, **новоизграђена колизиона норма у складу са чл. 2. ЗРСЗ** би гласила:

„За уговорне имовинске односе истополних брачних другова меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства.

Ако право одређено у претходном ставу овог члана предвиђа да истополни брачни другови могу изабрати право које је меродавно за брачноимовински уговор, меродавно је право које су они изабрали“.

Приликом креирања две претходно поменуте колизионе норме (за лична, законска и уговорна имовинска дејства истополних брачних другова) у складу са чл. 2. ЗРСЗ, остварен је принцип најближе везе. Неки од колизионоправних интереса имају превагу, а то су интереси *странака*. Они су у првом плану, јер истополни брак не постоји у великом броју држава, тако да су њихова легитимна очекивања управо да имају лична и имовинска права из пуноважно закљученог брака, што ће им сигурно омогућити

право државе у којој су брак закључили. Предности овог решења су и та да је место закључења брака (*lex loci registrationis/lex loci celebrationis*) непромењива тачка везивања, те да је лако одредива. То је за њих и јасно и предвидиво правило, чиме се истиче и интерес правног *промета*, а супружници могу заштитити своја права (и извршити обавезе) која настају у вези са тим дејствима, чиме је олакшан и правни промет, односно појачана је правна сигурност. Како истополан брак не постоји у свим државама, у интересу је супружника да се правни однос истополног брака одржи на снази. Када је реч о остварењу међународне хармоније одлучивања, она је код колизионе норме за имовинска дејства више изражена јер смо узели у обзир и одређена решења актуелне Уредбе 1103/2016 и „прилагодили“ их духу ЗРСЗ и његовим посебним начелима. Начело равноправности као посебно начело ЗРСЗ је испоштовано јер новокреираним колизионим нормама нисмо фаворизовали примену права ни једног учесника у правном односу. Од посебног начела ЗРСЗ примене права држављанства у статусним, породичним и наследним односима је делимично одступљено. По нашем мишљењу, овакво одступање је могуће и направили смо га и код колизионе норме за развод брака, тако да исти аргументи важе и овде. Тако, имајући у виду да колизионе норме ЗРСЗ за лична и имовинска дејства – које у себи садрже тачку везивања држављанство – по нашем мишљењу нису прикладне и за истополан брак, одступање од овог начела је и овде могуће. Коначно, начело примене држављанства испоштовано је у последња два става колизионе норме за имовинска дејства истополног брака (моделирањем колизионе норме чл. 26. Уредбе 1103/2016).

1.3.2. Попуњавање правних празнина за питања проистекла из регистрованог партнерства

Констатовали смо да се путем функционалне квалификације не може одредити релевантна колизиона норма у ЗРСЗ за регистровано партнерство⁴⁴⁴, јер је утврђено да овај правни институт не одговара *ratio legis* колизионих норми за брак и ванбрачну заједницу из ЗРСЗ, односно њихове тачке везивања нису за овај правни институт правичне. Наведена правна празнина се може попунити креирањем новог колизионог правила у складу са чл. 2. ЗРСЗ.

Водићемо се „оријентирима“, које смо већ изнели као најважније за попуњавање правних празнина у области истополних заједница живота. Према томе, приликом креирања нове колизионе норме за питања проистекла из регистрованог партнерства, закљученог у иностранству, свакако треба размишљати о таквом колизионом правилу које почива на принципу најближе везе, као основном начелу МПП и ЗРСЗ, уз уважавање најважнијих колизионоправних интереса. Такво правило треба да почива и на посебним начелима ЗРСЗ, као што су забрана дискриминације по полу и забрана настанка храмајућих правних односа. Коначно, узећемо у обзир и широко прихваћена колизионоправна решења на европском нивоу.

⁴⁴⁴ У том смислу за истополне заједнице живота, које се, по правилу, појављују у облику регистрованог партнерства види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 22, 27.

За разлику од истополног брака, упоредна колизионоправна решења у области регистрованог партнерства су у приличној мери усаглашена. У упоредном законодавству смо увидели да се често појављује тачка везивања *lex loci registrationis* (примена права државе где је партнерство закључено). Ово решење има оправдања, јер примена страног права на партнерство регистровано у држави која такву могућност допушта не би била најсрећније решење, ако се већ има у виду непостојање консензуса у облицима и дејствима регистрованог партнерства у упоредном праву⁴⁴⁵. Ова тачка везивања често важи за већину правних питања која проистичу из регистрованих партнерстава⁴⁴⁶. И у оквиру међународног приватног права ЕУ ова тачка везивања има важну улогу, јер је предвиђена у Уредби Савета 1104/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима имовинских дејстава регистрованих партнерстава⁴⁴⁷ (у даљем тексту: Уредба 1104/2016), за имовинска дејства регистрованих партнерстава. У члану 26. ст. 1. наведена је формулација: „право државе у складу са чијим правом је регистровано партнерство настало.“

Свакако да одступања од ове тачке везивања у упоредном праву нису искључена. Изложена су у првом делу дисертације, па ћемо их сумарно поновити. Тако се среће могућност избора меродавног права путем аутономије воље странака (нпр. у холандском ЗМПП – за имовинска дејства регистрованог партнерства) или прописивање примене домаћег права (као што је случај у холандском⁴⁴⁸ или хрватском праву⁴⁴⁹). Коначно, постоје и законодавна решења која прописују тачку везивања *lex nationalis* у комбинацији са *lex fori*, као што је случај у италијанском праву⁴⁵⁰. На крају, постоје и законодавна решења у смеру аналогне примене постојећих одредаба за брак, као што је случај у швајцарском праву⁴⁵¹. Чини се да је интенција свих законодаваца била долазак до примене права које познаје регистровано партнерство.

На страну сва другачија колизионоправна решења, сматрамо да у нашем праву треба прихватити принцип *lex loci registrationis*, односно као основно правило предвидети

⁴⁴⁵ Wautelet, P. (2012). op. cit., 167.

⁴⁴⁶ Навели смо да је реч о већини питања, јер законодавци различитих држава различито уређују круг питања које решава *lex loci registrationis*, а о томе види Wautelet, P. (2012). op. cit., 169. и даље

⁴⁴⁷ Council regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships; Уредба је објављена у Службеном листу Европске Уније, број ОЈ L 183, 8.7.2016,30-56.

⁴⁴⁸ Према чл. 71. ст. 1. холандског ЗМПП, у случају да је регистровано партнерство настало у Холандији и да партнери нису одабрали меродавно право пре закључења регистрованог партнерства за имовински режим, меродавно ће бити холандско право. Међутим, ако је регистровано партнерство закључено ван Холандије и ако партнери нису одабрали меродавно право пре закључења регистрованог партнерства, имовински режим партнерства је уређен правом (укључујући и МПП) државе у којој је регистровано партнерство регистровано (ст. 2.).

⁴⁴⁹ Према чл. 39. ст. 1. хрватског ЗМПП, за претпоставке и поступак за склапање животног партнерства у Хрватској, меродавно је хрватско право.

⁴⁵⁰ Према италијанском праву, за способност и друге услове за закључење грађанске уније меродавно је национално право сваке стране у моменту закључења заједнице, а ако право друге државе не предвиђа грађанску унију између одраслих особа истога пола – примениће се италијанско право, види Ferrari, I. (2017). Family relationships in Italy after the 2016 reform: the new provisions on Civil Unions and cohabitation, у: International Survey of family law, 2017. Edition (General Editor Margaret F Brinig, Associate Editor, Africa, Fareda Banda), 192.

⁴⁵¹ О решењу швајцарског права види Wautelet, P. (2012). op. cit., 174-175.

примену права државе у којој је партнерство настало (у којој се води регистар). Ово исто правило примењивало би се за сва до сада наведена питања: за неважност регистрованог партнерства; за раскид, лична и имовинска дејства; и за уговорна имовинска дејства.

А. Неважност регистрованог партнерства

За неважност регистрованог партнерства има смисла следити исти принцип који смо применили код креирања нове колизионе норме за неважност истополног брака, односно применити право које је примењено приликом његовог склапања. Два су разлога за то. Први је у томе што се регистровано партнерство сматра *sui generis* породичним односом, тако да има извесне сличности са истополним браком. Други лежи у томе што принцип *lex loci registrationis* има двоструку функцију: функцију колизионе норме али и правила о признању страног партнерства - оно ће бити признато ако су испоштовани захтеви државе порекла⁴⁵². Примера ради, ако је регистровано партнерство закључено у Немачкој, применом чл. 176 EGBGB је приликом његовог закључења дошло до примене материјалноправних одредаба немачког права, јер ова колизиона норма налаже примену материјалноправних норми државе у којој се води регистар (Немачка). Ако би наши органи одлучивали о неважности овог животног партнерства (регистрованог партнерства), онда би дошло до испитивања да ли је оно пуноважно настало према немачком праву, које је *lex loci registrationis*.

Међутим, ситуација није овако једноставна ако приликом закључења регистрованог партнерства није примењена колизиона норма која садржи тачку везивања *lex loci registrationis*, већ неку другу, која, примера ради, упућује на *lex nationalis* будућих партнера, као што је случај у италијанском праву⁴⁵³. У том случају би требало водити рачуна о праву које је заиста и примењено за настанак регистрованог партнерства, а не о праву државе регистрације. Зато сматрамо да колизионо право за неважност регистрованог партнерства треба да упућује на право/права која су примењена приликом његовог закључења.

Новоизграђена колизиона норма у складу са чл. 2. ЗРСЗ би могла да гласи:

„За формалне и материјалноправне разлоге неважности регистрованог партнерства меродавно је право или права која су примењена приликом његовог склапања“.

Б. Раскид, лична и имовинска дејства

Тешко се може замислити да ће истополни партнери пожелети пред нашим органима да раскину своје партнерство, тако да је потрага за колизионом нормом за ово питање више теоријске него практичне природе. Као што смо већ навели, често решење у упоредном праву за раскид (опозив, укидање, престанак) регистрованог партнерства је примена права државе у којој је оно регистровано. Исто важи и за остала питања (лична и имовинска дејства регистрованог партнерства). Тако и чл. 26.

⁴⁵² Ibid., 167.

⁴⁵³ Види део I 3.2.6. дисертације.

ст. 1. Уредбе 1104/2016 наводи да је меродавно право за имовинска дејства регистрованог партнерства, у одсуству аутономије воље, право државе у складу са чијим правом је регистровано партнерство настало.

Према томе, основ за креирање колизионе норме за наведена питања (раскид, лична и имовинска дејства), по нашем мишљењу, треба да буде принцип *lex loci registrationis* и решења из Уредбе 1104/2016, као и одговарајуће одредбе ЗРСЗ. У том смислу можемо изложити две основне идеје. Прва је креирање општег правила које за питања раскида, личних и имовинских дејстава регистрованог партнерства предвиђа принцип *lex loci registrationis*, који је широко прихваћен у упоредном праву⁴⁵⁴ и у Уредби 1104/2016⁴⁵⁵. Према томе, има смисла везивати нову колизиону норму за право државе у којој је партнерство регистровано,⁴⁵⁶ односно у којој се води регистар партнерстава⁴⁵⁷.

Ово би било опште правило, а одступање од њега могуће је у случају имовинских дејстава регистрованих партнерстава, тако што се одређене одредбе Уредбе 1104/2016, на одговарајући начин, прилагоде нашем правном систему. Одредба чл. 26. ст. 2. Уредбе 1104/2016 предвиђа да, изузетно и на захтев једног партнера, поступајући орган надлежан за одлучивање о имовинским дејствима регистрованог партнерства може одлучити да за имовинска дејства регистрованог партнерства буде меродавно право државе која није држава у складу са чијим правом је партнерство настало, *ако право те друге државе институту регистрованог партнерства придаје имовинска дејства* и ако подносилац захтева докаже: а) да су партнери имали последње заједничко уобичајено боравиште у тој другој држави током знатно дужег временског периода и б) ако су се оба партнера ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа. Право те друге државе примењује се од настанка регистрованог партнерства, осим ако се томе успротиви један партнер. У потоњем случају право те друге државе производи дејства од настанка последњег заједничког уобичајеног боравишта у тој другој држави.

Сматрамо да се и ова одредба (као и у случају „варијације“ чл. 26. ст. 3. Уредбе 1103/2016) може, на одговарајући начин, прилагодити „духу“ ЗРСЗ. Према томе, мора доћи до промене тачке везивања: уместо последњег заједничког уобичајеног боравишта прописати последње заједничко држављанство или пребивалиште партнера, поготову што то друго право мора бити право које регистрованом партнерству признаје имовинска дејства.

⁴⁵⁴ Нпр. чл. 176 немачког ЕGBGB – принцип *lex loci registrationis*, чл. 60. белгијског ЗМПП

⁴⁵⁵ Види чл. 26. ст. 1. Уредбе 1104/2016 (меродавно право у одсуству аутономије воље – „меродавно је право државе у складу са чијим правом је регистровано партнерство настало“).

⁴⁵⁶ Види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 82-83. Аутор је овде имао у виду одабир колизионе норме за истополне заједнице живота, које се по правилу појављују у облику регистрованог партнерства, види о томе Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 22; О креирању специфичне колизионе норме за регистровано партнерству као потенцијално решење Види Hausmann, R. (2000). *Überlegungen zum kollisionsrecht registrierter partnerschaften*, FS für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag (Hrsg. Peter Gottwald, Erik Jayme, Dieter Schwab), 253. и даље.

⁴⁵⁷ Формулације из упоредних законодавстава и формулација из Уредбе 1104/2016 се односе на право државе регистрације, јер је према Уредби 1104/2016 за имовинска дејства регистрованог партнерства меродавно право „оне државе према чијем праву је спроведена обавезна регистрација у циљу настанка партнерства“ о томе види Hausmann, R. (2018). *op. cit.*, 815, али и види Рецитал 48. Уредбе 1104/2016.

Новокреирана колизиона норма за раскид, лична и имовинска дејства регистрованог партнерства у циљу попуњавања правне празнине била би:

*„За раскид, лична и законска имовинска дејства регистрованог партнерства меродавно је право државе у којој је партнерство регистровано“.*⁴⁵⁸

„Изузетно и на захтев једног регистрованог партнера, суд може одлучити да за имовинска дејства проистекла из регистрованог партнерства буде меродавно право које није право из ст. 1. овог члана, ако право те друге државе институту регистрованог партнерства придаје имовинска дејства и ако подносилац захтева докаже да су регистровани партнери имали последње заједничко држављанство или последње заједничко пребивалиште у тој другој држави током знатно дужег временског периода него у држави у којој је партнерство регистровано и ако су се оба регистрована партнера ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа.

Право те друге државе примењује се од настанка регистрованог партнерства, осим ако се томе успротиви један партнер. У потоњем случају право те друге државе производи дејства од настанка последњег заједничког држављанства, односно последњег заједничког пребивалишта у тој другој држави“.

В. Уговорни имовински односи

За уговорне имовинске односе регистрованог партнерства може се предложити колизиона норма која почива на праву које је меродавно за имовинска дејства регистрованих партнера, али у време закључења уговора (арг. из чл. 37. ст. 1. ЗРСЗ у вези са претходно наведеном креираном колизионом нормом). То ће бити или право државе регистрације или право до којег се долази путем ст. 2. новокреиране колизионе норме за имовинска дејства регистрованог партнерства (настале по узору на Уредбу 1104/2016).

Дилема која свакако остаје јесте да ли за уговорне имовинске односе регистрованих партнера прописати *изведену* аутономију воље (арг. из чл. 37. ст. 2. ЗРСЗ). Она је предвиђена за брачно-имовинска дејства, али не и за имовинске односе партнера који живе у ванбрачној заједници.⁴⁵⁹ Према нашем мишљењу, како је регистровано партнерство институт који се махом јавља као паралелан институт браку, као што је институт домаће ванбрачне заједнице, код партнерства нема места изведеној аутономији воље.

Новоизграђена колизиона норма у складу са чл. 2. ЗРСЗ би гласила:

„За уговорне имовинске односе регистрованих партнера меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства“.

⁴⁵⁸ Види у том смислу предлог колизионе норме проф. Ђорђевића: „За настанак, престанак, лична и имовинска дејства истополне заједнице живота меродавно је право државе према којем је истополна заједница заснована односно право државе у којој је таква заједница регистрована.“, види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 97-98. Професор Ђорђевић је овде имао у виду колизиону норму за истополне заједнице живота, које се, по правилу, јављају у облику регистрованог партнерства, види *Ibid.* 22.

⁴⁵⁹ Бордаш, Б. (2000). *op. cit.*, 156.

Сматрамо да нова колизиона решења у циљу попуњавања правне празнине за раскид, лична, законска имовинска и уговорна имовинска дејства регистрованог партнерства свакако почива на принципу најближе везе. Оваквим решењем уважавају се интереси, пре свега, странака, али и интереси правног промета и интереси међународне хармоније одлучивања⁴⁶⁰ (као интереси правног поретка). Свакако да су при конкретизацији овог принципа у првом плану интереси *странака*, јер регистровани партнери имају легитимна очекивања да могу остварити лична и имовинска дејства из закљученог регистрованог партнерства и могућност раскида истог, што ће им сигурно омогућити право државе регистрације. То је за њих и јасно и предвидиво правило, чиме се истиче и интерес правног *промета*. Партнери могу заштитити своја права (и извршити обавезе) које настају у вези са тим дејствима, чиме је олакшан и правни промет, односно појачана је правна сигурност⁴⁶¹. Странке могу и предвидети своје понашање, што се можда не би могло остварити ако се на регистровано партнерство примени неко друго право, а не право оне државе у којој је регистровано, имајући у виду да регистровано партнерство има различите облике и дејства у упоредном праву (и да не постоји у свим државама). Када је реч о остварењу међународне хармоније одлучивања, може се рећи да је она код колизионе норме за раскид, лична и имовинска дејства регистрованог партнерства остварена, јер смо узели у обзир честу примену *lex loci registrationis* принципа. Предност *lex loci registrationis* решења јесте и то што је реч о непромењивој тачки везивања, лако је одредива и спречава настанак храмајућих правних односа⁴⁶². *Lex loci registrationis* решење има још једно оправдање. Наиме, навели смо да регистровано партнерство има различите облике и дејства у упоредном породичном праву, тако да ће, према овом решењу, за сва питања (нпр. дејства, престанак партнерства) бити меродавно исто оно право по којем је овај институт и настао. Ако би се већи број држава „прикључио“ принципу *lex loci registrationis*, предвидела би се међународна хармонија одлучивања⁴⁶³, јер ће за питања проистекла из конкретног регистрованог партнерства увек бити меродавно исто право.

Са друге стране, узели смо у обзир одређена решења актуелне Уредбу 1104/2016 и „прилагодили“ их традицији ЗРСЗ, јер су тачке везивања предвиђене у складу са „духом“ ЗРСЗ, а то су заједничко држављанство и пребивалиште странака. Предност новокреираног решења по узору на Уредбу 1104/2016 је у томе што као предуслов за примену меродавног права поставља да то право предвиђа имовинска дејства регистрованог партнерства. Практична последица овог решења јесте што су два истополна партнера дужи временски период живела у држави заједничког држављанства или држави заједничког пребивалишта и на право једне или друге се ослањали приликом уређивања или планирања својих имовинских односа.

Сумирајући новокреиране колизионе номе за раскид, лична и имовинска дејства регистрованог партнерства, уважена су посебна начела ЗРСЗ, као што је начело равноправности (нисмо фаворизовали ниједног учесника у овом правном односу, тј.

⁴⁶⁰ Види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 83.

⁴⁶¹ Прецизније, помирене су правна сигурност и предвидивост, види Hausmann, R. (2018). *op. cit.*, 815.

⁴⁶² Види Jakob, D. (2002). *op. cit.*, 182-183.

⁴⁶³ *Ibid.*, 183.

нисмо фаворизовали примену права ниједног од учесника). Евидентно је да се поменути колизионим нормама одступа од посебног начела ЗРСЗ примене права држављанства у статусним, породичним и наследним односима. Иако и посебна начела ЗРСЗ треба уважити приликом попуњавања правне празнине у смислу чл. 2 ЗРСЗ, одступања од ових начела су могућа. То се нарочито односи на ситуацију када се вредновањем свих релевантних колизионоправних и материјалноправних интереса недвосмислено утврди да посебно начело ЗРСЗ никако није прикладно за одређено правно питање у погледу којег постоји правна празнина у овом закону, иако оно припада материји у којој ово посебно начело важи⁴⁶⁴. У раду смо изложили аргументе зашто колизионе норме ЗРСЗ за брак/ванбрачну заједницу, које у себи садрже тачку везивања држављанства и почивају на начелу примене права држављанства у статусним породичним и наследним односима, нису прикладне за регистровано партнерство. Додуше, ово начело је испоштовано у последња два става колизионе норме за раскид, лична и имовинска дејства, јер је инспирација за такво решење проистекла из Уредбе 1104/2016, али ипак у „духу“ начела примене држављанства у статусним, породичним и наследним односима.

1.3.3. Попуњавање правних празнина за питања проистекла из *de facto* истополне заједнице

Како смо констатовали да колизиона норма чл. 39. ЗРСЗ коју смо одабрали путем функционалне квалификације, није прикладна за инострану *de facto* истополну заједницу, настаје правна празнина која треба да се попуни у складу са чл. 2. ЗРСЗ. Приликом тог подухвата, водили смо се истим „оријентирима“, као и у случајевима претходна два правна института. Према томе, приликом креирања нове колизионе норме, свакако треба размишљати о таквом колизионом правилу које почива на принципу најближе везе (као основном начелу МПП и ЗРСЗ), уз уважавање најважнијих колизионоправних интереса. Међутим, свакако би при креирању новог правила требало размишљати о посебним начелима ЗРСЗ, као што је забрана дискриминације по полу и забрана настанка храмајућих правних односа.

Пре него што се упустимо у попуњавање правне празнине за фактичку истополну заједницу, напоменућемо „тренд“ колизионоправног регулисања ванбрачних заједница уопште. Регулисање ванбрачне (хетеросексуалне) заједнице на колизионоправном нивоу није честа појава у међународном приватном праву. Зато је "потрага" за колизионом нормом често била препуштена доктрини. У немачкој литератури, примера ради, не постоји колизиона норма за ванбрачне заједнице те се сугерише примена одредаба за брачно право, директно или аналогно, што се могло видети у области права закупа⁴⁶⁵. У хрватском ЗМПП се за личне односе ванбрачних другова и животних партнера на одговарајући начин примењује чл. 34. наведеног закона, који се

⁴⁶⁴ Ђорђевић, С. (2019). *op. cit.*, 479-480.

⁴⁶⁵ Види Нау, Р., Tobias, К. (2010). *Internationales Privat – und Zivilverfahrensrecht*, München, 247.

односи на личне односе брачних другова (чл. 40. ст. 1)⁴⁶⁶. За имовинске односе у *животним* партнерствима меродавно је право одређено у складу са Уредом 1104/2016 (чл. 40. ст. 3 хрватског ЗМПШ). Упитно је да ли се под животним партнерима подразумевају и неформална животна партнерства, јер у том смислу нисмо могли наћи додатну литературу⁴⁶⁷. Са друге стране, према италијанском Закону број 215/1995 (измењен прописом број 76/2016), за уговоре о кохабитацији меродавно је право државе чији је држављанин било која странка у уговору. Ако странке немају заједничко држављанство, примењује се право државе заједничког уобичајеног боравишта.

У складу са овлашћењем из чл. 2. ЗРСЗ креираћемо једну колизиону норму за три питања: за неважност фактичке истополне заједнице, за престанак, за лична и имовинска дејства и за уговорна имовинска дејства. Колизионоправно решење за неважност фактичке истополне заједнице, према нашем мишљењу, треба да се базира на примени права које је примењено или права која су примењена приликом њеног заснивања. Сматрамо да доследно треба следити принцип који смо применили и код неважности претходна два института (истополног брака и регистрованог партнерства). Не видимо много простора да се од тог принципа одступи, посебно имајући у виду да фактичка истополна заједница не настаје у формалној процедури, већ се оцена њеног „постојања“ врши у зависности од тога да ли партнери живе заједно дужи временски период, а посебно што између права, која познају фактичку истополну заједницу, постоји диверзитет⁴⁶⁸.

За престанак, лична и имовинска дејства фактичке истополне заједнице сматрамо да треба предложити колизионо правило које ће почивати на праву државе заједничког пребивалишта партнера у тренутку када су се стекли услови за њено заснивање. Имајући у виду да је у свим правним порецима, чија смо законодавства испитивали у првом делу дисертације, за постојање фактичке истополне заједнице потребно да истополни партнери живе заједно, а понекад и дужи временски период, наведена тачка везивања ће у начелу водити до права које познаје фактичку истополну заједницу.

На крају, у домаћој литератури је истакнуто да су за уговорне имовинске односе лица који живе у ванбрачној заједници (тачније речено ванбрачне заједнице у смислу чл. 39. ЗРСЗ) меродавни исти принципи повезивања који постоје у уговорним имовинским односима брачних другова (чл. 37)⁴⁶⁹. У складу са тим, чл. 39. ст. 3. предвиђа да је за уговорне имовинске односе лица која живе у ванбрачној заједници меродавно право које је у време закључења уговора било меродавно за њихове имовинске односе. Међутим, изведена аутономија воље није предвиђена као тачка везивања за уговорне имовинске односе партнера који живе у ванбрачној заједници⁴⁷⁰,

⁴⁶⁶ За ова питања су предвиђене следеће колизионе норме: уобичајено боравиште оба брачна друга, последње заједничко уобичајено боравиште, заједничко држављанство, хрватско право (чл. 34. хрватског ЗМПШ).

⁴⁶⁷ За имовинске односе ванбрачних другова се, на одговарајући начин, примењују одредбе чл. 35. наведеног закона (односи се на имовинске односе брачних партнера на које се примењује Уредба ЕУ 1103/2016).

⁴⁶⁸ Види део I 3. дисертације.

⁴⁶⁹ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 134.

⁴⁷⁰ Бордаш, Б. (2000). op. cit., 156.

за разлику од исте која постоји код уговорних имовинских односа у браку⁴⁷¹. Поставља се онда питање да ли треба применити изведену аутономију воље за уговорне односе фактичких истополних партнера. Чини се извеснијим негативни одговор, у складу са „крутим“ држањем става да тако нешто није прописано ни за ванбрачне партнере у смислу чл. 39. ЗРСЗ.

Новокреирана колизиона норма за неважност, престанак, лична и имовинска дејства фактичке истополне заједнице у складу са чл. 2. ЗРСЗ била би:

„За формалне и материјалноправне разлоге неважности фактичке истополне заједнице меродавно је право или права која су примењена приликом њеног заснивања.

За престанак, лична и законска имовинска дејства фактичке истополне заједнице меродавно је право државе заједничког пребивалишта партнера у тренутку када су се стекли услови за заснивање.

За уговорне имовинске односе фактичких истополних партнера меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства“.

Сматрамо да нова колизиона решења за лична, законска имовинска и уговорна дејства фактичке истополне заједнице и за њен престанак разумно остварује апстрактно постављен принцип најближе везе. При конкретизацији овог принципа на прво место се морају ставити интереси *странака* (можда и више него код претходна два института), јер оваква заједница не настаје у формалној процедури, тако да је њено доказивање теже и почива на заједничком животу током дужег временског периода. Примена права државе заједничког пребивалишта у моменту када су се стекли услови за њено заснивање доведиће до права које познаје овај институт, чиме ће партнери моћи да предвиде своја права и обавезе и чиме су њихова легитимна очекивања испуњена. То је онда за партнере јасно и предвидиво правило, чиме се истиче и интерес правног *промета*. Партнери могу заштитити своја права (и извршити обавезе) која настају у вези са тим дејствима, чиме је олакшан и правни промет, односно појачана је правна сигурност. На крају, уважили смо посебна начела ЗРСЗ, као што је начело равноправности, имајући у виду да нисмо фаворизовали ниједног учесника у овом правном односу.

Евидентно је да се креирањем свих колизионих норми одступа од посебног начела ЗРСЗ примене права држављанства у статусним, породичним и наследним односима. Као и у претходна два случаја, одступања од посебних начела ЗРСЗ (која се треба уважити приликом попуњавања правне празнине у смислу чл. 2 ЗРСЗ) су могућа, тако да све што је речено за претходна два института важи и овде. У досадашњем истраживању смо изложили аргументе зашто колизиона норма ЗРСЗ за ванбрачну заједницу (чл. 39. ЗРСЗ), која у себи садржи тачку везивања држављанства и почива на начелу примене права држављанства у статусним породичним и наследним односима, није прикладна за фактичку истополну заједницу.

⁴⁷¹ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 134.

1.3.4. Преглед предлога колизионих норми

У досадашњим излагањима смо констатовали да постојеће колиционе норме за брак и ванбрачну заједницу из ЗРСЗ нису адекватне и правичне за правне институте истополног брака, регистрованог партнерства и фактичке истополне заједнице, који су засновани у иностранству. Из тог разлога смо прибегли попуњавању правних празнина у складу са овлашћењем из чл. 2. ЗРСЗ и креирали нове колиционе норме за наведена три института. У наставку су те колиционе норме сумиране.

Истополан брак:

а) Неважност истополног брака:

„За формалне и материјалноправне разлоге неважности истополног брака меродавно је право или права која су примењена приликом његовог склапања.“

б) Развод истополног брака:

„За развод истополног брака меродавно је право државе у којој је брак закључен“.

в) Лична и имовинска дејства истополног брака:

„За лична и законска имовинска дејства истополног брака меродавно је право државе у којој је брак закључен.“

„Изузетно и на захтев једног брачног друга, суд може одлучити да за брачно-имовински режим буде меродавно право које није право из ст. 1. овог члана и ако подносилац захтева докаже да су брачни другови имали последње заједничко држављанство или последње заједничко пребивалиште у тој другој држави током знатно дужег временског периода него у држави чије би право било меродавно у складу са ст. 1. овог члана и ако су се оба брачна друга ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа.“

Право те друге државе примењује се од тренутка закључења брака, осим ако се томе успротиви један брачни друг. У потоњем случају право те друге државе производи дејства од настанка последњег заједничког држављанства односно последњег заједничког пребивалишта у тој другој држави.“

г) Уговорна имовинска дејства истополног брака:

„За уговорне имовинске односе истополних брачних другова меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства.“

Ако право одређено у претходном ставу овог члана предвиђа да истополни брачни другови могу изабрати право које је меродавно за брачноимовински уговор, меродавно је право које су они изабрали“.

Регистровано партнерство:

а) Неважност регистрованог партнерства:

„За формалне и материјалноправне разлоге неважности регистрованог партнерства меродавно је право или права која су примењена приликом његовог склапања“.

б) Раскид, лична и имовинска дејства регистрованог партнерства:

„За раскид, лична и законска имовинска дејства регистрованог партнерства меродавно је право државе у којој је партнерство регистровано“.⁴⁷²

„Изузетно и на захтев једног регистрованог партнера, суд може одлучити да за имовинска дејства проистекла из регистрованог партнерства буде меродавно право које није право из ст. 1. овог члана, ако право те друге државе институту регистрованог партнерства придаје имовинска дејства и ако подносилац захтева докаже да су регистровани партнери имали последње заједничко држављанство или последње заједничко пребивалиште у тој другој држави током знатно дужег временског периода него у држави у којој је партнерство регистровано и ако су се оба регистрована партнера ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа.

Право те друге државе примењује се од настанка регистрованог партнерства, осим ако се томе успротиви један партнер. У потоњем случају право те друге државе производи дејства од настанка последњег заједничког држављанства, односно последњег заједничког пребивалишта у тој другој држави“.

в) Уговорна имовинска дејства регистрованог партнерства:

„За уговорне имовинске односе регистрованих партнера меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства“.

De facto истополна заједница:

„За формалне и материјалноправне разлоге неважности фактичке истополне заједнице меродавно је право или права која су примењена приликом њеног заснивања.

За престанак, лична и законска имовинска дејства фактичке истополне заједнице меродавно је право државе заједничког пребивалишта партнера у тренутку када су се стекли услови за заснивање.

За уговорне имовинске односе фактичких истополних партнера меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства“.

2. Renvoi (узвраћање и преупућивање)

2.1. Чл. 6. ЗРСЗ

О начину решавања *renvoi* (узвраћање и преупућивање) и тумачењу члана 6. ЗРСЗ⁴⁷³ постоје различити доктринарни ставови⁴⁷⁴. Чини се да је чл. 6. ст. 2. јасан и да

⁴⁷² Види у том смислу предлог колизионе норме проф. Ђорђевића: „За настанак, престанак, лична и имовинска дејства истополне заједнице живота меродавно је право државе према којем је истополна заједница заснована односно право државе у којој је таква заједница регистрована.“, види Ђорђевић, С. (2020). *op. cit.*, 97-98. Професор Ђорђевић је овде имао у виду колизиону норму за истополне заједнице живота, које се, по правилу, јављају у облику регистрованог партнерства, види *Ibid.* 22.

⁴⁷³ Чл. 6. ЗРСЗ гласи: "Ако би по одредбама овог закона требало применити право стране државе, узимају се у обзир његова правила о одређивању меродавног права.

узвраћање на домаће право подразумева примену домаћих материјалноправних норми (а не колизионих)⁴⁷⁵. Са друге стране, у случају преупућивања се, према нашем мишљењу, треба приклонити ставу судске праксе⁴⁷⁶ и домаће доктрине⁴⁷⁷, према којима треба следити свако преупућивање страног права, све док последње право у низу не потврди своју примену или не узврати на наше право (тзв. „накнадно“ узвраћање). Наведени став се чини најисправнијим јер преупућивање на колизионо право следеће државе до момента када колизионе норме неке у низу држава не потврде примену свог материјалног права значи да су се бар две државе (Б и В) у низу (А-Б-В-В) сагласиле које право треба применити. Што се тиче узвраћања на наше супстанцијално право (односно коначна примена домаћег материјалног права), могуће је без обзира да ли је враћање наступило директно или пак индиректно, путем преупућивања⁴⁷⁸. У случају зачараног круга, треба применити супстанцијално право на које указује наша колизиона норма⁴⁷⁹.

2.2. (Не)примена *renvoi* на истополне заједнице живота

Формулација из чл. 6. ст. 1. ЗРСЗ налаже примену узвраћања и преупућивања (*renvoi*) као општи институт у ЗРСЗ⁴⁸⁰ и показује „великодушни“ став према *renvoi* у циљу остварења међународне хармоније одлучивања⁴⁸¹. Поред тога, за ограничења

Ако правила стране државе о одређивању меродавног права узвраћају на право Савезне Републике Југославије, примениће се право Савезне Републике Југославије, не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права."

⁴⁷⁴ Види и упореди ставове: о заговарању тзв. *single renvoi*, који подразумева да коначна одлука о одабиру материјалног права лежи на колизионим нормама (од стране ЗРСЗ) првоупућеног права, о томе види Петровић, М. (2004). *Renvoi* у упоредном праву и ЗРСЗ, у: Двадесет година Закона о међународном приватном праву (Ур. Проф. Мирко Живковић), Правни факултет у Нишу, Ниш, 50-51; Аргументи домаће теорије за *single renvoi* произилазе из језичког тумачења ст. 1. овог члана ("требало применити право стране државе"), види више о томе Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 147. Међутим, наведени аутори се приклањају тзв. теорији страног суда (*foreign court theory*) осим у случају узвраћања на наше право, види Варади, Т., et al (2010). op. cit., 149 ; Иако се у свом раду није експлицитно изјаснио за теорију страног суда, аутор Стојановић сматра да се у односу на *renvoi* има прихватити став држава на које наше колизионе норме у конкретном случају упућују. Вид више о томе Стојановић, С. (1986). *Renvoi* – узвраћање и преупућивање у југословенском законодавству, Анали Правног факултета у Београд 5/1986, 460.

⁴⁷⁵ Види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 48-49.

⁴⁷⁶ Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 26.11.2014. и 27.11.2014. године и на седници Одељења за привредне преступе и управо-рачунске спорове одржаној дана 03.12.2014. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 4/2014.

⁴⁷⁷ Види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 52; Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). op. cit., 281.

⁴⁷⁸ Види Стојановић, С. (1986). op. cit., 467-468; Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 50.

⁴⁷⁹ Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 26.11.2014. и 27.11.2014. године и на седници Одељења за привредне преступе и управо-рачунске спорове одржаној дана 03.12.2014. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 4/2014; Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). op. cit., 281.

⁴⁸⁰ Види Кнежевић, Г. (1994). Практични проблеми узвраћања и преупућивања у нашем праву, Правни живот, број 6-7/1984, Удружење правника Србије, Београд, 742; Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 48.

⁴⁸¹ Ibid., 49.

примене чл. 6. ЗРСЗ нема законског основа⁴⁸², будући да *renvoi* није експлицитно искључен ни у једној области.

Разлог за искључење *renvoi* лежи у одређеном материјалном циљу који се жели остварити одређеном тачком везивања, односно када се жели остварити одређени материјалноправни резултат⁴⁸³. Међутим, и поред општег законског правила о *renvoi*, обавеза примене стране колизионе нормe неће постојати у материји уговора, код аутономије воље као тачке везивања, алтернативних колизионих норми и колизионих норми које садрже обичне кумулативне тачке везивања⁴⁸⁴. Да ли онда постоје одређени материјалноправни циљеви због којих ипак треба искључити овај институт из области у којима смо креирали нове колизионе нормe за истополне заједнице живота закључене у иностранству (престанак, лична и имовинска дејства)? У трагању за одговором, потребно је најпре да се новокреиране колизионе нормe сагледају.

Новокреиране колизионе нормe почивају примарно на тачки везивања државе закључења брака односно партнерства. Поред тога, за брачно-имовински режим истополног брака и имовинска дејства регистрованих партнерстава креирана су додатна колизиона решења⁴⁸⁵. За фактичке истополне заједнице смо креирали колизиону норму која почива на заједничком пребивалишту партнера у тренутку када су се стекли услови за њено заснивање.

Све колизионе нормe које смо креирали у циљу попуњавања правних празнина имале су за основни циљ долазак до права које познаје истополан брак/регистровано партнерство, односно фактичку истополну заједницу. Сматрамо да би тај основни циљ био осујећен применом института *renvoi*, тако да се може бранити теза да се његова примена може искључити у наведеним областима. Према томе, аргумент у прилог искључења *renvoi* за наведена питања (питања престанка, личних и имовинских односа истополних заједница живота) лежи управо у материјалноправним интересима који се желе заштитити, по истом принципу као што је доктрина искључила овај институт код одређених тачака везивања. Прецизније, постоји опасност да ће колизионоправно упућивање на крају довести до права које не познаје истополну заједницу живота.

У случају колизионоправног упућивања од стране новоизграђених колизионих норми може доћи до ситуације у којој ће преупућивање довести до права које не познаје истополну заједницу живота, или пак узвратити на право Србије, које нема никакву законодавну регулативу за ове заједнице. То се може догодити ако првоупућена колизиона норма садржи другачију тачку везивања од оне која постоји у домаћој (новоизграђеној) колизионој норми или садржи исту тачку везивања као и домаћа колизиона норма, али се она у страном праву другачије тумачи. У том случају

⁴⁸² Види Петровић, М. (2003). Да ли чл. 6. ЗРСЗ ограничава право уговорних страна у избору меродавног права, у: Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије (ур. Станко Бејатовић), Крагујевац, 256-258.

⁴⁸³ У том смислу и искључењу *renvoi* код неких тачака везивања, види Ђорђевић, С. (2007). Установа узвраћања и преупућивања (*renvoi*) у међународном деликтном праву, Правни систем Србије и стандарди ЕУ и Савета Европе, Књ. 2, Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Крагујевац, 433-436.

⁴⁸⁴ Види Ђорђевић, С., Примена међународног приватног права у јавнобележничкој пракси (кратка упутства и објашњења), http://www.beleznik.org/images/pdf/obavestenje/uputstvo_za_primenu_mpp_u_ib_praksi.pdf, приступљено 24.05.2021., са даљим упућивањем на правну доктрину и судску праксу

⁴⁸⁵ Види део 1.3.1. овог поглавља.

се тачка везивања квалификује према оном праву којем и припада⁴⁸⁶. Примера ради, ако је брак закључен у Немачкој, онда ће новокреирана колизиона норма за развод истополног брака довести до права Немачке. Ако би се применио *renvoi*, применила би се Рим III Уредба, која за развод брака, у одсуству аутономије воље странака, предвиђа супсидијарну колизиону норму и следеће тачке везивања: заједничко уобичајено боравиште супружника, а у одсуству тога њихово последње заједничко уобичајено боравиште, а у одсуству тога њихово заједничко држављанство, а у одсуству тога *lex fori*. Ако немачко колизионо право упути, примера ради, на право Словачке или Литваније, које немају никакву законску регулативу за истополне заједнице живота, настао би проблем. Овај проблем се, из угла држава које познају истополни брак и примењују Рим III Уредбу, решава тако што би се примениле одредбе тог права (које не познаје истополни брак) које се примењују на развод хетеросексуалног брака⁴⁸⁷ (наравно ако би право Словачке или Литваније потврдило своју примену). Упитно је колико је овакво решење уопште примењиво из угла Србије, јер наша држава не познаје истополни брак и јер Рим III Уредба није саставни део колизионог права наше државе. Ако би се применио *renvoi* и читав овај компликован низ преупућивања, српски судија би морао *аналогно* примењивати словачке или литванске одредбе о разводу хетеросексуалног брака, што би предимензионирано већ постојеће проблеме.

Код регистрованог партнерства примена *renvoi* неће створити проблем, ако држава у којој је регистровано партнерство склопљено садржи тачку везивања *lex loci registrationis*, односно потврдиће примену својих материјалноправних норми. Међутим, ако се одлучује, примера ради, о личним дејствима регистрованог партнерства склопљеног у Хрватској, према новокреираној колизионој норми применило би се Хрватско право (принцип *lex loci registrationis*). У случају ако би се испитивало колизионо право Хрватске, онда би се применила колизиона норма хрватског ЗМПП који наводи да се на личне односе животних партнера на одговарајући начин примењују одредбе чл. 34. (лични односи брачних другова). Ова одредба почива на супсидијарном везивању, где се на врху лествице налази уобичајено боравиште брачних другова. Ако се, примера ради, животни партнери преселе у Русију и ако право Русије потврди своју примену, настаје проблем јер ова држава не регулише истополне заједнице живота. Домаћи судија би се нашао у ћорсокаку, поред већ мукотрпног посла одлучивања о међународној надлежности и примене колизионе норми.

Из свих ових ситуација које су очигледно неповољне, пре свега за субјекте истополних заједница живота, а онда и за саме судове, као једино исправно решење сматрамо да упућивање из полазне колизионе норми мора бити материјалноправно, а не колизионоправно. Тада ће се обезбедити правна сигурност и предвидивост, а странке могу предвидети своја права и обавезе. У супротном, тешко се може претпоставити какав третман ће истополне заједнице живота, закључене у иностранству, имати у неком другом правном систему, које није право државе

⁴⁸⁶ У том смислу види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). *op. cit.*, 102.

⁴⁸⁷ Ако правила Рим III Уредбе упути на право државе чланице или треће државе, која не познаје истополан брак, онда се примењују одредбе тог права које се примењују на развод хетеросексуалног брака, види Hausmann, R. (2018). *op. cit.*, 72-73, Rn. 313, 316.

закључења брака, регистрованог партнерства, односно право државе заједничког пребивалишта фактичких партнера у тренутку када су се стекли услови за њено заснивање.

И у упоредном законодавству се среће непримена овог института. Тако се према немачком EGBGB за лична дејства истополног брака примењује материјално право државе у којој се води регистар (брака). Поред тога, за настанак, престанак и она дејства регистрованог партнерства која не потпадају под Уредбу Савета 1104/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима имовинских дејстава регистрованих партнерстава⁴⁸⁸ (у даљем тексту: Уредба 1104/2016), меродавно је материјално право државе у којој се води регистар⁴⁸⁹.

Са друге стране, белгијским ЗМПП из 2004. је *renvoi* начелно искључен, осим ако посебним одредбама није другачије наведено (чл. 16. овог закона). Такви изузеци у области брачног права у белгијском праву нису предвиђени⁴⁹⁰. Да подсетимо, белгијски ЗМПП за регистровано партнерство прописује тачку везивања *lex loci registrationis* (чл. 60), док колизиона норма за развод брака подсећа на чл. 8. Рим III Уредбе (чл. 55. белгијског ЗМПП)⁴⁹¹.

Надаље, француско право предвиђа да се за заснивање, дејства и престанак партнерства примењују материјалноправне норме државе регистрације⁴⁹², што указује на непримену *renvoi*. Исти случају је и у ситуацији када се примењује домаће право (примера ради у Холандији – за имовински режим, престанак, лична дејства партнерства које је регистровано у Холандији⁴⁹³). На крају, свакако да Уредба Рим III, Уредба 1103/2016 и Уредба 1104/2016 искључују *renvoi* у својој примени (чл. 11. Уредбе Рим III, чл. 32. Уредбе 1103/2016 и чл. 32. Уредбе 1104/2016).

Свакако постоје супротни ставови, којима се заговара примена овог института у наведеним областима. Редак став о примени *renvoi* у домаћој правној доктрини среће се код проф. Јовановића, који у свом примеру поступка између два истополна супружника поводом плаћања учешћа у покривању трошкова одржавања заједничке имовине примењује чл. 36. ЗРСЗ и закључује да колизионоправно упућивање у складу

⁴⁸⁸ Council regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships; Уредба је објављена у Службеном листу Европске Уније, број OJ L 183, 8.7.2016,30-56.

⁴⁸⁹ Чл. 17б. ст. 1. реч. 1. и ст. 4. EGBGB.

⁴⁹⁰ Hustedt, V., Schür, G. (2017). *Belgien*, у: *Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption* (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage, 335.

⁴⁹¹ За брачноимовински режим белгијски ЗМПП предвиђа супсидијарну колизиону норму: право државе заједничког уобичајеног боравишта супружника након закључења брака, а ако то није могуће, право државе заједничког држављанства у моменту закључења брака и на крају право државе где је брак закључен.

⁴⁹² Види Döbereiner, C. (2017). *Frankreich*, у: *Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption* (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), Zerb Verlag, 3. Auflage, 589.

⁴⁹³ У складу са чл. 71. ст. 1. холандског ЗМПП ако партнери нису одабрали меродавно право пре закључења регистрованог партнерства, за имовински режим је меродавно холандско право; према чл. 86. холандског ЗМПП – за питања да ли регистровано партнерство може престати узајамном сагласношћу или прекидом и на основу којих разлога, меродавно је холандско право; према чл. 65. холандског ЗМПП – у одсуству аутономије воље, меродавно право за лична дејства партнерства које је закључено у Холандији, меродавно је холандско право.

са чл. 6. ЗРСЗ није искључено у овој врсти правних односа⁴⁹⁴. Са друге стране, у немачкој правној доктрини, аутор Јакоб (*Jakob*), заступајући аналогну примену брачних колизионих норми немачког права на регистрована партнерства, сматрао је да њихова примена подразумева примену *renvoi* (нем: *Gesamtverweisungen*).⁴⁹⁵ Са тим у вези, може се бранити и супротна теза, која почива на општем карактеру *renvoi* у нашем праву, великодушном ставу према међународној хармонији одлучивања и чињеници да за ограничења примене *renvoi* нема законског основа. Та теза би ипак подразумевала примену овог института у свим приватноправним областима које се тичу истополних заједница живота. Аргумент који би ишао у прилог таквој тези је околност да се *renvoi* примењује након прве квалификације у МПП-у, у оквиру које смо успели да нађемо прикладну колизиону норму за истополне заједнице живота (креирањем нове колизионе норме у циљу попуњавања правне празнине сходно чл. 2 ЗРСЗ).

Последица би били велики ризици које смо истакли, а то је да је врло могуће да преупућивање доведе до права које не познаје истополну заједницу живота или узврати на наше право. Прецизније, приликом вагања између непримене и примене *renvoi* у области истополних заједница живота, са једне стране, имамо материјалноправне интересе истополних партнера (што не би био први пут да материјалноправни интереси буду разлог за искључење *renvoi*), а са друге стране, имамо општи карактер *renvoi* у домаћем правном систему и потребу за остварењем међународне хармоније одлучивања.

Иако сматрамо да постоје аргументи и за примену и за непримену *renvoi* у области истополних заједница живота за наведена питања, чини се правичнијим, бар у овом тренутку, став у складу са којим *renvoi* не треба применити у области престанка истополних заједница живота, те личних и имовинских дејстава, проистеклих из истополних заједница живота. Овакав закључак, иако није лишен мана, по нашем мишљењу је ипак оправдан у овом тренутку, имајући у виду недостатак домаће правне доктрине и судске праксе, којом би се наведена проблематика расветлила.

На крају, код наследноправних питања, проистеклих из иностраних истополних заједница живота сматрамо да има места примени *renvoi* јер се као колизиона норма за наслеђивање надживелих истополних партнера, из истополних заједница живота закључених у иностранству, примењује чл. 30. ЗРСЗ. Ова колизиона норма се везује за држављанство оставиоца и та тачка везивања је „препозната“ као најбољи начин остваривања апстрактно постављеног принципа најближе везе. У смислу примене *renvoi* у овој области приватноправних односа са елементом иностраности постоје и ставови стране доктрине⁴⁹⁶. У области усвојења од стране истополних партнера из истополних заједница живота закључених у иностранству примењује се „општа“ колизиона норма за заснивање и престанак усвојења из чл. 44. ЗРСЗ (ово питање је

⁴⁹⁴ Види Јовановић, М. (2016). *op. cit.*, 180-181. Аутор Јовановић у својим примерима прибегава *renvoi*.

⁴⁹⁵ Види *Jakob, D.* (2002). *op. cit.*, 235 и даље.

⁴⁹⁶ За примену *renvoi* за наследноправна питања код регистрованог партнерства види *Hausmann, R.* (2000). *op. cit.*, 261; *Forkert, M.* (2003). *op. cit.*, 229; Код примене чл. 25. ЕGBGB (наследни статут) узима се у обзир узвраћање и преупућивање, види *Jakob, D.* (2002). *op. cit.*, 328. и даље.

детаљније обрађено у шестом делу дисертације). Како је у конкретном случају реч о обичној кумулацији, *renvoi* ће приликом примене ове колизионе норме бити искључен.

3. Проблем везивања претходног питања

3.1. Претходно питање и начини везивања

У међународном приватном праву претходно питање се дефинише као питање постојања правног односа или субјективног права које је обухваћено диспозицијом материјалноправне норме права државе које је меродавно за главно питање⁴⁹⁷. У том смислу треба одредити меродавно право за главно, а потом и за претходно питање.

Примера ради, супружник из истополног брака, закљученог у Холандији, поднесе тужбу за утврђивање удела у оквиру заједничке имовине стечене у браку против другог партнера пред домаћим судом. У складу са колизионом нормом коју смо креирали за личне и имовинске односе брачних другова – меродавно је право државе закључења брака, односно холандско право. Други партнер, пак, оспорава пуноважност истополног брака, тако да се отвара претходно питање пуноважности таквог брака и треба одредити меродавно право и за то питање (**пример 1**).

Други пример може бити **холандско** регистровано партнерство, чију пуноважност пред нашим судом оспорава један од партнера у поступку расправљања имовине стечене током трајања партнерства. У складу са новоизграђеном колизионом нормом, за имовинска дејства регистрованог партнерства меродавно је право у којој је партнерство регистровано, те ће за то питање бити меродавно холандско право. За претходно питање пуноважности регистрованог партнерства се такође мора одредити меродавно право (**пример 2**).

Како онда решити претходно питање у нашим примерима? О одређивању меродавног права за претходно питање нема општих правила у ЗРСЗ, тако да је приступ решењу препуштен правној доктрини и судској пракси. Према преовлађујућем ставу стране и домаће правне литературе, меродавно право за претходно питање треба одређивати независно од главног питања (тзв. независно везивање или *lex fori*)⁴⁹⁸; односно применом домаћих колизионих норми. Овим приступом се остварује унутрашња хармонија одлучивања, јер се полази од тога да се исто питање може у будућности појавити као главно питање, не само пред страним већ и пред домаћим судом, када би се меродавно право за то питање одређивало колизионом нормом *lex fori*.⁴⁹⁹ Такође, у иностраној литератури се срећу ставови о независном везивању претходног питања постојања/пуноважности брака, односно регистрованог партнерства⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). *op. cit.*, 104-105.

⁴⁹⁸ Види и упореди *Ibid.*, 112; Kegel, G., Schurig, K. (2000). *op. cit.*, 326-327; Kropholler, J. (2006). *op. cit.*, 226.

⁴⁹⁹ Варади, Т., et al, (2010). *op. cit.*, 133-134.

⁵⁰⁰ Види Jakob, D. (2002). *op. cit.*, 292. и даље; На пример, кад је постављен захтев за наслеђивање надживелог партнера, онда судија мора испитати постојање партнерства, у том смислу Jakob, D. (2002). *op. cit.*, 247.; Код претходног питања које се јавља код испитивања материјалних услова за регистрацију

У складу са тим, питање пуноважности истополног брака у нашем првом примеру (**пример 1**) цениће се у складу са меродавним правом до којег се долази путем домаће колизионе норме. То би била колизиона норма за *неважност* истополног брака којом смо попунили правну празнину⁵⁰¹. У складу са овом колизионом нормом, меродавно право за испитивање пуноважности истополног брака биће право или права која су примењена приликом његовог закључења, односно она права која је применио надлежни холандски орган приликом закључења брака. По истом принципу, у **примеру 2** се пуноважност холандског регистрованог партнерства испитује у складу са правом или правима која су примењена приликом његовог склапања⁵⁰².

Такође, поставља се једно питање процесноправне природе, а односи се на то да ли наши органи могу имати међународну надлежност за одлучивање о претходном питању, за које иначе нису надлежни, али јесу за главно питање. Ова проблематика није решена ЗРСЗ. Према чл. 12. тренутно важећег ЗПП проблем претходног питања решава се у парници у националним оквирима, па ће га сам суд решити ако посебним прописима није другачије предвиђено⁵⁰³. Истоветну одредбу о решењу претходног питања садржи и ЗПВ (чл. 22⁵⁰⁴. и чл. 23⁵⁰⁵). Наведена правила би могла да се „транспонују“ и на међународни план, па би домаћи судија, који је директно међународно надлежан да одлучује о тужбеном захтеву, био слободан да одлучује и о свим претходним питањима. Исто важи и за ванпарнични поступак⁵⁰⁶. Дакле, ако наш суд није надлежан за решавање претходног питања, правосуђе Србије може да решава о њему само ако надлежни инострани суд о том питању још није донео одлуку. У таквој ситуацији, одлука домаћег суда о том питању има правно дејство само у тој

партнерства, што ће се везивати независно. Ово се односи нарочито на питање да ли је партнер још увек у браку, што ће се процењивати према чл. 13. ст. 1. ЕГВГВ, види о томе више Hausmann, R. (2000). *op. cit.*, 256; Претходно питање да ли је партнерство пуноважно основано (код примене колизионих норми ЕГВГВ за издржавање) везује се независно/самостално, види у том смислу Hausmann, R. (2000). *op. cit.*, 261.; Види Spernat, T. (2011). *op. cit.*, 50. Аутор наводи да би се према томе претходно питање пуноважности брака односно регистрованог партнерства пред немачким судовима решило применом немачког МПП.

⁵⁰¹ „За формалне и материјалноправне разлоге неважности истополног брака меродавно је право или права која су примењена приликом његовог склапања.“

⁵⁰² Ново-изграђена колизиона норма за неважност регистрованог партнерства: „За формалне и материјалноправне разлоге неважности регистрованог партнерства меродавно је право или права која су примењена приликом његовог склапања“.

⁵⁰³ „Ако одлука зависи од претходних решења питања да ли постоји неко право или правни однос, а о том питању још није донео одлуку суд или други надлежни орган (претходно питање), суд може сам да реши то питање ако посебним прописима није другачије предвиђено. Одлука суда о претходном питању има правно дејство само у парници у којој је питање решено“.

⁵⁰⁴ (1) Кад одлука суда зависи од претходног решења питања да ли постоји неко право или правни однос, а о томе питању још није донео одлуку суд или други надлежни орган (претходно питање), суд може сам решити то питање, ако овим или другим законом није другачије одређено.

(2) Одлука суда о претходном питању има правно дејство само у ванпарничном поступку у коме је то питање решено.“

⁵⁰⁵ „(1) Ако су међу учесницима спорне чињенице важне за решење претходног питања, суд ће их упутити да у одређеном року покрену парницу или поступак пред управним органом ради решења спорног права, односно правног односа.

(2) Суд ће упутити на парницу, односно на поступак пред управним органом оног учесника чије право сматра мање вероватним, ако овим или другим законом није другачије одређено“.

⁵⁰⁶ Јакшић, А. (2016). Међународно грађанско процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 37-38.

парници у којој је претходно питање решено. Уколико би се догодило да инострани суд касније донесе другачију одлуку о том питању и ако та одлука буде призната у Србији, она може представљати разлог за понављање поступка пред домаћим судом⁵⁰⁷. Оно што би домаћи суд могао урадити да би избегао овакву нежељену ситуацију, јесте да прекине поступак и препусти надлежном иностраном суду да одлучи о претходном питању, што ће нарочито бити оправдано ако се поступак већ води пред иностраним судом и када је извесно да ће та одлука бити призната у нашој држави⁵⁰⁸.

3.2. Постојање стране јавне исправе и претходно питање

Јавна исправа у домаћем правном систему може имати доказну снагу ако је истинита (аутентична) односно ако је издата од органа који је у њој наведен као издавалац⁵⁰⁹. Са друге стране, јавна исправа доказује истинитост онога што се њом потврђује односно одређује, тако да се суд не упушта у оцену њене доказне снаге⁵¹⁰. Иако у парничном поступку судија цени све приложене доказе на основу слободног судијског уверења (чл. 8. ЗПП), доказна снага јавне исправе се не доводи у питање, јер за њу важи претпоставка истинитости садржаја (чл. 238. ст. 1. ЗПП).

Стране јавне исправе имају, под условом узајамности, исту доказну снагу као и домаћа јавна исправа, ако међународним уговором није другачије предвиђено (чл. 239. ЗПП), али мора бити и прописно оверена (легализована). Легализација стране јавне исправе подразумева оверу њене аутентичности (веродостојност потписа лица које је исправу потписало и веродостојност печата стављеног на исправу)⁵¹¹. Поред пуне легализације⁵¹² постоји и упрошћена легализација која је регулисана Хашком конвенцијом о укидању легализације страних јавних исправа из 1961. године.⁵¹³ На исправу се ставља посебан печат (*Apostille*) и тако легализована јавна исправа значи потврду аутентичности потписа стављеног на њу, потврду својства лица које је потписало исправу, као и потврду аутентичности печата (чл. 3. ст. 1. Конвенције).

Претпоставља се да ће истополни партнери, који су закључили пуноважан истополан брак или регистровано партнерство у иностранству, имати извод из одговарајућег регистра о закљученом браку или партнерству. Како поступати са таквим страним јавним исправама, у домаћем поступку? У складу са чл. 239. ЗПП, оваква страна јавна исправа, ако је прописно легализована, има исту доказну снагу као

⁵⁰⁷ Види Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). *op. cit.*, 196-197.

⁵⁰⁸ Види *Ibid.*, 197.

⁵⁰⁹ Познић, Б., Ракић – Водинелић, В. (2015). Грађанско процесно право, Службени гласник, Београд, 2015, 404.

⁵¹⁰ *Ibid.*, 405.

⁵¹¹ Чл. 2. Закона о легализацији исправа у међународном промету: „Оверавањем, у смислу овог закона, потврђује се веродостојност потписа лица које је исправу потписало и веродостојност печата стављеног на исправу.“

⁵¹² Чланови 6. и 7. Закон о легализацији исправа у међународном промету (Сл. лист СФРЈ, бр. 6/73 и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља).

⁵¹³ У нашој држави је ратификована Уредбом о ратификацији Конвенције о укидању потребе легализације страних јавних исправа (Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми, број 10/62), доступно на <https://assets.hcch.net/docs/7a0d02b5-2f06-4220-ab4e-402d3f9cd0ef.pdf>, приступљено 05.03.2021.

домаћа јавна исправа, под условом узајамности. Мисли се на формалну доказну снагу јавне исправе и њену подобност да буде укључена у правни промет, али њено материјалноправно дејство зависи од меродавног права. Имајући наведено у виду, иако из претпоставке истинитости произилази чињеница о закљученом страном истополном браку/регистрованом партнерству, судија би можда сматрао да треба да одлучује о претходном питању постојања таквог брака или партнерства, јер нису уписани у домаће матичне књиге. Која би онда колизиона норма била меродавна за постојање брака? То би, по нашем мишљењу, била колизиона норма за неважност истополног брака/регистрованог партнерства коју смо креирали у циљу попуњавања правне празнине, која ће довести до права која су примењена приликом закључења ових заједница⁵¹⁴.

На овај начин је поступала немачка судска пракса у предмету пред ВGH (случај је из 2016. године). Реч је била о истополном браку, који је 2011. године закључен у Холандији, према холандском праву, између немачког и холандског држављанина. Конкретно се поставило питање да ли је одабир брачног имена од стране супружника извршен у складу са немачким правом био пуноважан.⁵¹⁵ Овај суд се ослонио на већ постојећи став немачке судске праксе, према којој се квалификација истополног брака, закљученог у иностранству, у немачком праву спроводи на тај начин што се такав брак посматра као регистровано партнерство у смислу чл. 176 EGBGB⁵¹⁶. Према томе, ако би се холандски истополни брак квалификовао као брак, онда он не би био пуноважно закључен, јер би у складу са чл. 13. EGBGB за немачког држављанина било меродавно немачко право. У тренутку доношења ове одлуке, немачки правни систем није предвиђао истополан брак и од брачних партнера је захтевано да су различитог пола⁵¹⁷. ВGH је, дакле, испитивао пуноважност холандског истополног брака и због тога применио колизиону норму за регистровано партнерство.

Поступајући на овај начин, домаћи судија би решио претходно питање да ли истополни брак или регистровано партнерство постоји или не. Ако постоји, онда ће даље одлучивати како ће применити меродавно право, до којег се долази путем новоизграђених колизионих норми. У случају меродавности страног права, поставља се питање примене клаузуле јавног поретка, о чему ће се даље расправљати у наставку.

⁵¹⁴ „За формалне и материјалноправне разлоге неважности истополног брака меродавно је право или права која су примењена приликом његовог склапања.“

⁵¹⁵ ВGH 12. Zivilsenat, XII ZB 609/14, 20.07.2016; Следствено томе, пошто се ова веза према немачком праву не сматра браком већ регистрованим партнерство, онда партнери могу одабрани само партнерско име у складу са чл. 3. LpartG (в. тач. 14. пресуде).

⁵¹⁶ Senatsbeschluss vom 20. April 2016 – XII ZB 15/15; Уп. са ставом по којем се страни истополни брак квалификује као брак у смислу чл. 13. EGBGB Thorn, K., Paffhausen, P. (2017), Eine Ehe ist keine Ehe ist eine Ehe – Zur Qualifikation gleichgeschlechtlicher Ehen nach altem und neuem Kollisionsrecht (zu ВGH, 20.04.2016. – XII ZB 15/15, unten S. 631, Nr. 53), IPRax, Heft 6, 590-591.

⁵¹⁷ Пар. 13. Пресуде ВGH 12. Zivilsenat, XII ZB 609/14, 20.07.2016 (пресуда преузета из правне базе Juris, Das Rechtsportal).

4. Јавни поредак

Примена страног права може бити одбијена само ако су његова дејства у супротности са „Уставом СРЈ (Србије – М.П.) утврђеним основама друштвеног уређења“ (чл. 4. ЗРСЗ). Пошто ће новокреиране колизионе норме водити углавном до примене страног права, домаћи судија може одбити његову примену позивањем на клаузулу јавног поретка само под одређеним условима.

Први услов подразумева да мора бити такав резултат примене страног права који *in concreto*, а не *in abstracto*, вређа наш јавни поредак (тј. да мериторно дејство страних правних норми вређа домаћи јавни поредак⁵¹⁸). Поред тога, да би се примена страног права одбила, потребно је да постоји довољно снажна унутрашња веза између случаја и државе (тзв. блиска веза⁵¹⁹, тангираност), која се најчешће остварује кроз држављанство, пребивалиште или редовно боравиште особе⁵²⁰. Овим условом се одсликава карактеристичан релативитет јавног поретка, који подразумева да што је нижи степен тангираности правног поретка домаће државе, онда значајнија повреда мора бити нанета применом страног материјалног меродавног права.⁵²¹ Исто правило „релативитета“ важи у и обрнутој ситуацији. У том смислу се може замислити случај да су истополни партнери наши држављани или да имају пребивалиште у Србији – тада блиска веза са домаћом државом може бити велика.

Наведена два услова су неодвојива и најпре ће се манифестовати у случају закључења истополне заједнице живота у нашој држави. Тако, веома јака веза случаја са домаћом државом и потреба за клаузулом јавног поретка ће свакако постојати онда када је реч о закључењу истополног брака у нашој држави, јер његово закључење код нас није допуштено. Наиме, Уставом је предвиђено да се брак закључује на основу слободно датог пристанка мушкарца и жене пред државним органом (чл. 62), а чланом ПЗ је та одредба „потврђена“ кроз дефиницију брака између мушкарца и жене (3. ст. 1). Тако хетеросексуалан моногаман брак спада у корпус нашег јавног поретка, те једино такав облик брака постоји у нашем правном систему из чега произилази да је истополан брак у супротности са нашим јавним поретком⁵²². Ако би домаћи матичар, применом колизионе норме за закључење брака (чл. 32. ЗРСЗ), установио да меродавно право дозвољава закључење истополног брака, примена тог права би се одбила позивањем на домаћи јавни поредак. Следствено томе, ако се у домаћој држави

⁵¹⁸ Види и упореди Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). *op. cit.*, 131; Варади, Т., et al, (2010). Међународно приватно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 158; У смислу крајњег резултата примене стране норме види Дика, М. et al (1991). *op. cit.*, 17; Jakob, D. (2002). *op. cit.*, 220; У смислу дејства у конкретном случају види Von Hoffmann, B., Thorn K. (2007). *op. cit.*, 273; У сличном смислу Kegel, G., Schurig, K. (2004). *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, München, 526.

⁵¹⁹ Види и упореди Дика, М. et al (1991). *op. cit.*, – мора постојати „одређена минимална веза између конкретног односа и државе форума“, 19; Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). *op. cit.*, 132; Варади, Т., et al, (2010). *op. cit.*, 157.; Kegel, G., Schurig, K. (2004). *op. cit.*, 527; Kiestra, L. (2014). *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Springer, 2014, 71.

⁵²⁰ О елементима блиске везе види Spickhoff, A. (1989). *Der ordre public im internationalen Privatrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt, 98.

⁵²¹ Kropholler, J. (2006). *op. cit.*, 246.; Види и Spickhoff, A. (1989). *op. cit.*, 97.

⁵²² О неприхватљивом резултату страног права које допушта истополни брак види Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). *op. cit.*, 343.

одлучује о успостављању стања које је против јавног поретка, примена стране норме је увек недозвољена⁵²³.

Међутим, овакав исход не мора бити нужан када је реч о одлучивању о одређеним дејствима, која произилазе из истополног брака, пуноважно закљученог у иностранству. Примера ради, може бити реч о имовинскоправним или наследноправним ефектима таквог брака на домаћој територији. Ако се домаћи орган суочава са дејствима из таквог правног односа (који је у домаћој држави недозвољен), такве правне последице не морају по сваку цену вређати домаћи јавни поредак (то би могао бити тзв. *effet atténué*)⁵²⁴. Тако је, чини се, размишљао и француски министар правде, званично се изјашњавајући о томе каква дејства у Француској може имати холандски истополни брак између лица која нису француски држављани. Он је истакао да би истополни брак могао произвести дејства у Француској у вези са брачним имовином и наслеђивањем.⁵²⁵ У том периоду у Француској није било дозвољено закључење истополног брака, али јесте пакта солидарности. Чини се да се наведени став не би односио на случајеве када је један супружник француски држављанин.⁵²⁶

Већа толеранција према страном праву, које је меродавно за одређена дејства иностраног истополног брака на домаћој територији, одговара тзв. ублаженом дејству јавног поретка. Идеја о ублаженом дејству подржана је у делу домаће литературе и подразумева да се могу признати одређена дејства правног односа, који је пуноважно заснован у инострану, а не може бити заснован у домаћој држави. Услови за овакво дејство јавног поретка јесу:

- да је правни однос заснован у иностранству (применом страног права чија је садржина неспојива са домаћим јавним поретком);
- да се у домаћој држави одлучује о одређеним дејствима, која нису у супротности са домаћим јавним поретком; и
- да до заснивања тог правног односа није дошло у намери изигравања закона⁵²⁷.

Приликом третирања стране истополне заједнице живота у Србији, увек ће бити реч о правном односу који је већ успостављен у иностранству применом страног материјалног права, тако да би дејство јавног поретка било *ослабљено/ублажено* (примера ради ако је реч о претходном питању).⁵²⁸ Иако се, у начелу, може узети као добар критеријум околност да су истополне заједнице живота настале у иностранству и да се појављују у оквиру претходног питања (и да тиме мање тангирају домаћи правни систем), у пракси то не мора увек бити тако јасно издиференцирано. Чак и у овом случају, степен тангираности може бити веома висок (нпр. странке су наши држављани). Према томе, процена евентуалног одбијања примене страног права мора се вршити у сваком конкретном случају, разматрањем свих околности.

⁵²³ У том смислу Jakob, D. (2002). op. cit., 221.

⁵²⁴ Јакоб овде говори о тзв. *effet atténué*, види Ibid., 221.

⁵²⁵ Види Wautelet, P. (2012). op. cit., 164 (фн. 96.).

⁵²⁶ Види Ibid., 164.

⁵²⁷ Види више о томе Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). op. cit., 355. и даље.

⁵²⁸ У том смислу Дика, М. et al (1991). op. cit., 19.

Код признавања извесних дејстава истополног брака може се направити паралела са признавањем извесних дејстава полигамног брака, пуноважно закљученог у иностранству, а који се не може закључити у Србији⁵²⁹. Тако, у немачком правном систему странци не могу пред немачким надлежним органима закључити полигаман брак⁵³⁰, али је правна доктрина истакла да се полигамни бракови признају у наследноправном смислу, односно надживеле жене могу у Немачкој стећи наследно право.⁵³¹ У Француској су женама из оваквог брака додељивани захтеви за издржавање, захтеви за накнаду штете од штетника (из штетног догађаја у којем је заједнички супружник погинуо).⁵³² И у домаћој теорији се среће слично размишљање. Ако је полигаман брак пуноважно закључен у иностранству и за наслеђивање је меродавно право према којем је такав брак и закључен и ако постоји слаба веза са домаћом државом, конкретно дејство стране норме о наслеђивању је прихватљиво за правни поредак Србије. Али, ако је (једна од) супруга домаћи држављанин, постоји већи степен блиске везе и може се доћи до другачијег резултата.⁵³³ Исти принцип би се могао пребацити на терен истополног брака. Захтеви који произилазе из дејстава истополног брака, свакако се могу признати, нарочито ако постоје незнатне везе домаће државе са случајем (нпр. имају заједничко уобичајено боравиште у страниј држави).⁵³⁴

У случају одбијања примене страног меродавног права, долази до примене домаћег права, али ће се од примене страног права одступити у мери у којој је то нужно. Ако конкретна одредба води решењу које јесте неспојиво са домаћим јавним поретком, остале норме страног меродавног права ће се применити⁵³⁵. Ако се, примера ради, одбије примена наследноправне норме која предвиђа наслеђивање између истополних партнера, остале одредбе које спадају у наследни статут, па и норме о осталим наследним редовима биће примењени.

Можемо закључити да би извесна дејства страног истополног брака могла бити призната у Србији, утолико пре ако је веза са домаћом државом слабијег интензитета⁵³⁶. Другим речима, што је веза са домаћом државом слабија, то има више разлога за признање дејстава истополног брака. Регистровано партнерство је такође непознат правни институт у домаћем праву и његово дејство против домаћег јавног поретка није довољно испитано у домаћој литератури. Пракса појединих иностраних судова показује ускраћивање дејстава партнерстава, пуноважно закључених у иностранству, због противности јавном поретку државе форума и неусклађености са традиционалним схватањем брака⁵³⁷. Мишљења смо да наведени став поводом дејстава

⁵²⁹ О полигамном браку и специфичностима шеријатског права види Станковић, Е. (2019). Савремени правни системи, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 111. и даље.

⁵³⁰ Види Looschelders, D. (2004). *Internationales Privatrecht – Art. 3-46 EGBGB*, Springer, 113, Rn. 46.

⁵³¹ Види Birk (2010). Art. 25. EGBGB, у: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11* (Redakteur: Hans Jürgen Sonnenberger), 5. Auflage, Rn. 115, 36.

⁵³² Види више о томе Spickhoff, A. (1989). *op. cit.*, 234.

⁵³³ За такав пример види Јакшић, А. (2017). *op. cit.*, 638-639.

⁵³⁴ У том смислу Röthler, A. (2002). *op. cit.*, 499.

⁵³⁵ Види више о томе Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). *op. cit.*, 133.

⁵³⁶ Види Дураковић, А. (2014). *op. cit.*, 151.

⁵³⁷ Види Жупан, М. (2016). Темелна људска права и прекограничне животне заједнице – регистрирано партнерство у фокусу, у: *Liber amicorum: Гашо Кнежевић*, Београд, 153, са упућивање на судску праксу.

иностраних истопољних брака може важити и за дејства иностраних регистрованих партнерства, односно могу се прихватити нека његова дејства, ако не постоји блиска веза са Србијом.

На крају, наше законодавство не познаје ни *de facto* истопољну заједницу живота, јер је домаћа ванбрачна заједница предвиђена само као веза између мушкарца и жене (чл. 4. ПЗ). Што се тиче дејстава иностране фактичке истопољне заједнице, сматрамо да би исти став требало заузети као и поводом претходна два института. То значи да се могу прихватити нека њена дејства у домаћој држави, у случају да веза са домаћом државом није већег интензитета.

5. Међународна надлежност домаћих органа у материји истопољних заједница живота

5.1. Општи осврт на проблематику

Када је реч о грађанском судском поступку са елементом иностраности, правило је да суд или други надлежни орган увек примењују своје процесно право, дакле *lex fori*⁵³⁸. У нашем правном систему ово значи да се на питања међународне, стварне и месне надлежности, као и на сва друга процесна питања, примењују правила прописана ЗРСЗ, Законом о парничном поступку⁵³⁹ (у даљем тексту: ЗПП), Законом о извршењу и обезбеђењу⁵⁴⁰ (у даљем тексту: ЗИО) и Законом о ванпарничном поступку⁵⁴¹ (у даљем тексту: ЗВП). За наша разматрања су најважнија правила о међународној надлежности из ЗРСЗ која одређују када судови наше државе имају право и дужност да поступају у спору о одређеном приватноправном односу са елементом иностраности, тако да се тим одредбама одређују границе правосуђа Србије. У наредним излагањима ћемо се бавити само питањем директне међународне надлежности⁵⁴².

ЗРСЗ у чл. 1. ст. 2. у вези са ст. 1. наводи да се овим законом уређују правила о надлежности судова и других органа Србије за расправљање статусних, породичних, имовинских, односно других материјалноправних односа са елементом иностраности. Та правила подразумевају и општу и посебну међународну надлежност. Евидентно је да се код побројаних приватноправних односа са елементом иностраности не појављују истопољне заједнице живота. Наиме, правила о директној међународној надлежности из ЗРСЗ не садрже одредбе које би се односиле на грађанске судске поступке,

⁵³⁸ О тзв. *lex fori* принципу види и упореди Linke, H., Nau, W. (2015). Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, Köln, Schmidt, 39-41; Junker, A., (2017). Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 30; Haunhorst, S. (1992). Die „wesenseigene (Un-) Zuständigkeit“ deutscher Gerichte, Osnabrück, 29. и даље.

⁵³⁹ Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

⁵⁴⁰ Сл. гласник РС, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019.

⁵⁴¹ Сл. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС“, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон.

⁵⁴² О индиректној међународној надлежности у 7. делу дисертације.

проистекле из оваквих заједница⁵⁴³. Према нашем мишљењу, наведени недостатак експлицитне норме о међународној надлежности не би могао да се превазиђе попуњавањем правне празнине на основу чл. 2. ЗРСЗ. Ова одредба се односи само на област сукоба закона (евентуално креирање нове колизионе норме), не и на област међународне надлежности.

Као суштинско поставља се питање да ли наши судови могу бити надлежни да одлучују у споровима о истополним заједницама живота закљученим у иностранству, имајући у виду да су нашем праву ови правни институти непознати и да не постоји експлицитна норма о директној међународној надлежности за спорове проистекле из оваквих заједница у смислу чл. 1. ст. 2. у вези са чл. 1. ЗРСЗ. Ако је одговор негативан, онда би се домаћи судови оглашавали ненадлежним у споровима, које покрену партнери из истополних заједница живота закључених у иностранству, тј. били би тзв. „суштински (не)надлежни.“ То је један приступ у решавању овог проблема, али не и једини.

Другачији закључак и позитиван одговор на постављено питање могао би се добити у случају да се постојеће норме о директној међународној надлежности из ЗРСЗ протумаче екстензивнијом *lex fori* квалификацијом или, пак, аналогно примене на истополне заједнице живота. Постојећи основи директне међународне надлежности из ЗРСЗ који би се евентуално могли применити на спорове проистекле из истополних заједница живота су општа надлежност (чл. 46. ЗРСЗ, за све врсте спорова)⁵⁴⁴ и посебна надлежност. Одредбе о посебној међународној надлежности, које би могле доћи у обзир за примену у случају спорова проистеклих из истополних заједница живота, су надлежност за *брачне спорове* (чл. 61-62. ЗРСЗ)⁵⁴⁵, за спорове о имовинским односима *брачних другова* (чл. 59. ЗРСЗ), за спорове о законском издржавању између *брачних другова* и бивших *брачних другова* (чл. 67. ст. 3. ЗРСЗ), за спорове о законском издржавању који се не односе на издржавање деце (чл. 67. ст. 2. ЗРСЗ)⁵⁴⁶, за спорове о *издржавању по било ком основу*, по критеријуму имовине туженог из које може да се наплати издржавање (чл. 68. ЗРСЗ)⁵⁴⁷ и за *заснивање и престанак усвојења* (чл. 74. ЗРСЗ). Ако би се наведени основи надлежности екстензивније тумачили или аналогно

⁵⁴³ Сматрамо да се интерпретативна норма чл. 26. ст. 2. ЗПП, којом се попуњавају правне празнине у материји међународне судске надлежности, не може применити у овој ситуацији.

⁵⁴⁴ Основи надлежности су пребивалиште туженог (чл. 46. ст. 1.); боравиште туженог ако нема пребивалиште у Србији нити у било којој другој држави (чл. 46. ст. 2); боравиште туженог ако су обе парничне стране наши држављани (чл. 46. ст. 3); пребивалиште лица према коме је поднесен захтев у ванпарничном поступку (чл. 46. ст. 5).

⁵⁴⁵ Чл. 63. ЗРСЗ се такође односи на брачне спорове: "У споровима за развод брака надлежност суда Савезне Републике Југославије постоји и ако је тужилац југословенски држављанин, а право државе чији би суд био надлежан не предвиђа установу развода брака." Међутим, упитно је колико би се ова норма могла односити на истополан брак, односно заснивање међународне надлежности ако право државе чији би суд био надлежан не познаје институт развода (истополног) брака, јер у време доношења ЗРСЗ (1982. године) истополан брак није био ни у најави.

⁵⁴⁶ О домаћају ове „сакривене“ могућности међународне надлежности види Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). Међународно приватно право: посебан део, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 240.

⁵⁴⁷ Овај основ надлежности је могуће без обзира о којој категорији спорова о издржавању се ради, међутим потребно је да је реч о имовини туженог у Србији, из које се „може наплатити потраживање“. За ове спорове није могућа примена чл. 54. ст. 1. ЗРСЗ, види Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). *op. cit.*, 247.

применили и на спорове проистекле из истополних заједница живота закључених у иностранству, домаћи суд би могао бити надлежан. И то је други могући приступ решавању овог проблема.

Будући да у домаћој судској пракси нема одлука, којима би се наведена проблематика расветлила, одлуку о томе која од ова два приступа одабрати базираћемо на домаћој и страниј (пре свега немачкој) правној доктрини и судској пракси. Најпре ћемо испитивати да ли домаћи суд може уопште да буде тзв. „суштински“ (не)надлежан⁵⁴⁸ за спорове истополних заједница живота, заснованих у иностранству.

5.2. Тзв. „суштинска“ (не)надлежност“ и ЗРСЗ

Током 1903⁵⁴⁹. године се пред немачким судом поставило питање да ли може бити „суштински“ надлежан да одлучује о питању „*раставе од стола и постеље*“⁵⁵⁰. С обзиром да је стара верзија чл. 17. ЕГБГВ уређивала само питање развода, одговор је био негативан⁵⁵¹, све до 1967. године, када је БГХ о овом правном питању (*растава од стола и постеље*) одлучио другачије⁵⁵².

Суд је у овом предмету тумачио колизиону норму чл. 17. ЕГБГВ која се односила на развод брака и том приликом дошао до следећег става: „пошто прописи немачког међународног приватног права не садрже одредбу о томе да ли се страно меродавно право, које предвиђа *раставу брака*, може применити и да ли немачки судови по том питању могу поступати, одговор ће зависити од тога шта за ова питања произилази из међународноприватноправне одредбе чл. 17. ЕГБГВ, која се односи на развод брака“⁵⁵³, дакле не из схватања домаће (супстанцијалне) норме. Он се водио мишљу да се прописи немачког МПП могу протумачити тако да немачки суд може донети одлуку о *растави од стола и постеље без престанка брака*, ако страно меродавно право овај институт познаје.⁵⁵⁴ Међутим, ВГН истиче да такав став не би могао постојати у немачком праву, ако је реч о толико непознатом институту страног права, који би довео до драстичне разлике у поступању немачког судије у односу на уобичајене судијске задатке, односно ако би изазвао напуштање опсега задатака немачког

⁵⁴⁸ Ми овакав термин „(не)надлежности“ преузели из дисертације Haunhorst, S. (1992). Die „wesenseigene (Un-) Zuständigkeit“ deutscher Gerichte, Osnabrück.

⁵⁴⁹ Пред судом се поставило питање да ли се може донети одлука у брачном спору између брачних другова страног држављанства, о раставу о стола и постеље, уколико би развод био оправдан према немачком праву и уколико би растава од стола и постеље према праву држављанства брачних другова била допуштена. Види Haunhorst, S. (1992). op. cit., 2.

⁵⁵⁰ Реч је о начину престанка брака где брачна веза остаје нетакнута, али се прекида животна заједница.; Даље, брачна веза остаје непрекинута, а растављени супружници не могу успоставити нову заједницу. Код такве раставе је реч о обичној растави, којом се привремено обуставља или коначно прекида заједнички живот, види Братковић, М. (2011). Развргнуће брака у римском, канонском и савременом хрватском обитељском праву, Зборник ПФЗ, 61, (1) 109-148, 132.

⁵⁵¹ А поред тога, ЗПО није садржао одредбу која уређује надлежан суд или нарочити поступак за тужбу за раставу, види Haunhorst, S. (1992). op. cit., 2.

⁵⁵² Haunhorst, S. (1992). 3-5.; ВГН, Urteil vom 22. März 1967 – IV ZR 148/65

⁵⁵³ ВГН, одлука од 22.03.1967 – IV ZR 148/65, тач. 19. Пресуда преузета из базе Juris (Das Rechtsportal).

⁵⁵⁴ Види Haunhorst, S. (1992). op. cit., 3-4.

судије.⁵⁵⁵ Чини се да је коначно одлуком BGH препознат правни појам „суштинске ненадлежности“, са овако помало нејасним критеријумом (не)примене.⁵⁵⁶

Концептом тзв. „суштинске (не)надлежности“ се, дакле, постављају границе међународне надлежности немачких судова. Те границе зависе од страног меродавног материјалног права које предвиђа такав институт, о којем се не би могло одлучити путем домаћих процесних норми⁵⁵⁷. Међутим, да би дошло до незаснивања међународне надлежности и до позивања на тзв. „суштинску (не)надлежност“ није довољно да поступање немачких судова уопште не буде предвиђено (или не буде на тај начин предвиђено) у домаћим процесним нормама или да меродавно страно право захтева само *модификовану* или *аналогну* (подвукао аутор – М.П.) примену домаћег процесног права. Дакле, мора бити реч о правној ситуацији у којој би одлучивање о непознатом правном институту у потпуности излазило из опсега задатака судова⁵⁵⁸. Зато се „суштинска (не)надлежност“ може објаснити као граница до које се домаћи судски органи могу „прилагодити“ непознатим правним институтима⁵⁵⁹.

Када би се концепт „суштинске (не)надлежности“ применио у домаћем правном систему, онда би домаћи судови могли образложити своју ненадлежност у споровима проистеклим из истополних заједница живота заснованих у иностранству, позивајући се на овај концепт. У домаћој правној доктрини овај концепт није анализиран, али је забележен следећи став: „захтев за раставу од стола и постеље као посебан тужбени захтев непознат је нашем праву, па га не могу уложити ни они странци чије га право познаје“⁵⁶⁰. Међутим, овде није било помена о „суштинској“ (не)надлежности, већ о појединачном односу према непознатом правном институту. Штавише, ни домаћи процесни прописи ни ЗРСЗ не садрже генералну клаузулу којом би се одбило расправљање одређеног правног питања, само зато што је реч о непознатом правном институту или се не уклапа у концепцију судске делатности у Србији.

Узимајући у обзир све наведене ставове стране доктрине и судске праксе, поставља се питање да ли је концепт „суштинске (не)надлежности“ потребан у нашем правном систему. Сматрамо да на постављено питање треба одречно одговорити, јер постоји више оправдања. Најпре, чини се да "суштинска (не)надлежност" представља реликт прошлости. У савременом међународном грађанском процесном праву, њени примери се не срећу⁵⁶¹ или су они права реткост⁵⁶². Разлог вероватно лежи у томе што би међународно приватно право, без прихватања овог концепта, могло наставити да

⁵⁵⁵ BGH, одлука од 22.03.1967. (Urteil vom 22. März 1967.) – IV ZR 148/65, тач. 34. Пресуда преузета из базе Juris (Das Rechtsportal).

⁵⁵⁶ Види Haunhorst, S. (1992). op. cit., 4-5.

⁵⁵⁷ Види Kropholler, J. (2006). op. cit., 602.

⁵⁵⁸ Види Von Hoffmann, B., Thorn K. (2007). op. cit., 67; У сличном смислу, тако „страна“ делатност неће постојати, ако је реч о делатности коју немачко право не предвиђа, јер није узело у обзир примену страног права, ако делатност не представља потпуно напуштање опсега задатака немачког судије и ако не вређа домаћи јавни поредак, види Dölle, H. (1962-1963), Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, *RebelsZ*, H. 2, 230-231.

⁵⁵⁹ Види Kropholler, J. (2006). op. cit., 603.

⁵⁶⁰ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 121.; Тако и Ајзнер, Б. (1953). Међународно приватно право I, Школска књига, Загреб, 314.

⁵⁶¹ У том смислу види Von Hoffmann, B., Thorn K. (2007). op. cit., 67.

⁵⁶² У том смислу Linke, H., Hau, W. (2015). op. cit., 42.

функционише на свој идеалан начин – да коначан исход правног спора не зависи од државе где се води поступак, тако да је судија позван да примени страно право као што би то учинио и страни судија.⁵⁶³ У вези са наведеном констатацијом, повезан је и основни задатак грађанског судског поступка – да заштити повређено или оспорено субјективно право⁵⁶⁴. Тако и чл. 1. ЗПП наводи да се њим уређују правила поступка за пружање судске правне заштите по којима се поступа и одлучује у парницама за решавање одређених спорова (породичних, радних и сл), али и спорова из других грађанскоправних односа⁵⁶⁵. Из тог разлога се процесно и материјално право константно прожимају. Њихова неодвојивост и међусобна усклађеност огледа се најпре у обавези суда да утврди да ли правна ствар по својој природи спада у надлежност суда у смислу поменутог чл. 1. ЗПП, што ће зависити од тога у коју материјалноправну област спада спорни однос. Поред тога, суд доноси одлуку да ли је тужиочев захтев основан или није, на основу тога што чињеничну грађу, утврђену у току поступка, подводи под одговарајућу норму материјалног права.⁵⁶⁶ Следствено томе, процесно право „штити“ материјално право. Узимајући у обзир и задатак МПП и задатак грађанског судског поступка, процесно право треба да штити и страно меродавно материјално право. Овакав закључак свакако произилази и из перманентне тежње МПП ка остваривању међународне хармоније одлучивања (као интерес правног поретка), која подразумева да се на јединствени начин одлучује о једном правном питању, без обзира у којој држави се спор води.⁵⁶⁷

Друго, иако норме о директној међународној надлежности из ЗРСЗ оперишу појмовима из домаћег (српског) права, то не значи да се оне морају свести на национални грађански судски поступак и да се не мора водити рачуна и о страним правним институтима. У оквиру међународног приватног права, за колизионе норме важе, између осталих, начела равноправности, универзалности и службене дужности. Одлучивши се за билатералну колизиону норму за одређени приватноправни однос са елементом иностраности, законодавац „пристаје“ на могућност примене страног права, које некада садржи непознате правне институте. Ако то не би било тако и ако домаћи судија не би преузео „ризик“ да оперира са страним, домаћем праву непознатим правним институтима, онда би се увек примењивало домаће материјално право, те би МПП било беспредметно. Са тим у вези, сматрамо да се домаћи суд треба на извештан начин „прилагодити“ страном непознатом правном институту, те евентуално *аналогно* применити постојеће одредбе о међународној надлежности (за брачне спорове, спорове о издржавању брачних другова, њихове имовинскоправне спорове) из ЗРСЗ.

⁵⁶³ У сличном смислу и Haunhorst, S. (1992). *op. cit.*, 12.

⁵⁶⁴ Познић, Б., Ракић – Водинелић, В. (2015). Грађанско процесно право, Службени гласник, Београд, 24-25.

⁵⁶⁵ 1. ЗПП гласи: „Овим законом уређују се правила поступка за пружање судске правне заштите по којима се поступа и одлучује у парницама за решавање спорова насталих поводом повреде права личности и спорова из породичних, радних, привредних, имовинскоправних и других грађанскоправних односа, осим спорова за које је посебним законом прописана друга врста поступка“.

⁵⁶⁶ Види Познић, Б., Ракић – Водинелић, В. (2015). *op. cit.*, 49 и даље. Види и остала најважнија „прожимања“ материјалног и процесног права.

⁵⁶⁷ О међународној хармонији одлучивања види Junker, A., (2017). *Internationales Privatrecht*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 68-69; Јакшић, А. (2017). *op. cit.*, 111-115.

Треће, оправдање за одбацивање генералне клаузуле „суштинске ненадлежности“ проналази се и у опасности од правне несигурности, која је битан саставни део принципа правне државе⁵⁶⁸. Са таквим ставом се можемо сложити, јер начело владавине права (правне државе) подразумева да право мора бити генерално у свом карактеру и да се примењује на једнаки начин на све грађане. Сходно овом начелу, право мора бити доступно грађанима и прецизно уобличено.⁵⁶⁹ Ако странке могу предвидети правне последице свог понашања, онда се тиме остварује и правна сигурност грађана унутар једног правног поретка⁵⁷⁰.

Четврто, сматрамо да се одлучивање о томе да ли треба применити страном праву које предвиђа дејства из истополних заједница живота, не може померити на ниво међународне надлежности.⁵⁷¹ Наиме, ако домаћи правни поредак треба „заштитити“ од одређивања меродавног права за непознате правне институте, онда је то једино могуће у фази поступка, позивањем на клаузулу јавног поретка, али не у фази одређивања међународне надлежности. Страни истополни брак се свакако не уклапа у концепцију домаћег брака у смислу Устава (чл. 62) и ПЗ (чл. 3), а регистровано партнерство је непознати правни институт у нашем правном поретку. И *de facto* истополна заједница се не уклапа у концепт ванбрачне заједнице у смислу ПЗ (чл. 4). Чл. 4. ЗРСЗ, који се односи на клаузулу јавног поретка, наводи да се не примењује *право* стране државе ако би његово дејство било супротно Уставом утврђеним основана друштвеног уређења. То заправо значи да се јавни поредак не испитује приликом заснивања међународне надлежности већ приликом одређивања и примене страног меродавног права.

На крају, концепт „суштинске (не)надлежности“ делује неспојив са правом странке на приступ суду (*access to justice*). Ово право је током времена конституисано као *људско* право и овај термин се чешће користи од права на правну заштиту пред судом или другим надлежним органом (трибунал)⁵⁷². Његово конституисање је последица тумачења одредбе чл. 6. ст. 1. ЕКЉП од стране ЕСЉП, а први пут се помиње у одлуци *Golder v. UK*⁵⁷³ и до данас овај суд свој став није променио.⁵⁷⁴ Чл. 6. ст. 1. ЕКЉП

⁵⁶⁸ Naunhorst, S. (1992). *op. cit.*, 10.

⁵⁶⁹ Види Лукић, Р., Кошуткић, Б. (2003), Увод у право, 12. издање, Службени гласник, Београд, 365-366.

⁵⁷⁰ Види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). Међународно приватно право – општи део, Крагујевац, 162-163.

⁵⁷¹ У сличном смислу наводи и Хаунхорст да није догматски доследно проширити одлуку о примени права и на ниво испитивања међународне надлежности, види Naunhorst, S. (1992). *op. cit.*, 111.

⁵⁷² Према чл. 6. ст. 1. ЕКЉП предвиђено је да, приликом одлучивања о грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби, свако има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, који је образован на основу закона. Пресуда се мора изрећи јавно, а средства информисања, као и јавност могу искључити с целог или дела суђења, у случају да то захтевају интереси морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака или у мери која је, по мишљењу суда, неопходно потребна у посебним околностима када би јавност могла нашкодити интересима правде.

⁵⁷³ Представка број 4451/70.

⁵⁷⁴ Право на приступ суду представља саставни део права из чл. 6. ст. 1 ЕКЉП, види Познић, Б., Ракић – Водинелић, В. (2015). *op. cit.*, 69-71; Кључни појмови чл. 6. ЕКЉП за грађанске судске поступке су: независан и непристрасан суд, установљен законом, право на правично и јавно суђење, грађанска права и обавезе, одлучивање о правима странака у разумном року.

„омогућава свакоме право на било какав захтев/тужбу пред судом или трибуналом у вези са његовим правима и обавезама“ (пар 36. пресуде).⁵⁷⁵

Узимајући све аргументе у обзир и чињеницу да домаће законодавство не садржи генералну клаузулу „суштинске (не)надлежности“, сматрамо да за овим концептом нема потребе у домаћем правном систему. Таквог става била је и немачка ауторка Сабине Хаунхорст (*Sabine Haunhorst*). Ауторка је испитивала неопходност правног института „суштинске ненадлежности“ у немачком правном систему, ослањајући се на две чињенице: 1) да процесно право служи међународном приватном праву, као саставном делу супстанцијалног права⁵⁷⁶ и 2) на два основна циља међународног приватног права - остварење међународне хармоније одлучивања и колизионоправне правичности⁵⁷⁷. Ауторка је заузела став да правни институт „суштинске (не)надлежности“ није неопходан у немачком правном систему, јер је процесно право постављено у служби материјалног права и непромењене примене страног меродавног права и оно не треба да ограничава примену страног права. Међутим, иако полази од такве премисе, она ипак закључује да је између процесног права и страног меродавног права потребна хармонизација, што би наведене циљеве процесног и међународног приватног права учинило остваривим.⁵⁷⁸

5.3. Аналогна примена или екстензивнија квалификација норми о међународној надлежности из ЗРСЗ

Како смо одбацили концепт „суштинске (не)надлежности“ у нашем правном систему, сматрамо да се наши судови не би могли *a priori* огласити међународно ненадлежним, да укину све спроведене радње у поступку и одбаце тужбу⁵⁷⁹. Поставља се даље питање на који начин наши судови могу засновати надлежност за непознате правне институте. Одговор лежи у томе што би се случајеви, који би начелно могли спадају у оквире „суштинске (не)надлежности“, могли превазићи различитим механизмима, да би се избегло ускраћивање правде странци (енгл: *denial of justice*). Један од механизма који се предлаже у страном доктрини је *аналогна* примена домаће процесне одредбе, која је предвиђена за слично судско поступање⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ The Court thus reaches the conclusion, without needing to resort to "supplementary means of interpretation" as envisaged at Article 32 of the Vienna Convention, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the "right to a court", of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only. To this are added the guarantees laid down by Article 6 para. 1 (art. 6-1) as regards both the organisation and composition of the court, and the conduct of the proceedings. In sum, the whole makes up the right to a fair hearing. The Court has no need to ascertain in the present case whether and to what extent Article 6 para. 1 (art. 6-1) further requires a decision on the very substance of the dispute (English "determination", French "décidera").

⁵⁷⁶ Haunhorst, S. (1992). op. cit., 12.

⁵⁷⁷ Ibid., 21. и даље.

⁵⁷⁸ Ibid., 177. Један пример хармонизације је надлежност немачког суда за престанак данског регистрованог партнерства, види о томе 4. део дисертације.

⁵⁷⁹ У том смислу за последице међународне ненадлежности види Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). op. cit., 182.; Даље, види чл. 16. ст. 3.ЗПП.

⁵⁸⁰ У том смислу Kropholler, J. (2006). op. cit., 604.

Имајући у виду наведено, домаћи поступајући орган би се могао "прилагодити" страним истополним заједницама живота. У том циљу он мора протумачити домаће норме о међународној надлежности. За потребе тумачења норми о директној међународној надлежности мора се прибећи квалификацији у МПП-у, ради одређивања поља примене домаће процесне норме⁵⁸¹, односно круга деловања домаћег правосуђа. Квалификацијом појмова у нормама о међународној надлежности домаћа теорија се није посебно бавила. Ипак, наилазимо на став којим се сугерише да је при квалификацији ових норми реч „о тзв. *првој* квалификацији чија је сврха да се квалификовањем установа и правних категорија у нормама о међународној надлежности, а у вези са правном природом конкретног правног односа, одабере одговарајућа норма о надлежности, те да се потом, квалификовањем самих критеријума за надлежност (тачака везивања, одлучујућих чињеница, јурисдикционих стандарда) које она садржи, иста правилно примени“⁵⁸². Пошто је реч о домаћим процесним нормама, које спадају у домаћи *lex fori*, за ову квалификацију меродавно је домаће законодавство и домаћа правна схватања, односно прва квалификација норми о одређивању директне међународне надлежности врши се према праву Србије⁵⁸³. Међутим, у претходним излагањима (о квалификацији) истакнуто је да *lex fori* квалификацијом појмове треба схватати еластично, како би се обухватиле правне установе страног права који нису потпуно идентични онима које познаје домаће право. Према томе, судије треба да буду спремне да екстензивније и еластичније тумаче појмове, садржане у одредбама о (директној) међународној надлежности из ЗРСЗ, у циљу „прилагођавања“ непознатим правним институтима.

Најпре, чини се да се за све спорове, проистекле из истополних заједница живота надлежност може засновати у складу са чл. 46. ЗРСЗ (општа надлежност). Поред тога, појмови из одредби о посебној надлежности („брачни спорови“, „брачни другови“ у чл. 61-62. ЗРСЗ, чл. 59. ЗРСЗ и чл. 67. ст. 3. ЗРСЗ) могу се екстензивније тумачити те обухватити брачне спорове истополних партнера, спорове о имовинским односима истополних супружника/регистрованих партнера и спорове о издржавању између истополних супружника и регистрованих партнера. И одредбе о „спорovima о законском издржавању који се не односе на издржавање деце“ – чл. 67. ст. 2. ЗРСЗ, као и одредбе о спорovima о издржавању по било ком основу (по основу форума имовине - чл. 68. ЗРСЗ) могу се екстензивније тумачити и применити на издржавање између истополних брачних другова и регистрованих партнера.

Тако је и у немачкој литератури, у периоду када немачко право није уређивало регистровано партнерство, истакнуто да инострано регистровано партнерство не спада у круг питања „суштинске (не)надлежности“⁵⁸⁴ и да се одредбе о међународној

⁵⁸¹ Како то наводи Базедов, проблеми квалификације произилазе код разграничавања процесног статута од материјалног брака, види Basedow, J. (1992). Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im internationalen Zivilverfahrensrecht, у: Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 144-145.

⁵⁸² Муминовић, Е. (1988). О значају квалификације код утврђивања и преиспитивања међународне надлежности, Годишњак ПФС XXXVI/88, 216.

⁵⁸³ У том смислу Јакшић, А. (2016). Међународно грађанско процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 41; Муминовић, Е. (1988). *op. cit.*, 216.

⁵⁸⁴ Види Jakob, D. (2002). *op. cit.*, 308.

надлежности из §606а немачког ZPO⁵⁸⁵, које се односе на „брачне ствари“⁵⁸⁶, могу *аналогно* применити на партнерства. Испитујући да ли се формулација „брачне ствари“ може шире тумачити, те укључити и регистровано партнерство (које није било ни у најави када су одредбе немачког ZPO донете) немачки аутор Јакоб (*Jakob*) долази до, како он то каже, „релативне сигурности“ потврдног одговора. Његов закључак почива на чињеници да се код заснивања и престанка партнерства ради заправо о статусном питању, те је примена породичноправних основа надлежности за ова (статусна) питања неопходна и разумна, посебно имајући у виду да брак и регистровано партнерство уређују породичне везе или везе сличне породичним између два партнера, тако да су упоредиви⁵⁸⁷. Према томе, партнерски спорови су упоредиви брачним у контексту међународног приватног и процесног права⁵⁸⁸. Неколико година касније, немачки суд у Минстеру (*Münster*) је одлучивао о престанку холандског истополног брака⁵⁸⁹ (закљученог у Холандији између холандског и италијанског држављанина). Према овом суду, надлежност је произилазила из §606а (међународна надлежност за брачне спорове) или §661. (односи се на партнерске спорове⁵⁹⁰) у вези са §606а немачког ZPO. Према томе, иако холандски брак није одговарао немачком појму брака, то није утицало на заснивање међународне надлежности, јер је то било могуће ако би се примениле одредбе о регистрованом партнерству⁵⁹¹.

На крају, када је реч о *de facto* истополним заједницама насталим у иностранству, поставља се питање која норма о директној међународној надлежности из ЗРСЗ се може на њу применити. Поред могућности заснивања општег форума из чл. 46. ст. 1. ЗРСЗ за све врсте спорова, претпостављамо да ће већина спорова између истополних ванбрачних партнера произилазити из обавезе међусобног издржавања. Основ надлежности за ово питање могао би се наћи у чл. 67. ст. 2. ЗРСЗ (спорови о законском издржавању који не спадају у спорове о законском издржавању деце). Према ставу домаће литературе, посебни форум из чл. 67. ст. 2. ЗРСЗ односи се, између осталих, на спорове поводом обавезе издржавања између *ванбрачних партнера*.⁵⁹² И у овом случају се наведена „скривена“ могућност може екстензивније тумачити, те проширити и на истополне *de facto* партнере. За спорове утврђивања удела у имовини стеченој током трајања ове заједнице, имало би смисла применити одредбу чл. 59. ЗРСЗ („имовински односи брачних другова у погледу имовине у Србији“), иако се *de facto* истополне заједнице не помињу експлицитно у овој одредби. Оправдање за ово

⁵⁸⁵ Стара верзија овог члана се односила на међународну надлежност за брачне спорове, види <https://www.buzer.de/gesetz/7030/al20832-0.htm>, приступљено 10.02.2021.

⁵⁸⁶ Чл. 606а ст. 1. у вези са чл. 606. ст. 1. ZPO, види *Jakob, D.* (2002). *op. cit.*, 307.

⁵⁸⁷ Види *Jakob, D.* (2002). *op. cit.*, 307-308.

⁵⁸⁸ Види *Ibid.*, 309; Поред тога, Хаунхорст је у свом примеру престанка данског регистрованог партнерства навела да се може довести у питање међународна надлежност за брачне спорове из §606а ZPO, види *Haunhorst, S.* (1992). *op. cit.*, 130. фн. 75;

⁵⁸⁹ У Немачкој је постојало доминантно схватање да истополни брак не може бити схваћен као брак у смислу норми о надлежности, већ се третирају као регистрована партнерства, о томе види *Martiny D.* (2012). *op. cit.*, 237.

⁵⁹⁰ Верзија ZPO пре 01.09.2009, доступно на <https://www.buzer.de/gesetz/7030/al20912-0.htm>, приступљено, 17.02.2021.

⁵⁹¹ IPRspr. 2010 Nr 92, 197-198.

⁵⁹² Види више о томе *Станивуковић, М., Ђундић, П.* (2015). *op. cit.*, 245.

аналогно решење лежи у томе што је чл. 191. ст. 2. ПЗ на имовинске односе ванбрачних партнера предвиђена сходна примена одредаба овог закона о имовинским односима супружника. Такав став налазимо и у судској пракси.⁵⁹³ Следствено томе, исто размишљање се може „подићи“ и на ниво међународне надлежности.

5.4. ЕКС-КУРС: Однос међународне надлежности и претходног признавања статуса

Страни истополни брак или регистровано партнерство не могу се признати у нашем правном систему, тј. не могу се уписати у домаће матичне књиге. Поставља се онда питање какав је однос између заснивања међународне надлежности и признања иностраног статуса, о којем се може одлучивати пред нашим органима (у смислу њиховог развода или престанка) или који представљају основ за извођење извесних дејстава из таквог статуса пред домаћим органима (нпр. наследноправна дејства). По нашем мишљењу, чињеница да су истополни брак и регистровано партнерство нашем праву непознати правни институти, те да се њихов статус *не може признати*, не мора свакако значити да се надлежност не може засновати. Тако и професори Станивуковић и Ђундић истичу да је код брачних спорова след међународноправних питања следећи: питање међународне надлежности српског правосуђа, затим испитивање претходног питања признања брака склопљеног у иностранству, те утврђивање колизионе норме из ЗРСЗ за брачни спор⁵⁹⁴.

Према томе, одређивање директне међународне надлежности за спорове проистекле из истополних заједница живота, по нашем мишљењу, не би требало подразумевати ни признавање страног статуса, нити одлучивање о његовој пуноважности као претходном питању на нивоу међународне надлежности. Наведени „подухват“ признања страног статуса може трајати јако дуго, а странци (пре свега тужиоцу) је у интересу извесност судског поступка и издејствовање правне заштите пред трибуналом. Тако и Бијађони (*Biagioni*) сматра да када истополни партнери захтевају извесне бенефите, предвиђене домаћим правом, међународна надлежност судова није упитна, иако наводи да би то могло бити мање извесно када је реч о надлежности за престанак истополног брака или регистрованог партнерства. У том смислу он сугерише да би једно од решења (бар када је реч о престанку истополног брака) било примена одредби о међународној надлежности за хетеросексуалне бракове, ако државе немају специјалне одредбе које се односе на истополне заједнице. Таква пракса је примећена пред САД судовима у међудржавним поступцима развода, као и пред канадским судовима.⁵⁹⁵

⁵⁹³ У домаћој судској пракси је забележено следеће: Код ванбрачних партнера који су током трајања ванбрачне заједнице стекли имовину, покретну и непокретну, полази се од претпоставке да су њихови удели једнаки, као и удели супружника, брачних партнера, сходно чл. 180 ст. 2 ПЗ. (пресуда Основног суда у Крагујевцу, број П-1382/10 од 06.02.2013. године, необјављено).

⁵⁹⁴ Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015), *op. cit.*, 208-210.

⁵⁹⁵ Види Biagioni, G. (2014). On recognition of foreign same-sex marriages and partnerships, у: *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions* (Eds. Daniele Gallo, Luca Paladini, Pietro Pustorino), Springer, 368-369.

До сада изнетим ставовима и аргументима супротставља се правни став Врховног суда Србије из 1982. године. „Према правилима међународног права, брак склопљен у иностранству пред надлежним иностраним органом између југословенских држављана, или између југословенског држављанина и странца, све до његовог признања од стране надлежног југословенског органа, представља за Југославију само фактички, а не правни однос, па југословенски суд не може да одлучује о поништењу или разводу тог брака“⁵⁹⁶. Овај суд је, полазећи од тада важећег Закона о матичним књигама, сматрао да је, за признање брака склопљеног у иностранству надлежан домаћи орган који води МКВ (матичар или дипломатско и конзуларно представништво наше земље у иностранству).⁵⁹⁷ Из овог става ВСС у правној теорији се извлаче следећи закључци: „

-по ставу српског судства пре признања брак закључен у иностранству је фактички однос....

-о постојању брака суд неће одлучивати прејудицијелно и...

-суд ће наставити поступак тек по окончању поступка регистрације, односно признања, стране одлуке пред југословенским судом.⁵⁹⁸„

Проблем постоји јер се стране истополне заједнице живота не могу признати код нас, односно не постоји могућност да се упишу у домаће матичне књиге⁵⁹⁹.

У домаћој судској пракси наилазимо на решење парничног суда, којим се одбацује предлог за споразумни развод брака, закљученог у Данској, уз образложење да овај брак није заведен у Матичну књигу венчаних у Србији. Конкретан суд је овај став темељио на тумачењу чл. 303. ст. 1. ПЗ којим је прописано да се брак након закључења уписује у матичну књигу венчаних⁶⁰⁰, али се није позвао на поменути став ВСС. Да ли је став ВСС био „инспирација“ образложењу овог суда, можемо само претпоставити. У сваком случају, домаћи судија ће највероватније (готово сигурно) одбацити тужбу за развод или поништај истополног брака закљученог између наших држављана или нашег држављана и странца у иностранству, јер такав брак не може бити уписан у домаће матичне књиге.

Конкретан став ВСС се, ипак, може критиковати. Најпре, ВСС не одговара на питање шта се дешава са страним држављанима – да ли се о њиховом разводу или поништају уопште може одлучивати, јер се упис брака између два странца овде не помиње. Да ли то значи да се не може засновати надлежност за ове спорове код странаца, ако упис није извршен. Или може, ако већ странци нису поменути у одлуци. Ако се надлежност може засновати за стране држављане, иако њихов брак није уписан у домаће матичне књиге, дошло би до дискриминације између странаца и домаћих држављана. Друго, проблематично је у овом ставу и то што матичар признаје одлуку страних органа, а при признању испитује *ex offio* да ли су испуњени материјални услови за закључење брака према југословенским законима као и постојање изигравања закона

⁵⁹⁶ Решење Гж број 29/82 од 18.02.1982. године, Врховни суд Србије, цитирано према Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). *op. cit.*, 209.

⁵⁹⁷ Види више о томе *Ibid.*, 209.

⁵⁹⁸ Види Кнежевић, Г., Павић В. (2005). Хомосексуални бракови у међународном приватном праву Србије, *Collection of papers European Judicial Area, August 2005*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1018209, приступљени 01.05.2015., 9.

⁵⁹⁹ Види део 3. дисертације.

⁶⁰⁰ Решење Основног суда у Крагујевцу број 14П2 – 874/18, од 09.10.2018. године, необјављено

према југословенским прописима⁶⁰¹. Треће, под претпоставком прихватања става да у нашем правном систему нема потребе за концептом „суштинске (не)надлежности“, питање је да ли чињеница да страни статус, који је настао у иностранству и који није уписан у домаће матичне књиге, може „преклюдирати“ одредбе о међународној надлежности. Нама се чини да не може. Четврто, да ли чињеница да страни хомосексуални брак постоји за домаћи правни живот једино након његовог (хипотетичког) уписа, односно да у домаћој држави неће ни „постојати“ због немогућности уписа у домаће матичне књиге, отвара могућност да један од супружника закључи код нас још један (хетеросексуалан) брак. Ако је одговор позитиван – долази до полигамије на интернационалном праву.⁶⁰² Ако се узме у обзир начело моногамије и негативан одговор на постављено питање, посредно би се признало правно дејство истополног брака закљученог у иностранству⁶⁰³. Нама се, ипак, чини да одговор мора бити негативан⁶⁰⁴.

Поред наведених критика овог става, треба рећи и да он неће бити ни у складу са поменутих међународноприватноправних (колизионоправних) интересима, који су важни и у поступку примене и тумачења домаћих колизионих норми. Код статусних питања су од посебне важности интереси странака, јер им се морају испунити оправдана очекивања. Друго, интерес сигурности у правном промету подразумева, посебно у области статусних односа, да одређено правило понашања буде јасно и предвидиво. Коначно, ту је и интерес правног поретка, код којег се посебно води рачуна о међународној хармонији одлучивања, а коју опет угрожавају храмајући правни односи. Да ли су ови интереси заштићени и да ли су оправдана очекивања странака испуњена, ако један статусни однос постоји у једној држави, а није „препознат“ код нас и да ли је онда странкама такво понашање предвидиво. Нама се чини да није, те наведени став не би могао бити „у духу“ издвојених међународноприватноправних интереса.

Коначно, ВСС помиње само спорове о разводу и поништају брака који је закључен у иностранству између наших држављана и нашег држављанина и странца, али не помиње остале спорове који могу проистећи из брака закљученог у иностранству. Да ли то значи да признање страног брака (између наших држављана или између нашег држављанина и странца) није услов за друге врсте спорова (нпр. о издржавању)? Ако би одговор био потврдан, онда би наши судови, бар теоријски, могли засновати међународну надлежност за брачно-имовинске спорове или спорове о издржавању, који проистичу из истополних заједница живота заснованих у иностранству.

Из свега наведеног можемо закључити да се за питања престанка и дејстава, проистеклих из истополних заједница живота закључених у иностранству, надлежност наших органа може засновати и по основу општег и по основу посебног форума. Међутим, мало нам делује вероватно да ће домаћи судија тако нешто дозволити за развод или поништај страног истополног брака или регистрованог партнерства.

⁶⁰¹ Види Кнежевић, Г., Павић В. (2005). *op. cit.*, 9.

⁶⁰² Види *Ibid.*, 10.

⁶⁰³ Види *Ibid.*, 10.

⁶⁰⁴ Види о „уважавању“ статуса, део 3. дисертације.

ДЕО III – Признавање статуса иностраних истополних заједница живота у Србији (и проблем супституције)

У овом поглављу се анализира питање признања статуса иностране истополне заједнице живота у домаћем правном систему. Зато ово поглавље започиње са различитим значењима појма признања и судском праксом страних националних и наднационалних судова по питању признања истополних заједница живота. Посебна пажња се посвећује чињеници да се у оквиру ЕУ изграђује тзв. принцип признања као алтернатива традиционалној колизионоправној техници. Поред тога, у овом делу дисертације се испитује да ли у домаћем правном систему може да се „уважи“ статус, који је настао закључењем истополне заједнице живота у иностранству. Најбољи начин којим се уважавање може остварити је методолошко средство супституције. Из тог разлога је други део овог поглавља посвећен овом методолошком средству и питању да ли је оно начелно могуће код иностраног истополног брака, регистрованог партнерства, односно *de facto* истополне заједнице.

1. Принцип слободе кретања лица у ЕУ као основ признавања статуса

1.1. О признању статуса

Појам признања у контексту истополних заједница живота има различита значења. Прво значење не би излазило из националних оквира и подразумевало би озакоњење једног од облика истополних заједница живота. Друго значење подразумевало би контекст међународног приватног права, тј. да један правни однос, заснован према праву државе порекла (у енглеској терминологији се најчешће среће '*State of origin*'), производи правна дејства у држави пријема (најчешћи термин '*host State*').⁶⁰⁵ Обично ће партнери, који су закључили истополан брак или регистровано партнерство у иностранству, у домаћој држави (односно држави признања) затражити „упис“ у одговарајуће регистре, за које потребе ће матичар примењивати међународноприватноправне одредбе државе где се такав упис тражи.⁶⁰⁶ Неретко се дешава да се партнерима одбије регистрација истополног брака или регистрованог партнерства (закљученог у иностранству) у држави пријема, ако та држава не познаје ове институте. Проблем признања стране истополне заједнице неће бити толико велики у државама које већ познају неки од облика регистрације оваквих заједница. Због диверзитета облика истополних заједница живота у упоредном праву, приликом признања једног облика, стеченог у једној држави, може доћи до ситуација да се он у

⁶⁰⁵ Види Biagioni, G. (2014). op. cit., 359-360.

⁶⁰⁶ Види Ibid., 366.

другој држави признаје у другачијем облику. У страниој теорији је истакнуто да између држава, које предвиђају различите концепте, може доћи до тзв. *downgrading*⁶⁰⁷ или тзв. *upgrading*⁶⁰⁸. Први појам подразумева да се, примера ради, истополни брак у страниој држави признаје као регистровано партнерство, док други појам подразумева обрнуту ситуацију.

Треће значење појма признања је новијег датума, када се у оквиру теорије међународног приватног права појављује схватање о тзв. колизионоправном признању. Код оваквог признања се, како то Дагмар Коестер Валтјен (*Dagmar Coester-Waltjen*) наводи, ради о (колизионоправном) методу којим се правни положај, који је у иностранству створен на основу приватног или службеног акта, посматра пуноважним независно од сопственог колизионог права државе признања и независно од питања примењеног права у држави порекла. Ради се, дакле, о прихватању створеног правног положаја – нарочито у другој држави чланици ЕУ, при чему се не поставља питање које право је примењено или би било примењено⁶⁰⁹. Практично, овај принцип подразумева следеће: „да би се правни односи и стања створени у држави А применом њеног права признавали у другим државама, потребно је да је право државе А према сопственим критеријумима било меродавно да дати однос или стање створи и да су дати однос или стање применом права државе А пуноважно створени, без обзира на то да ли би право државе А према колизионим нормама права државе форума било меродавно за дати правни однос или не“⁶¹⁰.

Наведеним принципом признања се заправо ствара алтернатива колизионоправној техници упућивања, која се јасно одваја од признања на основу процесноправних одредби⁶¹¹, односно од признања страних судских одлука у области статусних питања.

⁶⁰⁷ Реч је о правној ситуацији у којој се један ваљано закључен истополни брак сматра „деградираним“ у другој држави (у којој истополни брак није признат). Такав је случај са нпр. Швајцарском. Детаљније о томе Wautelet, P. (2012). *Private International law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe – Divided we stand?*, у: *Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives* (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia, 165.; У периоду када је Финска имала само регистровано партнерство, аутор Микола (Mikkola) сматрао је да се страни истополни брак може у Финској признати само као регистровано партнерство. И не само то, него се и страном регистрованом партнерству, које има „слабија“ дејства у земљи свог порекла, не могу путем признавања дати иста правна дејства, које имају фински институти, о томе види De Groot, GR. (2007). *Private international law aspects relating to homosexual couples, Netherlands comparative law association, Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3. (December), доступно на <http://www.ejcl.org/113/article113-12.pdf>, приступљено 08.04.2021., 25-26.

⁶⁰⁸ О томе види Boele-Woelki, K. (2008). *The legal recognition of same-sex relationships within the EU*, *Tulane Law Review* (Vol. 82:1949), Number 5, May, 2008, 1967. и даље. Аутор наводи да је „страни институт признат као национални институт правосуђа где се признавање тражи“. Следствено томе, немачки *eingetragene Lebenspartnerschaft* би био унапређен у Белгији, као брак.

⁶⁰⁹ Види Coester-Waltjen, D. (2006). *Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht*, IPRax, 2006, Heft 4, 393.

⁶¹⁰ Јовановић, М. (2016). *Иностране регистроване истополне заједнице живота пред колизионим правилима српског међународног приватног права: црно-бели одраз слике дугиних боја?*, у: *Liber amicorum: Гашо Кнежевић* (Ур. Т. Варади, Д. Митровић, Д. Хибер, В. Павић, М. Ђорђевић, М. Јовановић), Београд, 182.

⁶¹¹ Види о томе Funken, K. (2009). *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2-3. Процесноправни механизам признања је код релевантних питања личних стања успостављен, те ауторка наводи пример Брисел IIа Уредбе.

Спорно је, дакле, да ли се из основних слобода из УФЕУ може извести општи „принцип признања“.⁶¹²

Овим питањем се посебно бавио Роберто Барата (*Roberto Baratta*). Он је испитивао да ли одређена примарна правила *EC Treaty* (Уговора о европској заједници), који садрже основна људска права, могу послужити као теоријска „врата“ за стварање принципа међународног приватног права о узајамном признању правних веза у области породичног права у случајевима унутар Европске заједнице⁶¹³. Уважавајући чињеницу да се чини све више неизбежним да грађани ЕУ, селећи се из једне у другу државу чланицу, очекују од „нове“ државе чланице признавање њиховог личног статуса и породичних односа, Барата сматра да, без обзира на домаћа решења сукоба закона поводом постојања или пуноважности добијеног личног статуса или породичног односа, циљ треба бити осигурање континуитета личних правних односа, насталих у једној држави чланици, широм читаве територије ЕЗ⁶¹⁴.

Он сматра да се изградња овог принципа не базира на перспективи сукоба закона, већ да несметана слобода кретања лица имплицира да њихови лични и породични односи требају бити узети у обзир у складу са механизмом узајамног признања, са МПП тачке гледишта⁶¹⁵. Управо из разлога постојања „храмајућих“ правних односа, може доћи до потешкоћа у остваривању слободе кретања лица. Он сматра да неколико одредби *EC Treaty* могу послужити као теоријски ослонац за конструисање принципа узајамног признавања личног и породичног статуса. Прва су правила о грађанству ЕЗ, други је забрана дискриминације по основу држављанства и трећи је принцип лојалне сарадње између држава чланица⁶¹⁶.

Правило о грађанству ЕУ, садржано у чл. 17. ст. 1. *EC Treaty* (Уговора о европској заједници) као фундаментални статус грађанства држава чланица, допуњено је чл. 18. ст. 1, у складу са којим особа има „право на слободно кретање и боравак у оквиру територије држава чланица“.⁶¹⁷ Телеолошко тумачење ових одредби, које су уско повезане, имплицира да лични и породични односи јесу неопходна компонента несметаног кретања људи, односно да њихово узајамно признавање између држава чланица изгледа као неизбежна последица кретања лица⁶¹⁸. Други приступ (забрана дискриминације на основу држављанства) подразумева да свака ситуација, која потпада под право Заједнице, треба да има исти третман, независно од тога чије држављанство има особа⁶¹⁹, а трећи (принцип лојалне сарадње између држава

⁶¹² Види von Hein (2020). Art. 3. EGBGB, у: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, Rn. 92-93.

⁶¹³ Вид више о томе Baratta, R. (2007). Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in EC, 27 Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax), Heft 1, 2007, 4-5.

⁶¹⁴ Види Baratta, R. (2007). op. cit., 4.

⁶¹⁵ Види Baratta, R. (2007). op. cit., 5.

⁶¹⁶ Види Baratta, R. (2007). op. cit., 6-9.

⁶¹⁷ Види више о томе Baratta, R. (2007). op. cit., 7. Ова одредба има директно дејство захваљујући СЕУ, према пресуди у предмету Vaumbast, Ibid, 7, фн. 24.

⁶¹⁸ Види више о томе Baratta, R. (2007). op. cit., 7. И не само то, већ је и ЕСЉП нашао да постоји кршење чл. 8. ст. 1 ЕКЉП, ако држава спречава чланове породице у одржавању редовних контаката између себе, захтевајући од њих да живе у различитим државама (пресуда *Berrehab v. The Netherlands*, број представке 10730/24).

⁶¹⁹ Види више о томе Baratta, R. (2007). op. cit., 8.

чланица), произилази из чл. 10. *EC (Treaty)*. Суд ЕУ је проширио опсег потоњег принципа, заузимајући став да он имплицира обавезу на страни држава чланица да сарађују између себе.⁶²⁰

Барата сматра да се на основу ових одредби *EC (Treaty)* може извући закључак да они могу послужити као теоријски пут за стварање принципа међународног приватног права узајамног признања породичних ситуација у оквиру заједнице. Ако би се овако нешто сматрало теоријски могућим, овај принцип би требао бити конструисан као инхерентан *EC (Treaty)*. То би могло наметнути обавезу државама чланицама да узајамно признају, у својим домаћим правним прописима, личне статусе и породичне ситуације, пуноважно засноване у држави чланици порекла, тј. држави националности, барем сваки пут када је такав резултат у складу са „уставним“ вредностима ЕЗ⁶²¹. Ако би овакав принцип био створен, постоји неколико последица. Прво, домаће одредбе о сукобу закона и материјалне норме не би требало бити примењене, ако би водиле до резултата непризнавања. Друго, државе чланице би биле под обавезом да признају правне односе, стечене директно *ex lege* или на основу чина јавних власти. И треће, по нашем мишљењу најважније, држава чланица која признаје статус или другу правну везу, стечену било где, требало би таквом односу гарантовати правно дејство што сличније дејству исте ситуације у држави порекла⁶²².

Он, пак, ово назива „транспозицијом“ породичних и личних односа и истиче да се она може прихватити без обзира на супстанцијалне породичноправне прописе унутар ЕУ. У том смислу он наводи да се мора спровести *прилагођавање* (нем: *Angeleichung*, енгл: *adjustment*) правне ситуације за коју у домаћем правном систему или држави пријема не постоји одговарајући правни институт. Поступак који он објашњава подразумева потребу тумачења оба правна поретка, односно право државе чланице где је статус стечен и право државе форума (нпр. приватно или јавно право чија примена претпоставља постојање породичног односа). Ако се узме у обзир принцип координације, може се заступати став да се категорије и институти приватног права, предвиђени у оба правна поретка, требају схватати шире да би се, што је могуће више, изједначили правни односи који могу бити различити у одређеним аспектима. Прецизније, ако би се правни концепти домаћег правног система одређивали стриктно у складу са националним концептима, принцип узајамног признања се не би могао предвидети.⁶²³

Ако се задржимо на његовом ставу према којем тумачење оба правна поретка мора бити шире (без обзира да ли он то назива транспозицијом или прилагођавањем), сматрамо да је тако нешто целисходно и пожељно. У том смислу, чини се да би најбољи начин којим би се принцип признања, барем у почетном облику, могао изградити био методолошко средство супституције. Путем супституције правни однос остаје у истом облику као што је и био, само такав правни однос испуњава диспозицију

⁶²⁰ Види више о томе *Ibid.*, 8; Даље, 10. Омогућава да су државе чланице обавезне „да предузме све потребне мере да осигурају остварење обавеза које произилазе из овог Уговора...(и да) олакшају постизање задатака Заједнице“, види *Ibid.*, 8.

⁶²¹ Види *Ibid.*, 9.

⁶²² Више о томе *Ibid.*, 9

⁶²³ Види *Ibid.*, 9.

домаће материјалноправне норме. Ако је тест функционалне еквивалентности успешан онда ће правна последица бити онаква како је прописује домаћа материјалноправна норма (примера ради – постоји право на наслеђивање, истополни брачни друг се сматра брачним другом у смислу чл. 9. ЗОН). Тиме се страни правни однос не мења, већ остаје у свом изворном облику. То би био добар метод којим би се статус, настао према страном праву, уважио у домаћем правном систему и чиме би се избегли шепајући правни односи.

На крају, Барата сматра да „правни оквир узајамног признавања личних и породичних ситуација захтева пажљиво поступање“⁶²⁴ и да би принцип признања поједноставио решавање МПП проблема у вези са статусним питањима (брак, регистровано партнерство), али не изгледа подобан да замени традиционална колизиона правила⁶²⁵.

1.2. Пракса националних и наднационалних судова по питању признања истополних заједница живота

Навели смо да је могуће да истополни партнери затраже упис своје заједнице пред органима државе домаћина, али у држави која не познаје истополне заједнице живота такав упис често бива одбијен. О томе сведочи италијанска судска пракса у два позната предмета. Први је доспео до Касационог суда (одлука број 4184/12). Други је доспео до ЕСЈП (*Orlandi v. Italy*) у којем су подносиоци представки, између осталих, биле странке из претходно поменутог поступка пред Касационим судом Италије.

У првом случају су се два италијанска држављанина истог пола 2002. године венчали у Холандији и 2004. године затражили упис свог брака пред Матичном службом округа Латина у Италији. Захтев им је одбијен, јер упис није могућ због супротности са домаћим јавним поретком, имајући у виду да је битна претпоставка ваљаности брака у италијанском праву – различитост полова. Виши суд је потврдио ову одлуку и утврдио да брак између особа истог пола „не постоји“. Предмет је на крају доспео до Касационог суда који је одбио уложену ревизију, али истакао да се правно образложење о не-егзистирању брака мора кориговати.⁶²⁶ У свом образложењу овај суд је најпре пошао од правила италијанског међународног приватног права, према којима брак италијанских држављана закључен у иностранству производи дејство у Италији, ако су испуњени формални услови места закључења брака и материјални услови италијанског права као права њиховог држављанства, али је различитост полова према италијанском праву битна претпоставка за егзистенцију брака. Међутим, Касациони суд је био става да недостатак претпоставке различитости полова не доводи до неваљаности брака него има за последицу непостојећи брак

⁶²⁴ Baratta, R. (2007). op. cit., 11.

⁶²⁵ Ibid., 11.

⁶²⁶ О пресуди види Дураковић, А. (2014). Колизионоправна проблематика истосполних заједница живота, у: Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, бр. 12, Правни факултет у Мостару, Мостар, 152.

(„недостатак егзистенције брака“) ⁶²⁷. Овај суд је најпре анализирао одредбе италијанског Устава и одлуку уставног суда Италије из 2010. године ⁶²⁸ и био става да из норми Устава произилази да хомосексуалном пару припада „основно право да слободно конзумира живот као пар“, што за последицу има право истополних партнера да захтевају „једнак третман“ који имају брачни партнери, посебно ако је потребна „заштита у конкретним ситуацијама“ и „у односу на посебне случајеве“. Овај суд се затим осврнуо на одредбе ЕКЉП и закључио да из њих не произилази обавеза уписа страног истополног брака у матичне књиге, а из судске праксе ЕСЉП не произилази право на закључење брака хомосексуалним партнерима. Међутим, узевши у обзир новије тумачење чл. 12. ЕКЉП, од стране ЕСЉП, према којем различитост полова више није правно релевантна, Касациони суд сматра да чињенично обележје или особина не може бити безусловна претпоставка за постојање (егзистенцију) грађанског брака, чиме се традиционално схватање брака чини застарелим ⁶²⁹. Ако бисмо сумирали наведену одлуку, ревизија је одбијена што значи да је одбијена и регистрација страног истополног брака, али је аргументација омекшана чиме је најављен толерантан однос према истополним заједницама.

Други предмет је *Orlandi v. Italy*, о коме смо већ говорили у првом делу дисертације, па ћемо на овом месту само сумарно поновити правно и чињенично стање. Локални италијански надлежни органи одбили су да изврше упис истополних бракова, пуноважно закључених у иностранству, чиме њихова веза није била призната у Италији у било којој форми. ЕСЉП је био става да је одбијање регистрације иностраног истополног брака оставило подносиоце предствки у „правном вакууму“ и изложило их препрекама у свакодневном животу, јер њихова заједница није добила никакву правну заштиту. Следствено томе, констатовао је да је дошло до повреде „права на приватан и породичан живот“ из чл. 8. ЕКЉП (пар. 209-210. пресуде).

Генерално, национални судови различитих држава су имали различите приступе у ситуацијама када су истополни парови тражили признање брака или регистрованог партнерства било у циљу уживања одређених права која им из таквог статуса припадају, било у циљу престанка брака или партнерства ⁶³⁰. Тако, брачни статус има посебно значајно место у миграцијском праву, у области спајања породице. Супружник или партнер, који иначе не би имао право боравишта у држави пријема, може то право остварити по основу брачног статуса. Тако је одлуком првостепеног италијанског суда досуђено право на спајање породице супружнику италијанског држављанина из истополног брака (који није био држављанин ЕУ) тиме признајући пуноважност истополног брака закљученог према шпанском праву ⁶³¹.

Насупрот томе, немачки VG Karlsruhe (*Verwaltungsgericht* – Управни суд) је током 2004. године одлучивао о томе да ли су истополни брачни другови према холандском

⁶²⁷ Ibid., 152.

⁶²⁸ Одлука италијанског Уставног суда број 138 од 15.04.2010. године, у којој је наведено да чл. 2. Устава зајамчене „социјалне форме“ морају обухватити „све облике заједница које омогућавају слободан развој особа у оквиру животног партнерства“ па тиме и хомосексуалне заједнице као трајне заједнице живота две особе, види о томе Дураковић, А. (2014). op. cit., 152.

⁶²⁹ Ibid., 152-153.

⁶³⁰ Biagioni, G. (2014). op. cit, 365.

⁶³¹ Ibid., 367.

праву такође супружници у смислу *AufenthG/EWG* односно Уредби о слободи кретања радника број 1612/68.⁶³² Овај суд није одлучио у корист истополног брака, пошто овакав брак није сматран браком у смислу Уредбе о боравку⁶³³. Дакле, овај суд је одбио признање кинеско-немачког брака закљученог у иностранству, јер чл. је 13. EGBGB (који се односио на услове за закључење брака) захтевао дистрибутивну примену националног права будућих супружника. Како кинеско право не дозвољава истополан брак, признање брака је одбијено.⁶³⁴

Надаље, питање признања истополних заједница може се појавити и у поступцима за престанак брака или регистрованог партнерства у држави пријема. Чини се да је претходно признање постојања и пуноважности истополне заједнице неопходан корак ка том циљу, судећи по пресуди Врховног суда Вајоминга, који је, одлучујући о поступку развода канадског истополног брака, истакао да је признање постојања пуноважног брака „услов за изрицање развода“.⁶³⁵ Даље, у предмету *Rosengarten v. Dawnes* (802 A. 2d 170 (*Conn. App.* 2002)), партнери, који нису били резиденти Вермонта, закључили су грађанску унију у Вермонту. Међутим, када је један партнер желео да унију прекине у Конектикату, држави свог пребивалишта, суд ове државе је истакао да “како Конектикат не признаје пуноважност такве уније...не може ни разматрати њен прекид”.⁶³⁶

Међутим, несметана слобода кретања лица може бити отежана у случају када се колизионе норме држава чланица ЕУ толико разликују да доводе у питање признање личног или породичног статуса. Тако је Суд правде ЕУ у предмету *Grunkin und Paul*⁶³⁷ дао свој став о томе ли су националне колизионе норме држава чланица у складу са основним принципима ЕУ који се тичу основних слобода кретања лица. У овом предмету је немачки суд (*Amtsgericht Flensburg*) одлучио да прекине поступак и упути захтев Суду правде ЕУ за претходно тумачење одредаба ЕС. Чињенично стање је укратко било следеће: *Stefan Grunkin* и *Dorothee Regina Paul* су у време закључења брака били немачки држављани. Њихов син, *Leonhard Matthias Grunkin-Paul* рођен је 1998. године у Данској, где је живео од рођења и био је немачки држављанин. У данском сертификату о рођењу, дете је имало дупло презиме *Grunkin-Paul*, јер је садржавало презиме и једног и другог родитеља што је било у складу са данским правом. Међутим, немачки регистри су одбили да признају ово презиме, имајући у виду колизиону норму чл. 10 немачког EGBGB⁶³⁸, према којој је меродавно право било немачко и није давало могућност да дете носи дупло презиме. *Amtsgericht Flensburg* је

⁶³² VO (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968. über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft.

⁶³³ Röthel, A. (2006). Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen nach deutschem und europäischem Recht, IPRax 2006, Heft 3, 251.; Реч је о пресуди VG Karlsruhe, Urteil vom 09.09.2004.

⁶³⁴ Види Pintens, W., Scherpe M. J. (2017). Same-sex marriages, у: Encyclopedia of Private International Law, Volume 2 (Eds. Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio), Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 1609.

⁶³⁵ Biagioni, G. (2014). op. cit., 367-368.

⁶³⁶ Види Silberman, L. (2005). Same-sex marriage: refining the conflict of law analysis, University of Pennsylvania law review, Vol. 153: 2195, 2213-2214.

⁶³⁷ C-353/06 Grunkin and Paul, пресуда од 14.10.2008., доступно на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62006CJ0353&from=EN>, приступљено 02.11.2020.

⁶³⁸ Чл. 10. ст. 1. EGBGB: „Име лица се одређује у складу с правом државе чији је лице држављанин“.

Суду правде ЕУ поставио суштинско питање: ако се има у виду забрана дискриминације из чл. 12. ЕС и право на слободу кретања сваког грађанина ЕУ из чл. 18. ЕС, да ли су немачке колизионе норме из чл. 10. EGBGB валидне, имајући у виду да се меродавно право за име базира на праву држављанства?⁶³⁹

Суд правде ЕУ је у изреци пресуде у овом предмету био следећег става: „у околностима као што су у овом предмету, чл. 18. ЕС спречава власти државе чланице у примени националног права, да одбију признање презимена детета, које је одређено и регистровано у другој држави чланици у којој је дете је рођено и има пребивалиште од рођења и које, као и његови родитељи, има само држављанство прве државе чланице“.⁶⁴⁰ Суштински, (тадашњи) чл. 18 УЕУ (ЕС) спречава државе чланице да одбију признање презимена грађана из друге државе чланице, онако како је прописано правом те друге државе. Инсистирање на томе да лица у Немачкој користе другачије презиме (што би било у складу са међународноприватноправним нормама), створило би им велику нелагодност, имајући у виду различите податке који би тиме постојали у путничким документима, сертификатима и тако даље.⁶⁴¹

Значај слободе кретања препознат је и у миграцијском праву. Наравно овде се мора поменути и Директива ЕУ о правима грађана 2004/38 (*The Citizenship directive*)⁶⁴², јер се кроз њене одредбе најбоље сагледава могућност „циркулације“ грађана ЕУ и њихових породица⁶⁴³. Ова директива се примењује на све „грађане“ Уније који се крећу или бораве у некој од држава чланица која је различита од оне чије држављанство имају и на чланове њихових породица, којима се мора обезбедити исти статус као и држављанима држава чланица⁶⁴⁴, независно од тога чије држављанство члан породице има, односно може бити и држављанин треће државе⁶⁴⁵.

Према Директиви ЕУ о правима грађана 2004/38, чланом породице се, између осталих, сматра брачни друг и партнер са којим грађанин ЕУ има закључено регистровано партнерство (на основу законодавства државе чланице), ако

⁶³⁹ Тач. 13. пресуде Grunkin and Paul.

⁶⁴⁰ Изрека пресуде C-353/06 Grunkin and Paul (2008).

⁶⁴¹ Види Staiano, F. (2017). (In)Comparable Situations: Same-Sex Couple's Right to Marriage in European Case Law, *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 22. Marzo 2017, n. 6/2017, 20-21, чланак доступан на <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/04/InComparable-Situations-Same-Sex-Couples%e2%80%99-Right-to-Marriage-in-European-Case-Law.pdf>, приступљено 28.09.2020. године.

⁶⁴² Директива 2004/38/ ЕС Европског Парламента и Савета од 29.04.2004. о правима грађана Уније и чланова њихове породице да се слободно крећу и бораве у оквиру територије држава чланице (мењајући Уредбу (ЕЕЗ) 1612/68 и стављајући ван снаге Директиве 64/221/ЕЕЗ, 68/360/ЕЕЗ, 72/194/ ЕЕЗ, 73/148/ ЕЕЗ, 75/34/ ЕЕЗ, 75/35/ ЕЕЗ, 90/364/ ЕЕЗ, 90/365/ ЕЕЗ и 93/96/ ЕЕЗ). Након тога, Директива ЕЕЗ 1612/68 престала је са важењем и замењена Уредбом Европског Парламента и Савета ЕУ број 492/2011 о слободи кретања радника у Унији (кодификација).

⁶⁴³ Према чл. 1. Директиве предвиђено је да она утврђује услове под којима грађани Уније и чланови њихових породица остварују право на слободно кретање и боравиште унутар подручја држава чланица; утврђује право сталног боравишта на подручју држава чланица за грађане Уније и чланове њихових породица; утврђује ограничења поменутих права због јавног поретка, јавне сигурности или јавног здравља.

⁶⁴⁴ Види Вукадиновић, Р. (2014). Увод у институције и право Европске Уније, Удружење за европско право, 6. издање, Крагујевац, 309.

⁶⁴⁵ Види у том смислу Rijpma, J., Koffeman, N. (2014). Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?, у: *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions* (Eds. Daniele Gallo, Luca Paladini, Pietro Pustorino), Springer, 467.

законодавство државе чланице домаћина третира регистровано партнерство еквивалентним браку и у складу са условима утврђеним у релевантним законима државе чланице домаћина (чл. 2. ст. 1. и 2. Директиве)⁶⁴⁶. Формулација наведене одредбе отвара питање да ли се појам „супружник“ односи и на истополне брачне партнере.

У том смислу је интересантно образложење из *Metock* пресуде Суда правде ЕУ по овом питању, које подразумева да је место или време закључења брака ирелевантно, те брачни друг грађанина Уније има право користити одредбе *Citizenship* директиве. Ауторка Лаима Вејц (*Laima Vaige*) сматра да, ако би се овакво образложење тумачило дословце и ако би то значило да је „брак“-„брак“, онда би из тога проистекле две последице. Прва, истополни брачни партнери би требали бити посматрани као „брачни другови“ у смислу поменуте Директива ЕУ о правима грађана 2004/38. Друго, феномен „прилагодљивог признања“ (енг: *adaptive recognition*), тј. *downgrade* или *upgrade* грађанског статуса не би требало више постојати, у најмању руку поводом истополних парова која долазе из ЕУ.⁶⁴⁷ Међутим, изгледа да су дилеме из *Metock* пресуде минимализоване током 2018. године, када је донета позната *Coman* пресуда⁶⁴⁸.

Суд правде ЕУ је у *Coman* предмету био става да термин „супружник“ у смислу чл. 2. ст. 2. тач. а Директиве ЕУ о правима грађана 2004/38 има родно неутрални карактер и може укључити истополне партнере. То значи да се држава чланица која забрањује истополне бракове не може ослонити на национално право да би оправдала одбијање признања истополног брака који је пуноважно заснован у другој држави чланици. Прецизније, не може доћи до другачије примене слободе кретања грађана ЕУ, у зависности од тога да ли национално право дозвољава истополан брак или не.⁶⁴⁹ Према пресуди, признање се односи само на дозволу спајања породице, не и на друга права која се базирају на боравку. Поред тога, пресуда се односи на партнере који су венчани у држави чланици ЕУ и брак је закључен током периода стварног (истинског) боравка грађана Уније у тој држави⁶⁵⁰.

Са друге стране, са регистрованим партнерствима ситуација није најјаснија, иако тако на први поглед изгледа, јер се од државе до државе разликују услови под којима се признавање врши.⁶⁵¹ У случају да држава пријема не предвиђа облик регистрованог партнерства, који је еквивалентан браку у домаћем праву, онда она нема обавезу да

⁶⁴⁶ Кохабитанти, који се налазе у стабилној невенчаној или нерегистрованој заједници, имају слабији ниво заштите, пошто држава чланица пријема нема обавезу да им додели право боравка, већ им само „олакшава улазак“ (*facilitate entry*), у складу са чл. 3. ст. 2. ове Директиве, Види више о томе Kogovšek Šalamon, N. (2017). *LGBT people as refugees and immigration rights*, у: *Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU*, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 222. Види Miles, J. (2016). *Unmarried cohabitation in a European perspective*, у: *European family law volume III: Family law in a European perspective* (Ed. Jens M. Scherpe), 91.

⁶⁴⁷ Види Vaige, L. (2012). *The problematic of recognition of same-sex marriages originating from Member States according to the EU legal regulation*, *Societal Studies*, 4(2) 765-766.

⁶⁴⁸ C-673/16, пресуда Суда ЕУ од 05.06.2018.

⁶⁴⁹ Опширније Deana, F. (2019). *Cross-border continuity of family status and public policy concerns in the European Union*, DPCE online, 2019/3-Saggi, 1985.; При томе, пресуда се не односи нужно на регистроване партнере који су овлашћени на изведено право боравка само ако држава чланица пријема третира регистрована партнерства еквивалентним браку, види Ibid., 1985, фн 28.

⁶⁵⁰ Види Ibid., 1985-1986.

⁶⁵¹ Више о томе Kogovšek Šalamon, N. (2017). *op. cit.*, 223-224.

призна регистрованог партнера грађанина ЕУ (мигранта) у смислу ове директиве, иако то може учинити⁶⁵².

У сваком случају, Директива ЕУ о правима грађана 2004/38 има важну улогу јер олакшава остваривање права на слободно кретање грађана ЕУ. Ако би му се то право остварило, треба му дозволити придруживање са члановима породице.⁶⁵³

1.3. Закључна оцена

Чини се да принцип признања још увек није креиран у потпуности јер би тиме потиснуо међународно приватно право, што је незамисливо. Међутим, можемо се сложити са Баратином ставом, према којем се све више чини неизбежним да грађани ЕУ, селећи се из једне државе чланице у другу државу чланицу, очекују од државе пријема признавање њиховог личног статуса и породичних односа. Зато сматрамо да је најбољи начин остваривања основних слобода у ЕУ управо супституција (транспозиција/прилагођавање), јер се кроз испитивање функционалне еквивалентности утврђује да страни правни појам или правни однос испуњава диспозицију домаће материјалноправне норме. Тиме су онда и правне последице тако супституисаног правног појма веома сличне са правним последицама које такав правни однос или правни институт има у држави порекла. Дејства су онда у држави порекла и држави пријема „што сличнија“, што свакако јесте у складу са основним слободама кретања из УФЕУ.

Позитиван став о принципу узајамног признања статуса грађана ЕУ произилази из образложења *Grunkin and Paul* пресуде, према којем би се овај принцип могао предвидети, утолико што: а) национална законодавства деле заједничке руководне принципе који владају сваким статусом, омогућавајући јачање узајамног поверења на којем се неизбежно заснива принцип узајамног признања; б) тај статус доприноси изградњи нечијег приватног и/или породичног живота (као средство личне идентификације и везе са породицом), на исти начин као што то чини и презиме; в) одбијање признања изазива непријатности од круцијалне важности за слободно кретање у оквиру ЕУ. У случају да су ови предуслови испуњени, грађани ЕУ би легитимно могли очекивати да њихов породични статус буде признат од стране власти државе пријема⁶⁵⁴. Судска пракса овог суда поводом права имена у праву ЕУ је у Немачкој у сваком случају прихваћена⁶⁵⁵.

Иако се чини да наведени правац размишљања о узајамном признању (проистекао из *Grukin and Paul*) вероватно не би могао бити аутоматски примењен и на истополне бракове, није тешко замислити да би и „храмајући брак“ могао створити потешкоћа (као и проблем непризнавања презимена) и тиме ограничио слободу кретања.⁶⁵⁶ На крају, постоје доктринарна схватања да би Директива ЕУ о правима грађана 2004/38

⁶⁵² Koffeman, N. (2015). Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships, *Intersentia*, 445.

⁶⁵³ Rijma, J., Koffeman, N. (2014). *op. cit.*, 466.

⁶⁵⁴ Види Deana, F. (2019). *op. cit.*, 1984-1985.

⁶⁵⁵ Види чл. 48. EGBGB.

⁶⁵⁶ Види Biagioni, G. (2014). *op. cit.*, 377.

требало да експлицитно укључи принцип узајамног признања (*mutual recognition*), у циљу омогућавања хомогеног остваривања права на слободно кретање истополних партнера⁶⁵⁷. Овакво схватање је од посебног значаја, јер је након *Coman* пресуде јасно да се истополни супружници сматрају супружницима у смислу поменуте Директиве.

2. Признање статуса („уважавање“) у Србији

У најширем смислу признање стране истополне заједнице подразумевало би два конкретна питања: да ли између партнера постоји правна веза и ако је одговор „да“ – да ли је таква веза по својој природи и квалитету одговарајући основ за признавање права, које партнери захтевају у одговарајућем поступку пред надлежним органом на домаћој територији.⁶⁵⁸ Закон о матичним књигама Србије⁶⁵⁹ наводи да, ако чињенице рођења, закључења брака и смрти држављана Србије настале ван њене територије нису уписане у матичне књиге које се воде у дипломатско-конзуларним представништвима, уписују се у матичне књиге које се воде у Србији у складу са поменутим законом.⁶⁶⁰ Дакле, „домаћа теорија, чини се, признање схвата као поступак уписа брака у матичне књиге, али се карактер тог поступка схвата на различите начине“⁶⁶¹.

Са тим у вези, да би један страни брак био признат у нашој држави, потребно је да се он упише у домаће матичне књиге, што се обавља на основу извода из страних матичних књига венчаних, те такво признање зависи од признања доказне снаге страних јавних исправа.⁶⁶² Легализација поменутих страних исправа регулисана је домаћим законом⁶⁶³ и међународним конвенцијама⁶⁶⁴, тако да поступак легализације и признања никако не треба изједначавати. Поступак признања страног брака се не може схватити ни као пандан/аналогија поступку признања и извршења страних судских одлука⁶⁶⁵.

⁶⁵⁷ Staiano, F. (2017). *op. cit.*, 20.

⁶⁵⁸ У том смислу за инострана регистрована партнерства види Јовановић, М. (2016). *op. cit.*, 170.

⁶⁵⁹ Сл. гласник РС, број 20/2009, 145/2014 и 47/2018.

⁶⁶⁰ Види чл. 76. Ст. 1. Закона о матичним књигама; 76. ст. 4. овог Закона прописано је: „Упис чињенице из става 1. овог члана врши се на основу извода из матичне књиге иностраног органа, ако међународним уговором није друкчије одређено“. 77. ст. 1 тач. 2. овог закона, чињеница закључења брака из чл. 76. уписује се у матичну књигу венчаних – по месту последњег пребивалишта супружника у време закључења брака, а ако супружници нису имали заједничко пребивалиште – по месту пребивалишта једног од супружника, а ако је последње пребивалиште супружника непознато – по месту рођења једног од њих.

⁶⁶¹ Кнежевић, Г., Павић, В. (2005). Хомосексуални бракови у међународном приватном праву Србије, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1018209, приступљено 01.05.2015., 8.

⁶⁶² Види Бордаш, Б. (2000). Породичноправни односи у међународном приватном праву, Форум-Нови Сад, Нови Сад, 64-65; О доказној снази јавних исправа види чл. 238-239. ЗПП; Види Дика, М. et al (1991). Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 116.

⁶⁶³ Законом о легализацији исправа у међународном промету, Службени лист СФРЈ, број 6/73 и „Сл. Лист СЦГ, број 1/2003 – Уставна повеља.

⁶⁶⁴ Види део II 3.2.

⁶⁶⁵ Опширније Бордаш, Б. (2000). *op. cit.*, 64.; Као један од приступа у схватању поступка уписа брака у матичне књиге (квази-егзекватура) али једино ако би се прописи о признању и извршењу примењивали *per analogiam* и на ова питања, без законског мандата, у том смислу Кнежевић, Г., Павић В. (2005). *op. cit.*, 8; У сличном смислу и професор Варади, види више о томе Варади, Т. (1990). Међународно приватно право, Форум, Нови Сад, 201.

Већ смо рекли да је Врховни суд Србије заузео, 18. фебруара 1982. године, правни став да према правилима међународног права, брак склопљен у иностранству пред надлежним иностраним органом између југословенских држављана или између југословенског држављанина и странца, све до његовог признања од стране надлежног југословенског органа, представља за Југославију само фактички, а не правни однос, па југословенски суд не може да одлучује о поништењу или разводу тог брака. Према овом суду, за признање брака склопљеног у иностранству надлежан је домаћи орган који води МКВ (матичар или дипломатско и конзуларно представништво наше земље у иностранству).⁶⁶⁶

Поменути став ВСС донет је пре доношења и ступања на снагу ЗРСЗ. Међутим, ни доношењем ЗРСЗ питање признања иностраног брака није експлицитно решено. Према нашем мишљењу, ово питање би се могло решити тумачењем чл. 76. ст. 5. Закона о матичним књигама. Овом одредбом је наведено да, ако се не може прибавити извод из матичне књиге иностраног органа, упис чињенице (рођења, закључења брака и смрти држављана Србије настале ван њене територије) врши се на основу одлуке надлежног суда. Према томе, за признање бракова закључених у иностранству могу бити надлежни и управни орган (који води матичне књиге) али и суд⁶⁶⁷. У том смислу постоји и став домаће литературе да се за признање брака склопљеног у иностранству (у недостатку експлицитне колизионе норме) аналогно примењују колизионе норме за неважност брака (чл. 34. ЗРСЗ). То значи да ако је брак пуноважно склопљен по праву земље у којој је и склопљен – биће пуноважан и у нашој земљи^{668 669}. Одступање од права места склапања брака могуће је у случају изигравања закона, односно да се утврди да би примена страног права имала за циљ да се избегне примена домаћег права. Поред тога, могло би доћи до одступања од страног права о склапању брака ако се утврди да је оно у супротности са домаћим јавним поретком. Зато је врло вероватно да ће се јавни поредак „активирати“ ако би се пред домаћим органима затражило признање истополног брака легално закљученог у иностранству⁶⁷⁰. Исход би био одбијање уписа.

У случају ако би матичар сматрао да треба одбити извршење уписа страног брака (ако је брак закључен између особа истог пола) заинтересована страна могла би покренути управни спор пред судом. Само суд би могао бити надлежан да донесе утврђујућу одлуку, којом се признаје или се одбија признање брака закљученог у иностранству⁶⁷¹. Тешко је замислити да ће хомосексуални партнери хтети да упишу страни истополни брак у српске матичне књиге венчаних, али морамо узети у обзир да ће за тим имати потребе (један од партнера, примера ради, жели да добије одређено право у Србији). Аутори Кнежевић и Павић су изложили логичну последицу таквог

⁶⁶⁶ Види више о томе Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). Међународно приватно право: посебан део, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 209.

⁶⁶⁷ Види више о томе Ibid., 209.

⁶⁶⁸ Види више о томе Ibid., 209.

⁶⁶⁹ Супротно, у домаћој литератури се истиче и да се чл. 33. ЗРСЗ примењује не само на формалну пуноважност брака, већ и на меродавно право за признање бракова које су закључили у иностранству домаћи држављани или странци, види у том смислу види Варади, Т., et al. (2010). op. cit., 298;

⁶⁷⁰ Види више о томе Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). op. cit., 209-210.

⁶⁷¹ Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015), op. cit., 210.

захтева: „упис се једноставно може одбити на основу чињенице да се матичне књиге венчаних воде ради регистрације како их дефинише ЗБПО (ПЗ - прим. аутора), дакле регистровање заједнице мушкарца и жене, тако да није потребно позивање на јавни поредак и отварања дилеме око начина „признања“ страног брака“^{672 673}.

Имајући у виду извештај недостатак уписа стране истополне заједнице живота у домаће матичне књиге, чињеницу да се чини да принцип признања личних статуса у ЕУ није на свеобухватан начин створен, као и чињеницу да наш ЗРСЗ не садржи законску норму којом је принцип признања уређен, упитно је како истополни партнери могу даље правно делати. Они могу у одговарајућем судском поступку покушати да на домаћој територији издејствују, примера ради, наследна или имовинска права из иностране истополне заједнице живота. У том циљу би приложили легализовану страну јавну исправу о закљученом браку/партнерству. Међутим, легализованом јавном исправом потврђује се само веродостојност потписа и печата, садржаних у њој⁶⁷⁴. Зато се између питања признања, како смо га објаснили у најширем контексту и легализације не може ставити знак једнакости.

Из тог разлога питање остаје отворено, а да бисмо нашли одговор, осврнућемо се на праксу судова држава чланица ЕУ, у којима тумачење појма брак добија нове обресе. Илустративан пример је образложење поменуте одлука италијанског Касационог суда којим страни истополни брак није више сматран непостојећим и да се традиционално схватање брака чини застарелим. Још једна важна одлука поново долази из Италије, коју смо већ поменули. Пред италијанским судом се 2012. године поставило питање признања шпанског истополног брака за потребе (и само за потребе) миграцијског права, те је овај суд одбио аргумент непостојања брака и признао је шпански истополан брак за потребе миграцијског права. Његова одлука је почивала на различитом националном значењу појма „брак“ развијеном кроз тумачење Директиве ЕУ о правима грађана 2004/38⁶⁷⁵.

Поред тога, осврнућемо се и на пресуде ЕКЈП, које јасно показују фантастичан развој права истополних партнера. Према *Schalk and Kopf v. Austria* пресуди, истополни партнери који живе у стабилном *de facto* партнерству потпадају под појам „породичан живот“, што је потврђено *Vallianatos v. Greece* пресудом (јер није било оправдања искључити истополне partnere из хетеросексуалног регистрованог партнерства). У *Schalk and Kopf* пресуди је такође наведено да право на закључење брака из чл. 12. ЕКЈП не мора више у свим околностима бити ограничено само на брак између лица различитог пола (пар. 61. пресуде). Ипак, државе чланице ЕКЈП нису обавезне да у својим законодавствима уведу истополан брак, а многе државе уговорнице и даље

⁶⁷² Кнежевић, Г., Павић, В. (2005). *op. cit.*, 9.; У сличном смислу и проф. Јакшић наводи да приликом одбијања признања истополног брака (или регистроване заједнице) није ни потребно позивање на јавни поредак, види Јакшић, А. (2016). Међународно грађанско процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 325.

⁶⁷³ 303. Ст. 1. ПЗ :.,1) Склопљени брак матичар уписује у матичну књигу венчаних и у матичну књигу рођених за оба супружника“.

⁶⁷⁴ Чл. 2. Закона о легализацији исправа у међународном промету: „Оверавањем, у смислу овог закона, потврђује се веродостојност потписа лица које је исправу потписало и веродостојност печата стављеног на исправу“.

⁶⁷⁵ *Tribunale of Reggio Emilia*, 13.02.2012, види о пресуди *Biagioni, G.* (2014). *op. cit.*, 376.

имају уставне одредбе којима се брак дефинише као брак између мушкарца и жене. По ставу овог суда у *Oliari v. Italy* пресуди, Италија није испунила своју позитивну обавезу, којом би подносиоцима представки омогућила специфичан правни оквир у циљу омогућавања признања и заштите истополних заједница.⁶⁷⁶

Чини се да је прекретница у проблематици међудржавног признања статуса истополног партнера настала *Orlandi v. Italy* пресудом, у којој је ЕСЉП имао већ поменути револуционарни став. Овај суд је истакао да италијанска влада није показала легитиман циљ због којег је одбила да упише стране истополне бракове у Италији, осим што је навела унутрашњи јавни поредак, што према ставу овог Суда није у складу са домаћом судском праксом, посебно поменутом одлуком Касационог суда Италија број 4184/2012. (пар. 200. *Orlandi v. Italy* пресуде).

У тренутној српској законодавној регулативи, како смо је описали, упис страног истополног брака или регистрованог партнерства није могућ. У случају да истополни партнери, негативним одговором домаћег матичара, покушају да своја права остваре пред ЕСЉП, неизвесно је каква би коначна одлука била овог Суда и да ли би поновио ставове из *Orlandi v. Italy* пресуде. Са друге стране, у домаћој пракси највиших судских инстанци, барем колико је нама познато, нема примера тумачења уставних одредби и одредби ЕКЉП поводом истополних заједница, као што је то био случај у Италији, образложењем Касационог суда ове државе. Са нестрпљењем очекујемо судску праксу домаћих судова највиших инстанци.

Који су онда механизми којима се домаћи поступајући орган може користити у оваквом „правном вакууму“? Ако се има на уму да пуноважно закључена истополна заједница у страном правном систему постоји, а српски правни систем је не признаје (односно не може да се упише у матичне књиге), тиме настају храмајући правни односи, који су сасвим извесно јако непожељни. Предлог решења проблема би могао лежати у методолошком средству супституције⁶⁷⁷, јер је она нужна у савременом МПП-у, са једне стране, и јер сам правни однос остаје исти какав је и био, односно како је настао према страном праву, са друге стране. Уважавање статуса би осујетило хипотетичку намеру партнера из иностраног истополног брака или регистрованог партнерства да закључи нов хетеросексуалан брак у Србији. На овај начин би се спречила полигамија на међународном нивоу.

Аргументи који иду у прилог наведеном приступу јесу обавезе које је наша државе преузела закључивањем Споразума о стабилизацији и придруживању (у даљем тексту: СПП). Овај споразум наводи да су основа унутрашње и спољне политике уговорних страна⁶⁷⁸ и кључни елементи овог Споразума, између осталих, поштовање

⁶⁷⁶ Пар. 185. пресуде.

⁶⁷⁷ У том смислу, за потенцијално решење ситуације у којој меродавно право не уређује истополни брак/регистровано партнерство, пуноважно заснован у складу са другим правом, види Јовановић, М. (2016). *op. cit.*, 181-184.

⁶⁷⁸ Уговор је закључен између Уговорних страна Уговора о оснивању Европске заједнице и Уговора о оснивању Европске заједнице за атомску енергију и Уговора о Европској унији („државе чланице“) и Европске заједнице и Европске заједнице за атомску енергију („Заједница“), са једне стране и Републике Србије, са друге стране. Види чл. 134. ССП: „За потребе овог Споразума, појам „стране“ значи Заједница или њене државе чланице или Заједница и њене државе чланице, у складу са њиховим одговарајућим надлежностима, с једне стране, и Република Србија, с друге стране.“

демократских принципа и људских права из најважнијих међународних извора (као што је Универзална декларација, ЕКЉП итд), поштовање принципа међународног права и владавине права.⁶⁷⁹

Једна од најважнијих одредби ССП је она којом стране признају важност усклађивања важећег српског законодавства са законодавством Заједнице и његове делотворне примене (чл. 72. ст. 1.).⁶⁸⁰ Поред тога, уговорне стране ће се нарочито посветити консолидовању владавине права и јачању институција на свим нивоима у области управе уопште, а нарочито у спровођењу закона и институцијама правосуђа (чл. 80. ст. 1.). На крају, Србија не сме применити решења у односу на заједницу која би довела до дискриминације између држава чланица и њихових држављана (чл. 128. ст. 1⁶⁸¹).

Са овим обавезама кореспондирају и одређене одредбе нашег Устава, које се односе на владавину права (чл. 3) и забрану дискриминације (чл. 21). Ако се има у виду владавина права, потребно је обезбедити правну сигурност грађана унутар једног правног поретка, односно ово начело треба да обезбеди такав правни поредак који странкама даје могућност да предвиде правне последице свог понашања.⁶⁸² Неуважавање статуса доводи у опасност грађане да не могу предвидети правне последице свог понашања, односно да, иако очекују да њихов статус буде признат или барем уважен у држави домаћина, као што је Србија, имају изневерена очекивања ако се то не догоди. Ако се има у виду забрана дискриминације, у бити принципа једнакости (недискриминације) лежи остварење правде и правичности⁶⁸³. Србија не би смела дискриминисати држављане држава чланица.

Коначно, усклађивање постојећег и будућег законодавства Србије са правним тековинама ЕУ подразумева и усклађивање са основним слободама кретања које су дефинисане у УФЕУ (слобода кретања свих грађана ЕУ). Из основних слобода кретања у ЕУ се, како се чини, и развија идеја о принципу признања. Сумирајући све до сада наведено, аргумент који би ишао у прилог „уважавања“ страног личног статуса (па и статуса партнера из истополне заједнице живота) јесте избегавање храмајућих правних односа, спречавање полигамије на међународном нивоу, уважавање основних слобода кретања из УФЕУ, забрана дискриминације, принципи једнакости и владавине права.

⁶⁷⁹ Види чл. 2 ССП – „Поштовање демократских принципа и људских права, проглашених Универзалном декларацијом о људским правима и дефинисаних Конвенцијом о заштити људских права и основних слобода, Хелсиншким завршним актом и Париском повељом за нову Европу, поштовање принципа међународног права, укључујући пуну сарадњу са Међународним кривичним судом за бившу Југославију (МКСЈ) и владавине права, као и принципа тржишне економије, у складу са Документом Бонске конференције о економској сарадњи КЕБС-а, чине основу унутрашње и спољне политике уговорних страна и представљају кључне елементе овог Споразума“.

⁶⁸⁰ Члан 72. ст. 2. „Усклађивање ће започети на дан потписивања Споразума и постепено ће се проширивати на све елементе правних тековина Заједнице на које упућује овај Споразум до краја прелазног периода утврђеног у члану 8 овог Споразума“. Према чл. 72. ст. 3: „Усклађивање ће, нарочито у раној фази, бити усредсређено на основне елементе правних тековина о унутрашњем тржишту, правосуђе, слободу и безбедност, као и на друга подручја везана за трговину. У каснијој фази Србија ће се усредсредити на преостале делове правних тековина Заједнице“.

⁶⁸¹ А решења које Заједница примени у односу на Србију не смеју довести ни до какве дискриминације између држављана Србије.

⁶⁸² Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). Међународно приватно право – општи део, Крагујевац, 162-163.

⁶⁸³ Ibid., 162.

Као што је већ речено, најбољи начин за уважавање статуса јесте методолошко средство супституције. Другачије решење, барем у тренутном законодавном оквиру, не можемо предложити, јер сваки други начин третирања истополне заједнице живота закључене у иностранству, довео би их у правни вакуум, што свакако није пожељно, судећи по *Orlandi* пресуди.

3. Супституција

Методолошко средство супституције може имати функцију уважавања статуса који је настао под окриљем страног права. Она представља супсумирање правних односа и института иностраног правног поретка под диспозицију меродавне домаће материјалне норме⁶⁸⁴. Најчешћа ситуација када долази до потребе за применом супституције (тзв. супституционе ситуације) јесте претходно питање⁶⁸⁵.

1.1. Супституција и истополан брак

Узмимо пример у којем су два партнера закључила истополан брак у Холандији. Пред домаћим органом се може поставити питање наслеђивања оставиоца (нашег држављанина), који је закључио поменути истополни брак. Како је оставилац српски држављанин, онда је у складу са чл. 30. ЗРСЗ за наслеђивање меродавно српско право. У првом наследном реду према нашем ЗОН наслеђују његов брачни друг и потомци (чл. 9. ст. 1. ЗОН). Међутим, проблем је у томе што диспозицију поменуте норме о наслеђивању остварује однос истополног брака, настао према холандском праву, а не однос домаћег хетеросексуалног брака у смислу ПЗ. У тој ситуацији потребно је испитати да ли се холандски истополни брак може супституисати у домаћи хетеросексуалан брак, односно да ли такав брак ствара такав квалитет веза између брачних другова да се може испунити диспозиција из поменуте наследноправне норме чл. 9. ст. 1. ЗОН.⁶⁸⁶

⁶⁸⁴ Види и упореди Ђорђевић, С. (2010б). Прилагођавање у међународном приватном праву, докторска дисертација, Правни Факултет Универзитета у Београду, 198; Ђорђевић, С. (2011). О транспозицији у међународном приватном праву, у: Савремена питања међународног приватног права и европског приватног права: [зборник реферата са Међународног научног скупа одржаног 20. маја 2011. године, на Правном факултету у Крагујевцу] у част dr Kriste Jesel-Holst = Contemporary Issues of Private International Law and European Private Law : in honor to Dr. Christa Jessel-Holst (Ур. Милена Петровић, Славко Ђорђевић), Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 196; Јакшић, А. (1994). Правна сигурност у међународном приватном праву и проблем прилагођавања, Правни живот 11-12/1994, 2046.; Basedow, J. (1992), Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im internationalen Zivilverfahrensrecht, у: Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 148; Hug, S. (1983). Die Substitution im Internationalen Privatrecht – anhand von Beispielen aus dem internationalen Familienrecht, München: Florentz, 1; Mansel, H.-P. (1991). Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht – Zur funktionellen Rechtsvergleichung bei der Sachrechtsauslegung, Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 689; Dannemann, G. (2004), Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, Mohr Siebeck, Tübingen, 103.

⁶⁸⁵ Више о томе Funken, K. (2009). op. cit., 258; Ђорђевић, С. (2010б). op. cit., 198.

⁶⁸⁶ Сличан пример у области усвојења код Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 176.

Овде се, дакле, ради о питању, да ли је један страни правни институт упоредив домаћем правном институту и да ли се овај институт може супституисати у диспозицију домаће материјалноправне норме⁶⁸⁷ те се супституцијом страна правна установа „заменеује“ домаћом.

Постављени проблем супституције се решава у неколико сукцесивних корака. Најпре се утврђује које се право примењује на спорни правни однос, при чему су могуће две ситуације. Ако се спорни правни однос или спорни правни институт јавља као претходно питање (то је случај из нашег примера) – до меродавног права се долази путем независног везивања, путем колизионих норми *lex fori*⁶⁸⁸. У осталим случајевима, узима се у обзир право из којег долази спорни институт⁶⁸⁹.

Затим се, у другом кораку, испитује да ли је спорни приватноправни однос пуноважно настао према праву које је утврђено у првом кораку, водећи рачуна и о материјалноправним и формалноправним претпоставкама. Домаћи судија у нашем примеру ће извршити увид у легализовани страни венчани лист⁶⁹⁰ и утврдити да је брак закључен у складу са меродавним правом (тима би решио претходно питање).

Трећа и најважнија фаза супституције је испитивање теста функционалне еквивалентности⁶⁹¹ у којем се врши преиспитивање свих правних норми оба правна поретка (и страног и домаћег) који регулишу институте, који се супституишу.⁶⁹² У нашем примеру то би значило следеће: преиспитују се све правне норме холандског права да би се утврдило какав однос се између истополних супружника ствара и која су његова дејства (у нашем случају се нарочито мора обратити пажња на наследноправна дејства)⁶⁹³. Код супституције се полази увек од домаћег права, тј. од домаће материјалноправне норме односно правног појма (правног института, правног односа, правне радње) садржаног у њој који би требало да буде супституисан функционално еквивалентним страним правним појмом⁶⁹⁴. У нашем случају то значи да се код испитивања функционалне еквивалентности полази од појма у диспозицији домаће материјалноправне норме, што је појам брака.

На овом месту се морају ставити две напомене. Прво, потребно је испитати да ли се истополан брак уопште уклапа у концепт брака у смислу домаћих норми. Друго, само спровођење супституције зависиће од конкретне правне ситуације. Што се тиче прве напомене, упитно је да ли је функционална еквивалентност уопште могућа имајући у виду да треба супституисати страни истополни брак у домаћи хетеросексуалан моногаман брак. У правној доктрини се, пак, срећу примери супституције страног

⁶⁸⁷ У том смислу Von Hoffmann, B., Thorn K. (2007). Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München, 234.

⁶⁸⁸ Примера ради, претходно питање закључења брака (које би од домаћег суда било самостално везивано) код питања законског наслеђивања надживелог супружника, види о томе Dannemann, G. (2004), op. cit., 105.

⁶⁸⁹ За први корак види Ђорђевић, С. (2010б). op. cit., 201.

⁶⁹⁰ Тако за сличан пример Ђорђевић, С. (2010б). op. cit., 201.

⁶⁹¹ О функционалној еквиваленцији види више Hug, S. (1983). op. cit., 127-151.

⁶⁹² Види Ђорђевић, С. (2010б). op. cit., 201; Basedow, J. (1992). op. cit., 148-149; Станивукковић, М., Живковић, М. (2010). Међународно приватно право: општи део, Службени гласник; 4. издање, Београд, 362; Јакшић, А. (1994). op. cit., 2046-2047.

⁶⁹³ Види у том смислу за супституцију усвојења Ђорђевић, С. (2010б). op. cit., 201-202; Даље, Данеман поставља и четврти корак, види Dannemann, G. (2004), op. cit., 105-107.

⁶⁹⁴ Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). op. cit., 179.

полигамног брака у домаћи,⁶⁹⁵ при чему је такав брак непознат домаћем правном систему и не уклапа се у уставну концепцију хетеросексуалног моногамног брака. Примера ради, ирански и српски држављанин настанио се у Београду са своје три жене и добио је српско држављанство. Након његове смрти, поставља се питање наслеђивања његове покретне и непокретне заоставштине у Србији. За наслеђивање је меродавно српско право у складу са чл. 30. у вези са чл. 11. ст. 1. ЗРСЗ. Према нашем ЗОН у првом наследном реду наслеђују оставиошеви потомци и његов брачни друг, а ако није имао потомке онда брачни друг наслеђује заједно са оставиошевим родитељима и њиховим потомцима (чл. 9. ЗОН).⁶⁹⁶ Ако се има у виду да је брачни друг поменут у једнини онда друге две супруге не би могле ништа да наследе⁶⁹⁷. Овај проблем је решен тако што је домаћа судска пракса развила правило да сви брачни другови из полигамних бракова, закључених у складу са шеријатским правом које је важило пре другог светског рата у појединим деловима Србије, наслеђују као један, те би наследни део од $\frac{1}{2}$ (брачног друга из моногамног брака) делио међу брачним друговима из полигамног брака. Према томе, након супституције иранског полигамног брака применило би се ово правило и свака супруга би добила по једну шестину⁶⁹⁸. Наведено правило домаће судске праксе показује да је евидентно постојала потреба да се обезбеде наследна права свих супруга из полигамног брака.

Када је реч о супституцији истополног брака у домаћи брак (у смислу чл. 3. ПЗ), ако се питање њене дозвољености сагледа искључиво са аспекта домаћег правног поретка, одговор би водио у негативном смеру и велике су шансе да судија не би дозволио супституцију. Ипак, уз неке аргументе можемо доћи и до позитивног одговора. Најпре, могла би се бранити теза да, ако је супституција била оправдана код полигамних бракова, могла би бити и у случају истополних бракова, закључених у иностранству. Друго, циљ супституције је остварење координације различитих права. Различити правни системи се, ради заштите међународног правног саобраћаја, требају уклопити и повезати без противречности и дисхармоније, али се циљ дотичне материјалне норме не сме изгубити из вида⁶⁹⁹. Најбољи начин за то је управо супституција и зато је она неопходна у савременом међународном приватном праву. Домаће материјалноправне норме, чија диспозиција треба да се испуни страним истополним браком, законодавац доноси из одређених правно-политичких разлога и те норме дају слику тренутних социјалних, економских и културних прилика. Тако, можемо претпоставити, размишља и холандски законодавац када доноси сопствене норме и одлучи да озакони истополни брак. Разлике између ова два правна система се најбоље могу помирити супституцијом. Са тим у вези, код овог методолошког средства, страни правни однос или правна радња остају онакви какви су били према правном поретку према којем су и настали⁷⁰⁰, при чему долази до констатовања да је диспозиција домаће материјалноправне норме испуњена и да следи примена домаће правне норме. Прецизније, спроводи се

⁶⁹⁵ Види Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). *op. cit.*, 362; Ђорђевић, С. (2010б). *op. cit.*, 199, 205-206.

⁶⁹⁶ Случај је преузет из Ђорђевић, С. (2010б). *op. cit.*, 199-200.

⁶⁹⁷ *Ibid*, 200.

⁶⁹⁸ *Ibid*, 206.

⁶⁹⁹ Hug, S. (1983). *op. cit.*, 5.

⁷⁰⁰ Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). *op. cit.*, 179.

уобичајена примена домаће материјалне норме. У супротном, ако супституција није успешна, диспозиција домаће материјалноправне норме неће бити испуњена и неће наступити санкција поменуте норме – нпр. неће доћи до наследноправних или имовинскоправних дејстава⁷⁰¹. Самим тим што страни правни однос, у нашем случају истополан брак, остаје непромењен, долази до тога да се страни правни статус тиме не игнорише и он се као такав „уважава“. Тиме би се избегло стварање храмајућих правних односа.

Како онда превазићи „рестриктивност“ из чл. 3. ПЗ у нашем примеру? Чини се да се приликом супституције посебно мора водити рачуна о јавном поретку, односно да он не буде повређен у домаћем праву⁷⁰². Како то ауторка Хуг (*Hug*) истиче, ако је функционална еквивалентност успешна и укључи се супституција, онда нестаје домен јавног поретка, имајући у виду да постоји сагласност са домаћим правним поретком према упоредивости и циљу закона. Страни правни однос или правни институт, који се тиме посматра еквивалентним домаћим структурама, не може тако лако вређати домаћи јавни поредак. Међутим, јавни поредак се ипак може укључити, уколико се узму у обзир правно-политички или државно политички критеријуми, из којих разлога је правни резултат неподношљив. Онда је могућа повреда јавног поретка упркос супституцији⁷⁰³. Из свега овог може се закључити да иако је, због функционалне еквивалентности, супституција начелно могућа, није незамисливо да дође до повреде јавног поретка.

У складу са наведеним, у нашем примеру би функционална еквивалентност између страног хомосексуалног брака и домаћег хетеросексуалног брака начелно постојала, ако су квалитет везе и односа, као и дејства упоредиви, уз ограничење ситуације када постоји изузетно јака веза са домаћим правним поретком, јер би у том случају дошло до повреде јавног поретка о чему је већ било речи. Аргумент за овакво размишљање је једноставан: ако се примена страног меродавног права (које је против домаћег јавног поретка) дозвољава онда када не постоји јака веза са домаћом државом, исти принцип би могао важити у случају супституције. Прецизније, супституција подразумева поново „уплив“ страног меродавног права у домаћи правни систем, али не путем примене (као што се дешава кад је страно *lex causae*), већ само када страни правни однос или правни институт треба да испуни диспозицију домаће материјалноправне норме. Како се домаћи правни систем „угрожава“ у оба случаја, онда се граница може поставити онде где не постоји јака веза случаја са домаћом државом.

Други поменути проблем се односи на то у којој правној ситуацији се супституција испитује. Имајући у виду да се исти појмови користе у различитим нормама домаћег материјалног права, истоветност страног правног појма или правног института не мора постојати за све норме домаћег материјалног права⁷⁰⁴. Како је у нашем примеру реч о

⁷⁰¹ У том смислу за неуспешну супституцију шиитског временског брака види Dannemann, G. (2004), *op. cit.*, 254.

⁷⁰² У смислу сагласности исхода супституције са јавним поретком државе у чијем се праву врши супституција (јер је аутор испитивао када је за спорно питање меродавно страно право) види Јовановић, М. (2016). *op. cit.*, 184.

⁷⁰³ Hug, S. (1983). *op. cit.*, 57.

⁷⁰⁴ Види Mansel, H.-P. (1991). *op. cit.*, 699.

поступку расправљања заоставштине, наслеђивање између истополних супружника у холандском праву је предвиђено, а наследна права супружника у домаћем праву су предвиђена поменути чл. 9. ЗОН. Следствено томе, супституција би, ако нема повреде јавног поретка, била могућа.⁷⁰⁵

Када је реч о престанку истополног брака, његовим личним и имовинским дејствима, за ова питања смо креирали нове колизионе норме у складу са чл. 2. ЗРСЗ. Новокреиране колизионе норме водиће махом до страног права, те се супституција ту неће ни постављати. Из свега овога се може закључити да успешност супституције у конкретном случају не значи да ће она бити успешна у неком другом случају. Како дејства истополног брака не могу превазићи дејства која има домаћи брак, тешко се може замислити да ће тест функционалне еквивалентности бити успешан ако истополни брак предвиђа знатно шира дејства од дејстава које предвиђа домаћи брак у смислу чл. 3. ПЗ. Разлог за овакво размишљање је једноставно. Ако би страни истополан брак испунио диспозицију домаће материјалноправне норме, која не даје такву правну последицу коју би такав брак имао у правном систему из којег долази истополни брак, онда би се домаћи пропис примењивао *contra legem*. Тачније речено страни правни однос или правни институт би домаћу диспозицију „прекорачио“.

1.2. Регистровано партнерство и *de facto* истополна заједница

Ако горњи пример истополног брака изменимо и претпоставимо да је реч о регистрованом партнерству закљученом у иностранству, супституција би се на исти начин испитивала кроз три фазе. У првом кораку се испитује које се право примењује на регистровано партнерство, засновано у иностранству. У другом кораку долази до испитивања да ли је регистровано партнерство пуноважно настало према праву које је утврђено у првом кораку.

Ако су прве две фазе завршене позитивним исходом, посебан изазов за домаћег судију представљаће трећа фаза супституције, односно проналазак функционално еквивалентног института у меродавном домаћем праву. У овој фази се врши преиспитивање свих норми оба правна поретка (и холандског и домаћег) да би се испитао квалитет односа, веза и дејстава изграђених и по једном и по другом праву. У делу у којем смо излагали о квалификацији у МПП-у (и попуњавању правних празнина) навели смо да се регистровано партнерство сматра *sui generis* породичноправним односом. Генерално, у упоредном праву регистровано партнерство углавном представља институт *паралелан* институту брака, са дејствима веома сличним браку⁷⁰⁶. У таквим системима регистровано партнерство може бити један од „понуђених“ института за истополне партнере (плуралистички систем) или може бити једини начин уређивања истополног односа (дуалистички систем, при чему је брак

⁷⁰⁵ Конкретни случајеви изложени су у петом делу дисертације.

⁷⁰⁶ Нпр. чл. 58. Белгијског ЗМПП („Art. 58. The concept of a relationship of “co-habitation”) гласи: For the purposes of the present statute, the term „relationship of co-habitation” refers to a situation of co-habitation that requires registration with a public authority and that does not create a bond equal to marriage.“; Са друге стране, већ смо навели и чл. 60. Белгијског ЗМПП односи на „Law applicable to the relationship of co-habitation“ (тј. регистрована партнерства) и где постоји принцип *lex loci registrationis*.

резервисан за хетеросексуалне партнере). Пошто се код супституције увек полази од домаћег права, једина два института домаћег права у које се стране регистровано партнерство може хипотетички супституисати су домаћи брак или ванбрачна заједница у смислу домаћег ПЗ. Опредељење за једно од ове две варијанте зависи од конкретне функције регистрованог партнерства у страниој држави. Оријентири за испитивање функционалне еквивалентности у односу на један или други правни институт би могли бити следећи:

1. Регистровано партнерство је изједначено са браком, односно кореспондира дејствима која настају у браку.⁷⁰⁷ У том случају изгледа оправдана супституција регистрованог партнерства у домаћи брак.

2. Регистровано партнерство истополних партнера има велике сличности са традиционалним (хетеросексуалним) браком. Такав приступ постоји у Словенији кроз институт словеначке грађанске уније, који је уведен 2017. године. Иако се, историјским тумачењем, примећују покушаји да се у Словенији озаконе истополни бракови⁷⁰⁸ и да је стари Закон о регистрацији истополних партнерстава (слов: *Zakon o registraciji istospolnih partnerskih skupnosti – ZRIPS*; енгл: *Law on Registration of Same-Sex Partnerships*) из 2006. године, критикован од стране Уставног суда Словеније⁷⁰⁹, словеначка грађанска унија се у литератури не назива браком⁷¹⁰. При томе се не сме изгубити из вида да партнери из грађанске уније немају могућност заједничког усвојења деце нити биомедицински потпомогнуте оплодње. У светлу ових чињеница најреалније је претпоставити да се оваква заједница може, барем начелно, супституисати у домаћу ванбрачну заједницу.

3. Регистровано партнерство истополних партнера постоји паралелно са родно неутралним браком, али има слабија дејства од „традиционалног“ модела регистрованог партнерства. Такав институт постоји у Француској (грађански пакт солидарности (нем: *Zivile Solidaritätspakte*; фр: *pacte civil de solidarité* („PACS“)), који је отворен како за истополне тако и за хетеросексуалне партнере.⁷¹¹ У таквој правној ситуацији регистровано партнерство би се, начелно, могло супституисати у ванбрачну заједницу.

⁷⁰⁷ Пример би можда могао бити Данско регистровано партнерство, за које важи да његова дејства кореспондирају дејствима која настају у браку (Section 3 Прописа о регистрованом партнерству), а изузеци који се тичу деце замењени су амандманима поменутог прописа. Lund-Andersen, I. (2017a). Registered Partnerships in Denmark, у: *The future of registered partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Ed. by Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia, 22.; Други пример би било холандско регистровано партнерство, јер је једина разлика између партнерства и брака у томе што партнерство престаје у административном поступку. О томе види фн. 391. дисертације.

⁷⁰⁸ Током 2015. године је предлог родно неутралног брака усвојен у парламенту али је одбијен на референдуму, види о томе *Slovenian referendum rejects marriage equality*, доступно на <https://www.ilga-europe.org/resources/news/latest-news/slovenian-referendum-rejects-marriage-equality>, приступљено 25.05.2021.

⁷⁰⁹ Одлука U-I-425/06-10 од 2.7.2009 и одлука U-I-225/13-15 од 18.2.2016.

⁷¹⁰ Више Novak B. (2017). *Das neue slowenische Familienrecht*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Jg. 64, Heft 18, 1484. Ауторка назива ову заједницу партнерством.

⁷¹¹ Види Sörgjerd, C. (2016). *Marriage in a European perspective*, у: *European family law volume III: Family law in a European perspective* (Ed. Jens M. Scherpe), 26; Види о дејствима пакта код Francoz Terminal L. (2016). *The changing concept of 'family' and challenges for family law in France*, у: *European family law volume II: Family law in a European perspective* (ed. Jens M. Scherpe), Edward Elgar, UK-USA, 44-46.

У случају да је регистровано партнерство у држави настанка изједначено са браком, имало би смисла испитивати да ли се може извршити супституција у домаћи брак. У случају да оно није изједначено или да има чак и слабија дејства од традиционалног модела регистрованог партнерства, има смисла испитати супституцију у домаћу ванбрачну заједницу.

На крају, испитивање супституције фактичке истополне заједнице у домаћи правни институт такође се спроводи у три фазе. Ако су прве две фазе завршене позитивним исходом, у трећој фази се врши испитивање свих правних норми оба правна поретка (права из којег долази фактичка истополна заједница и нашег) да би се утврдио квалитет односа и дејстава страног правног института и одређеног функционално еквивалентног правног института домаћег права. У складу са тим, претпоставка је да супституцију треба испитивати у односу на домаћу ванбрачну заједницу.

Као и код истополног брака, испитивање супституције регистрованог партнерства и *de facto* истополне заједнице у домаће институте не могу се замислити ван поступка расправљања заоставштине, јер смо за остала питања креирали нове колизионе норме које ће махом водити до страног права. На крају, све што смо истакли за поштовање јавног поретка приликом супституције истополног брака у домаћи брак, важи и за супституцију код преостала два института⁷¹². То значи да је супституција могућа у случају да није дошло до повреде домаћег јавног поретка, односно ако не постоји блиска веза случаја са домаћом државом.

⁷¹² Више о испитивању супституције регистрованог партнерства и фактичке истополне заједнице у поступцима расправљања заоставштине у петом делу дисертације.

ДЕО IV – Престанак иностраних истополних заједница живота и лична и имовинска дејства пред српским органима

Ово поглавље је посвећено испитивању примене постојећих основа међународне надлежности из ЗРСЗ како на спорове о престанку, тако и на спорове о личним и имовинским дејствима (укључујући и издржавање) истополних заједница живота заснованих у иностранству. Како смо у другом делу дисертације креирали нове колизионе норме за наведена правна питања, у овом делу дисертације се испитује њихова примена. У том циљу су креирани хипотетички случајеви, који расветљавају наведену проблематику и представљају предлоге начина на који би домаћи судови могли поступати.

1. Престанак иностраних истополних заједница живота

1.1. Међународна надлежност

У другом делу дисертације смо заузели став да у нашем правном систему нема потребе за концептом тзв. „суштинске (не)надлежности“ и да се домаћи поступајући органи могу, на изванредан начин, прилагодити иностраним истополним заједницама живота. Према томе, домаће норме о директној међународној надлежности за брачне спорове могле би се екстензивније тумачити и аналогно применити на спорове о престанку иностраног истополног брака или регистрованог партнерства. Ипак, можемо претпоставити да домаћи судија такав став неће имати. Вероватно ће се водити ставом Врховног суда Србије из 1982. године, према којем је брак, склопљен у иностранству између југословенских држављана или између југословенског држављанина и странца, до момента његовог признања од стране надлежног домаћег органа, за Србију само фактички однос и домаћи суд не може да одлучује о поништењу или разводу тог брака⁷¹³. Како страни истополни брак, као ни регистровано партнерство не могу да се упишу у наше МКВ, вероватно се може очекивати да домаћи суд не би засновао надлежност за прекид (у најширем смислу: развод, раскид, поништај) такве истополне заједнице живота.

Независно од претходно наведеног, када је реч о истополном браку, наши судови се, према нашем мишљењу, ипак не би морали огласити ненадлежним по тужби за престанак (развод/поништај) иностраног истополног брака само зато што је реч о непознатом правном институту. У том смислу, основ за поступање у оваквом спору домаћи суд би могао пронаћи како у прописима о општој, тако и у прописима о посебној надлежности. Наиме, надлежност би се могла засновати по основу норме о

⁷¹³ Види Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). Међународно приватно право: посебан део, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 209.

општој међународној надлежности - пребивалиште туженог у Србији, независно од његовог држављанства (чл. 46. ст. 1. ЗРСЗ). Овакав закључак би могао произаћи управо из карактера опште међународне надлежности – односи се на све врсте спорова и других поступака. При томе се у брачном спору може применити само критеријум из чл. 46. ст. 1. ЗРСЗ (пребивалиште туженог у Србији), не и остали критеријуми за општу надлежности из овог члана⁷¹⁴.

Када је реч о посебној надлежности, треба испитати могућност примене одредби о брачним споровима из ЗРСЗ. Брачни спорови су уређени у чл. 61-62. ЗРСЗ и под њима се подразумевају спорови ради утврђивања да брак постоји или не постоји, поништаја брака или развода брака⁷¹⁵. Чл. 61. ЗРСЗ односи се на брачне спорове у следећим ситуацијама:

- у којима су оба брачна друга југословенски (српски) држављани, без обзира где имају пребивалиште,
- ако је тужилац српски држављанин и има пребивалиште код нас,
- ако су брачни другови имали своје последње пребивалиште у Србији (дакле за бракове српских држављана, бракове странаца или мешовите бракове), а тужилац у време подношења тужбе има пребивалиште или боравиште код нас⁷¹⁶.

У случају да је у брачном спору тужени брачни друг српски држављанин и има пребивалиште код нас, надлежност нашег суда је искључива⁷¹⁷.

Чл. 62. ЗРСЗ се односи на ситуације када су супружници страни држављани. Међународна надлежност за брачне спорове ће постојати и ако тужени нема пребивалиште у Србији, ако су брачни другови имали последње заједничко пребивалиште у Србији или ако тужилац има пребивалиште у Србији. У оба случаја морају бити испуњена још два услова – да тужени пристаје да суди наш суд и да је по прописима државе чији су држављани брачни другови допуштена та надлежност⁷¹⁸.

Да би се домаћи органи на изванредан начин прилагодили споровима о престанку (разводу/поништају) истополног брака закљученог у иностранству, потребно је наведене две норме о међународној надлежности (чл. 61. и 62. ЗРСЗ) екстензивније тумачити. Према томе, појмове „брачни спор“ и „брачни друг“ треба схватити еластичније у смислу *lex fori* квалификације, ради обухватања страног истополног брака. Сматрамо да је то могуће, посебно имајући у виду да се из упоредноправне анализе може закључити да се у страним правним порецима, који овакве бракове познају, у начелу појављује само један институт брака, који је родно неутралан.

Тако је, примера ради, поступио немачки суд у Минстеру. Током 2009. године (годинама након што је у немачки правни систем уведено регистровано партнерство)

⁷¹⁴ Види Дика, М. et al (1991). Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 212.

⁷¹⁵ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 212; Члан 61. се односи како на развод брака тужбом, тако и на поступак развода који је покренут споразумним захтевом супружника за развод брака, Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 214.

⁷¹⁶ Види чл. 61. ст. 1. тач. 1, 2, 3. ЗРСЗ.

⁷¹⁷ Види чл. 61. ст. 2. ЗРСЗ.

⁷¹⁸ Види чл. 62. ЗРСЗ.

овај суд је одлучивао о престанку холандског истополног брака⁷¹⁹ (закљученог у Холандији између холандског и италијанског држављанина). Према овом суду, надлежност је произилазила из §60ба (међународна надлежност за брачне спорове) или §661 (односи се на партнерске спорове⁷²⁰) у вези са §60ба немачког ЗПО. Према томе, иако холандски брак није одговарао немачком појму брака, то није утицало на заснивање међународне надлежности, што је било могуће ако би се примениле одредбе о регистрованом партнерству⁷²¹.

Наш ЗРСЗ садржи и једну одредбу о заснивању међународне надлежности за спорове о разводу брака, према којој постоји надлежност нашег суда ако је тужилац наш држављанин, а право чији би суд био надлежан не предвиђа установу развода брака.⁷²² Међутим, мало делује вероватно да би се ова норма могла односити на истополан брак (односно заснивање међународне надлежности) ако право државе, чији би суд био надлежан, не познаје институт развода (истополног) брака, јер у време доношења ЗРСЗ (1982. године) истополан брак није био ни у најави.

Када је реч о регистрованим партнерима, ситуација је нешто компликованија. За њега се, по правилу, не користи термин „развод“, као што се користи за (хетеросексуални или хомосексуални) брак, јер се радије користи термин дисолуција као што је случај у *Civil Code* канадске провинције Квебек⁷²³ или престанак/укидање (нем: *Aufhebung* у немачком *LpartG*). Један од начина за престанак животног партнерства у Хрватској јесте поништај или раскид. У неким правним системима је престанак регистрованог партнерства сличан разводу, као што је случај у данском правном систему и може се издејствовати пред управним или судским органом⁷²⁴.

Поставља се питање да ли је могуће пред домаћим органима раскинути регистровано партнерство закључено у иностранству, имајући у виду његове специфичности и да ли би тужбени захтев морао подразумевати раскид, а не развод регистрованог партнерства. Иако сматрамо вероватним да би домаћи суд одбацио тужбу за раскид регистрованог партнерства, као што би вероватно учинио и за развод истополног брака, сматрамо да би се могао заузети исти став као и поводом престанка истополног брака. Према томе, могло би се размислити о примени правила о заснивању опште међународне надлежности из чл. 46. ст. 1. ЗРСЗ, односно посебне надлежности за брачне спорове (чл. 61. или 62. ЗРСЗ) и на спорове о престанку иностраног регистрованог партнерства.

⁷¹⁹ У Немачкој је постојало доминантно схватање да истополни брак не може бити схваћен као брак у смислу норми о надлежности, већ се третирају као регистрована партнерства, о томе види Martiny D. (2012). *Private International Law Aspects of Same-sex Couples under German Law*, у: *Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives*, (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia, 237.

⁷²⁰ Верзија ЗПО пре 01.09.2009, доступно на <https://www.buzer.de/gesetz/7030/al20912-0.htm>, приступљено 17.02.2021.

⁷²¹ IPRsprg. 2010 Nr 92, 197-198.

⁷²² Види чл. 63. ЗРСЗ.

⁷²³ Види Дураковић, А. (2014). Колизиионоправна проблематика истосполних заједница живота, у: Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, бр. 12, Правни факултет у Мостару, Мостар, 149.

⁷²⁴ Lund-Andersen, I. (2017a). *Registered Partnerships in Denmark*, у: *The future of registered partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. by Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia, 30-31.

Аргумент који би ишао у прилог овом ставу је околност да регистровано партнерство „имитира“ брак и да би заснивањем међународне надлежности домаћи суд заштитио право на приступ суду партнера. Поред тога, постоје примери заснивања међународне надлежности у немачкој правној литератури. Најпре желимо да укажемо на пример из старије правне литературе (пре него што је Немачка увела регистровано партнерство) у коме су два данска хомосексуалца закључила партнерство у Данској, након чега су пожелела да то партнерство „разведу“ у Немачкој, имајући у виду да су према данском праву партнерство и брак изједначени.⁷²⁵ Меродавно право у конкретном случају било је данско.⁷²⁶ Ауторка Хаунхорст, која је овај пример навела, изнела је став да „сама могућност да се ‘развод брака’ може увек издејствовати у Данској, у складу са параграфом 5III Данског прописа о партнерству,⁷²⁷ не ослобађа немачки суд да одлучи о томе да ли су домаће процедуралне норме, које су основа за одлучивање искључиво о хетеросексуалном односу, примењиве на такву ‘раставу брака’.“⁷²⁸ Ауторка сматра да, ако се хомосексуално партнерство може, непосредно или на одговарајући начин, квалификовати под чл. 17. ст. 1. ЕGBGB (колизиона норма за развод брака), онда није неопходно ускратити примену страног права која се односи на хомосексуалност, осим ако би примена данског права била против јавног поретка, што се тешко могло заступати.⁷²⁹

Нешто касније у односу на претходно истраживање, Јакоб (*Jakob*) је својој књизи, у периоду када регистровано партнерство није постојало у немачком правном систему, сматрао да се немачке одредбе о међународној надлежности за брачне спорове могу аналогно применити и за престанак регистрованог партнерства.⁷³⁰ Његов закључак почива на чињеници да се код (заснивања и) престанка партнерства ради заправо о статусном питању, те је примена породичноправних основа надлежности за ова (статусна) питања неопходна и разумна, посебно имајући у виду да брак и регистровано партнерство уређују породичне везе или везе сличне породичним између два партнера, тако да су упоредиви⁷³¹.

⁷²⁵ Према чл. 3 Данског акта о регистрацији партнерства, изузимајући изузетке из одељка 4. овог Закона, регистрација партнерства има иста правна дејства као и закључење брака. Доступно на <http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments>, приступљено 18.08.2020. године.

⁷²⁶ Чл. 17. у вези са чл. 14. немачког ЕGBGB.

⁷²⁷ Чл. 5. ст. 3. Акта о регистрацији партнерства: 3) Irrespective of section 448 c of the Danish Administration of Justice Act a registered partnership may always be dissolved in this country.

⁷²⁸ Haunhorst, S. (1992). Die „wesenseigene (Un-) Zuständigkeit“ deutscher Gerichte, Osnabrück, 130; Ауторка наводи да би се могло довести у питање постојање међународне надлежности у складу 606а ZPO, 130, фн 75.

⁷²⁹ Ibid., 130.

⁷³⁰ Види Jakob, D. (2002). Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht, Köln, 304-308.

⁷³¹ Види Ibid., 307-308.

1.2. Меродавно право

1.2.1. Истополан брак

За престанак истополног брака смо креирали нову колизиону норму: „*За развод истополног брака меродавно је право државе у којој је брак закључен*“. Питања која ова колизиона норма уређује су, пре свега, питања развода брака, дозвољеност развода са аспекта сукоба закона и услови за његово изрицање. То ће одговарати обиму статута колизионе норме за развод (хетеросексуалног) брака (из чл. 35. ЗРСЗ).⁷³² Проблематику ћемо сагледати на примерима.

Пример 1: А и Б су два странца који су закључили истополан брак у Данској, где су живели и радили дуги низ година, тако да им је лични и професионални однос био везан за ову државу. У Данској се за закључење брака примењује данско право⁷³³. Међутим, у последњој години њиховог брака супружник А добије понуду да ради у представништву једне светске компаније у Београду (уговор му је орочен на две године). Како њихов брак није функционисао у последње време, он напушта заједнички дом у Данској и сели се за Србију. Жели да пред нашим органима разведе брак, јер има у виду ниже судске трошкове и не жели да за потребе развода путује у Данску.

Иако је оваква ситуација тешко замислива у пракси, теоријски је врло занимљива. Међународна надлежност би се могла засновати у складу са чл. 62. ЗРСЗ ако тужилац има пребивалиште у нашој држави (уз нашу бојазан да ће домаћи судија имати исти став). Претпоставимо да је тужени пристао да суди наш суд и да је према прописима државе њиховог држављанства допуштена надлежност нашег суда, као што налаже чл. 62. ЗРСЗ. Према новокреираној колизионој норми, за развод брака меродавно је данско право и према овом праву цениће се да ли су испуњени услови за развод брака. Поставља се питање да ли ће судија одбити примену страног данског права позивањем на клаузулу јавног поретка што ће зависити од тога да ли постоји блиска веза случаја са домаћом државом или не. По нашем мишљењу, у овом случају је једина веза са нашом државом тужиочево пребивалиште и упитно је колико то представља блиску везу, будући да је временски орочено. Судија би могао сматрати да та веза није толико јака и да заправо тужиочев живот није суштински везан за нашу државу, па би развео овај брак применом данског материјалног права, што би представљало ублажено дејство јавног поретка.

Пример 2: Два наша држављанина су закључила истополан брак у Данској. Међутим, након закључења брака одлуче да се врате у Србију, где су наставили да живе. Обојица имају у нашој држави посао и имовина им се налази код нас, као и породица и пријатељи. Ипак, после неколико година брака одлуче да се разведу пред нашим органима.

⁷³² О обиму статута види Дика, М. et al (1991). op. cit., 122-123.

⁷³³ Види Ring, G., Olsen-Ring, L. (2017). Dänemark, у: Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), Zerb Verlag, 3. Auflage, 441. Поред тога, лица која живе у иностранству и/или имају страно држављанство могу се венчати у Данској, али су материјални услови за закључење брака вођени данским правом.

Међународна надлежност за развод брака би се могла засновати у складу са чл. 61. ст. 1. тач. 1. ЗРСЗ, јер ће бити реч о нашим држављанима, који су закључили истополан брак у Данској (без обзира на то где имају пребивалиште). У складу са новокреираном колизионом нормом меродавно право за развод брака биће данско материјално право. Судија ће утврђивати да ли су испуњени услови за примену клаузуле јавног поретка, односно да ли постоји блиска веза, која, по нашем мишљењу, у овом примеру није занемарљива (наши су држављани, имају пребивалиште и имовину код нас). Из тога би произашле два могућа исхода. Први би био да судија одбије примену данског права и примени домаће, које не уређује развод између истополних супружника. Не само да нема норми које треба применити, него не делује извесно да би аналогно применио одредбе ПЗ о разводу (хетеросексуалног) брака (чл. 40. или 41. ПЗ⁷³⁴). Развод се, према томе, не би изрекао. Други могући исход би подразумевао да домаћи судија разведе тај истополни брак, јер га наше право „не жели“. Нама је реалнији први исход, односно да ће домаћи судија просто одбити примену страног права и не развести дански истополни брак.

Ако домаћи судија поступа по тужби за поништај страног истополног брака (што је више теоријски него практичан изазов), морао би да примени новокреирану колизиону норму, која гласи: „*За формалне и материјалноправне разлоге неважности истополног брака меродавно је право или права која су примењена приликом његовог склапања.*“ Питања која би ова колизиона норма покривала јесу: који су формални/материјални услови неважности, да ли узрок чини брак непостојећим, ништавим или рушљивим, како делује узрок неважности (да ли делује *ipso iure*), да ли брак може конвалидирати, каква су дејства неважећих бракова (да ли је *ex tunc* или *ex nunc*) итд. То су све питања која спадају у обим статута неважности хетеросексуалног брака (из чл. 34. ЗРСЗ).⁷³⁵

Прецизније, ако се постави питање пуноважности брака закљученог у Белгији између Белгијанца и Француза, онда ће се применити право које је примењено пред белгијским надлежним органом. У складу са чл. 46. белгијског ЗМПП, за закључење брака меродавно је право државе држављанства сваког вереника у моменту закључења брака⁷³⁶. Према томе, цениће се према белгијском и француском праву и ако у моменту закључења брака неки од услова није био испуњен, онда брак није могао ни настати. Да ли ће се применити клаузула јавног поретка, зависи од тога да ли су испуњени услови за њену примену.

⁷³⁴ Чл. 40. ст. 1. ПЗ односи се на писмени споразум о разводу, а чл. 41. на развод брака по тужби.

⁷³⁵ О обиму статута види Варади, Т. et al, (2010). Међународно приватно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 302-303.

⁷³⁶ Види колизиону норму Белгије (Чл. 46 Code of Private international law Belgium), која гласи: „Меродавно право за пуноважност брака: У зависности од чл. 47, услови за пуноважност брака, одређени су, за сваког брачног друга, правом државе чији је држављанин брачни друг у време када се брак закључује. Одредба права одређеног у делу 1 овог члана, која забрањује брак између физичких лица истог пола, није меродавна ако једно физичко лице има држављанство државе чије право дозвољава такав брак или има своје уобичајено боравиште у тој држави“.

1.2.2. Регистровано партнерство

Новокреирана колизиона норма за регистровано партнерство гласи: „За раскид, лична и законска имовинска дејства регистрованог партнерства меродавно је право државе у којој је партнерство регистровано.“

Ова колизиона норма помиње раскид, а не развод, што је уобичајено у упоредном законодавству. Тако немачки EGBGB у чл. 17б помиње *Auflösung* (престанак, али се налазе и преводи: опозив или укидање⁷³⁷), а не *Scheidung* (развод). По нашем мишљењу, обим статута ове колизионе нормe ће бити аналоган обиму статута за развод истополног брака, тако да све што је речено тамо, важи и овде. У том смислу, Форкерт (*Forkert*) наводи обим статута чл. 17б EGBGB, односно одредбе за престанак регистрованог партнерства. Овај члан одговара на питања да ли партнерство може престати једностраном изјавом или тужбом, које су претпоставке за престанак (основи, рокови) итд.⁷³⁸

Пример 1: Држављанин Немачке и држављанин Холандије закључили су регистровано партнерство у Холандији, у којој су живели током трајања партнерства, са повременим посетама рођацима у Немачкој. Холанђанин одлучи да дође у Београд на две године због истраживања у једном београдском институту. Немац, пак, покрене тужбу за раскид регистрованог партнерства пред нашим органима.

Оваква ситуација би била прави раритет, јер се тешко може замислити ситуација да два странца код нас траже раскид партнерства. Ако претпоставимо да су наши судови засновали међународну надлежност за спор поводом раскида регистрованог партнерства (уз нашу бојазан да ли ће они то ипак учинити), меродавно право за престанак регистрованог партнерства је оно право у којој је партнерство регистровано (меродавно је холандско материјално право). Да ли ће домаћи судија одбити примену холандског права зависи од тога колико је изражена блиска веза овог случаја са домаћом државом. Нама се чини да веза није претерано изражена, тако да би раскинуо регистровано партнерство применом холандског права, што представља тзв. ублажено дејство јавног поретка.

У случају да се пред нашим органима појави спор за поништај страног регистрованог партнерства, што би био још већи раритет, домаћи судија би морао применити новокреирану колизиону норму, која предвиђа да је за формалне и материјалноправне разлоге неважности меродавно право или права која су примењена приликом његовог склапања.⁷³⁹

Пример 2: Регистровано партнерство је закључено у Немачкој између нашег држављанина и Немца. Приликом његовог склапања примењено је немачко право, јер чл. 17б ст. 1. EGBGB предвиђа примену материјалноправних норми

⁷³⁷ Дураковић, А. (2014). op. cit., 149.

⁷³⁸ Види Forkert, М. (2003). *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB*, Tübingen, 169.; Имајући у виду да чл. 17б EGBGB налаже материјалноправно упућивање, онда у случају да је регистровано партнерство закључено у иностранству, ова колизиона норма за његов престанак превиђа страно материјално право. У том смислу и за пример престанка партнерства закљученог између две Норвежанке у Норвешкој, види Ibid., 185.

⁷³⁹ Види део II, тачка 1.3.2, поднаслов А. дисертације.

државе где се води регистар. Претпоставимо да су партнери после закључења партнерства дошли у Србију, где им је био стационаран лични и професионални живот.

Како се за правно питање поништаја примењује немачко право, домаћи судија ће га применити једино у случају да веза са домаћом државом није велика. Међутим, чини нам се да она у овом случају није занемарљива, с обзиром на то да је један партнер наш држављанин и да су оба партнера живела и радила у Србији. Следствено томе, домаћи судија би одбио примену немачког права, што би довело до немогућности раскида овог регистрованог партнерства.

2. Лична и имовинска дејства истополних заједница живота

2.1. Међународна надлежност

Највећи број личних и имовинских питања истополних заједница живота расправљаће се у поступцима престанка оваквих заједница, тако да ћемо на овом месту поменути остале основе посебне надлежности за имовинскоправна питања. Постоје две основне групе питања - имовински спорови истополних партнера и спорови о издржавању.

Надлежност наших судова у споровима поводом имовинских дејстава (укључујући и издржавање) истополног брака и регистрованог партнерства, постојала би онда када би се постојеће норме о директној међународној надлежности из ЗРСЗ за наведене спорове *аналогно* примениле. То би захтевало екстензивније тумачење, односно еластичнију примену *lex fori* квалификације постојећих одредби о међународној надлежности из ЗРСЗ.

Према томе, основ за поступање домаћег суда у наведеним споровима могао би се пронаћи у правилу о општој надлежност (46. ст. 1. ЗРСЗ), управо из разлога карактера опште међународне надлежности. За брачно-имовинске спорове посебна међународна надлежност је уређена одредбом чл. 59. ЗРСЗ. Према чл. 59. ст. 1. ЗРСЗ надлежност постоји онда и када тужени нема пребивалиште у Србији, а тужилац у време подношења тужбе има пребивалиште или боравиште у Србији. Реч је о споровима о имовинским односима брачних другова у погледу имовине у Србији. Према чл. 59. ст. 2. ЗРСЗ, ако се претежни део имовине налази у РС, а други део у иностранству, суд Србије може одлучити о имовини која се налази у иностранству само у спору у коме се одлучује и о имовини у Србији и то само ако тужени пристаје да суди суд Србије. Одредба се односи на елективну посебну међународну надлежност^{740/741}. За постојање надлежности из чл. 59. ст. 2. ЗРСЗ, ирелевантно је да ли су странке држављани Србије, а да би српски суд био надлежан за имовину која се налази у иностранству у смислу

⁷⁴⁰ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 208; О томе кад се сматра да је тужени пристао на то да суди наш суд види Ibid., 191. и даље.

⁷⁴¹ Надлежност суда РС постоји у споровима о имовинским односима брачних другова у смислу одредбе чл. 59. ст. 1. односно чл. 59. ст. 2. ЗРСЗ постоји без обзира на то траје ли брак или је престао или је утврђено да брак не постоји, види Дика, М. et al (1991). op. cit., 208-209.

наведене одредбе, потребно је да посредни предмет спора у поступку буду имовински односи брачних другова који се тичу имовине у Србији и оне у иностранству.⁷⁴² Наведене одредбе о посебној надлежности не утичу на примену одредаба о искључивој међународној надлежности судова Србије у имовинскоправним споровима⁷⁴³. Према томе, када је реч о брачно-имовинском спору који се односи на непокретности у Србији, надлежност нашег суда је искључива.^{744/745}

Када је реч о споровима о законском издржавању, поред могућности заснивања опште надлежности (чл. 46. ст. 1. ЗРСЗ), овај закон помиње неколико основа посебне надлежности. Први је чл. 67. ст. 3. ЗРСЗ, према којем надлежност нашег суда постоји у споровима о законском издржавању између брачних другова и између бивших брачних другова, ако су брачни другови имали своје последње заједничко пребивалиште у Србији, а тужилац у време суђења и даље има пребивалиште у Србији⁷⁴⁶. Други основ надлежности се односи на спорове о законском издржавању који се не односе на издржавање деце (чл. 67. ст. 2. ЗРСЗ)⁷⁴⁷. Надлежност се на овај начин може засновати ако је тужилац наш држављанин и има пребивалиште и Србији. Коначно, у обзир долази и основ надлежности за спорове о издржавању по било ком основу, по критеријуму имовине туженог из које може да се наплати издржавање (чл. 68. ЗРСЗ). Овај основ надлежности је могућ без обзира о којој категорији спорова о издржавању се ради, међутим потребно је да је реч о имовини туженог у Србији, из које се „може наплатити потраживање“.⁷⁴⁸

Према нашем мишљењу, на исти начин на који смо тумачили појмове „брачни друг“ и „брачни спор“ у одредбама о међународној надлежности за престанак иностраног истополног брака/регистрованог партнерства могу се тумачити и појмови „брачни друг“ и „издржавање“ у претходно елаборираним одредбама. Последица екстензивнијег тумачења ових појмова била би могућност заснивања међународне надлежности наших судова.

На крају, када је реч о *de facto* истополним заједницама, поставља се питање која норма о директној међународној надлежности се може на њу применити. Поред могућности заснивања опште надлежности из чл. 46. ст. 1. ЗРСЗ за све врсте спорова, може се замислити да *de facto* истополни партнери пожелеле да пред домаћим органом спроведу утврђивање удела у имовини коју су стекли током трајања заједнице. На том месту би имало смисла применити одредбу чл. 59. ЗРСЗ („имовински односи брачних

⁷⁴² Види Ibid., 209.

⁷⁴³ Чл. 60. ст. 1. ЗРСЗ.

⁷⁴⁴ Надлежност нашег суда искључива у споровима о праву својине и о другим стварним правима на непокретности ако се непокретност налази на територији наше државе (чл. 56. ЗРСЗ).

⁷⁴⁵ Тако, ако је страни суд расправљао имовинске односе супружника поводом целокупне имовине, укључујући и ону која се налази код нас, признање такве стране судске одлуке ће се одбити само ако је надлежност нашег суда за расправљање дела имовине који се налази на нашој територији, по својој природи искључива. То ће бити ситуација у којој се имовина састоји од непокретности уписаних у домаћи регистар непокретности, види Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). *op. cit.*, 234-235.

⁷⁴⁶ О „неспретности“ ове законске одредбе види Дика, М. et al (1991). *op. cit.*, 227-228.

⁷⁴⁷ У том смислу аутори Станивуковић и Ђундић наводе да се међународна надлежност за спорове о законском издржавању између супружника и бивших супружника може засновати по основу чл. 46. ст. 1. и чл. 67. ст. 2. и 3, види о томе Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). *op. cit.*, 240.

⁷⁴⁸ За ове спорове није могућа примена чл. 54. ст. 1. ЗРСЗ, види више о томе Ibid., 247.

другова у погледу имовине у Србији“), наравно за имовину која се налази у целини или претежним делом у Србији (чл. 59. ст. 1. и ст. 2. ЗРСЗ). Оправдање за ово *аналогно* решење лежи у томе што је чл. 191. ст. 2. ПЗ на имовинске односе ванбрачних партнера предвиђена сходна примена одредаба овог закона о имовинским односима супружника. Такав став налазимо и у судској пракси.⁷⁴⁹ Следствено томе, исто размишљање се може „подићи“ и на ниво међународне надлежности. Што се тиче основа надлежности за издржавање између *de facto* истополних партнера, он би се могао наћи у поменутом чл. 67. ст. 2. ЗРСЗ, јер се према ставу домаће литературе, овај основ односи и на спорове поводом обавезе издржавања између *ванбрачних партнера*.⁷⁵⁰ Коначно, могло би се применити и основ надлежности из чл. 67. ст. 3. ЗРСЗ који се односи на издржавање између супружника. Оправдање за ово *аналогно* решење лежи у томе што се према чл. 153. ст. 2. ПЗ, на издржавање ванбрачног партнера сходно примењују одредбе о издржавању супружника. И ово правило би се могло „подићи“ на ниво међународне надлежности.

2.2. Меродавно право

За лична и имовинска дејства истополних заједница живота смо креирали нове колизионе норме, у циљу попуњавања правних празнина у ЗРСЗ. Поред тога што ћемо њих применити, испитиваћемо и да ли има места примени Хашког Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године (у даљем тексту: Хашки Протокол).

2.2.1. Истополни брак

А. Брачно-имовински режим истополног брака

Новокреиране колизионе норме за истополан брак гласе:

„За лична и законска имовинска дејства истополног брака меродавно је право државе у којој је брак закључен.

„Изузетно и на захтев једног брачног друга, суд може одлучити да за брачно-имовински режим буде меродавно право које није право из ст. 1. овог члана и ако подносилац захтева докаже да су брачни другови имали последње заједничко држављанство или последње заједничко пребивалиште у тој другој држави током знатно дужег временског периода него у држави чије би право било меродавно у складу са ст. 1. овог члана и ако су се оба брачна друга ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа.

Право те друге државе примењује се од тренутка закључења брака, осим ако се томе успротиви један брачни друг. У потоњем случају право те друге државе

⁷⁴⁹ У домаћој судској пракси је забележено следеће: Код ванбрачних партнера који су током трајања ванбрачне заједнице стекли имовину, покретну и непокретну, полази се од претпоставке да су њихови удели једнаки, као и удели супружника, брачних партнера, сходно чл. 180 ст. 2 ПЗ. (пресуда Основног суда у Крагујевцу, број П-1382/10 од 06.02.2013. године, необјављено).

⁷⁵⁰ Види Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). *op. cit.*, 245.

производи дејства од настанка последњег заједничког држављанства односно последњег заједничког пребивалишта у тој другој држави.“

Обим статута колизионе норме за лична и имовинска дејства истополног брака покрива личне односе супружника (узајамно помагање, одређивање места заједничког становања, вођење домаћинства итд.), лично-имовинске односе (издржавање, одговорност за другове створене за текуће потребе заједнице) и „чисто имовинске односе“ (режим имовине и управљање имовином). Практично, обим статута је исти као и код колизионе норме за (хетеросексуалан) брак из чл. 36. ЗРСЗ.⁷⁵¹ Лична дејства брака подразумевају и питање промене личног имена (презимена) такође спадају у обим овог статута (арг. из чл. 36. ЗРСЗ)⁷⁵².

За уговорна имовинска дејства истополног брака смо креирали нову колизиону норму:

„За уговорне имовинске односе истополних брачних другова меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства.

Ако право одређено у претходном ставу овог члана предвиђа да истополни брачни другови могу изабрати право које је меродавно за брачноимовински уговор, меродавно је право које су они изабрали“.

Наведена колизиона норма покрива ситуације у којима су супружници одлучили да уговором регулишу међусобне имовинске односе (уговорни брачно-имовински режим). Према новокреираној колизионој норми, уговорна имовинска дејства истополних брачних другова подлежу праву које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства. То ће, дакле, бити право државе закључења брака. Међутим, може бити и право државе у којој су супружници имали последње заједничко држављанство или последње заједничко пребивалиште током знатно дужег временског периода него у држави закључења брака и ако су се оба супружника на то право ослањали у уређивању или планирању својих имовинских односа (ставови 2 и 3. колизионе норме за лична и имовинска дејства)⁷⁵³. За форму брачно-имовинског уговора важи чл. 7. ЗРСЗ⁷⁵⁴.

Пример 1: У Данској је закључен истополан брак између два странца, али су током трајања брака стицали имовину делимично у Србији, а делимично у Данској. Претпоставимо да се претежан део њихове имовине налази у Србији. Након проблема у браку и међусобних неразумевања, одлуче да пред нашим надлежним органима расправе уделе у брачној имовини.

Међународна надлежност би могла бити заснована у складу чл. 59. ст. 2. ЗРСЗ⁷⁵⁵. У складу са ст. 1. новокреиране колизионе норме за лична и законска имовинска дејства,

⁷⁵¹ О обиму статута види Дика, М. et al (1991). op. cit., 126.

⁷⁵² У том смислу види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). Међународно приватно право – општи део, Крагујевац, 101.

⁷⁵³ Одредба је настала моделирањем чл. 26. ст. 3. Уредбе 1103/2016.

⁷⁵⁴ Дика, М. et al (1991). op. cit., 130.

⁷⁵⁵ Услови за примену чл. 59. ст. 2. јесу да тужени нема пребивалиште код нас; да тужилац има пребивалиште или боравиште у Србији у време подношења тужбе; да се већи део имовине о којој се стране споре налази у Србији, а мањи у иностранству; ако тужени пристаје да суди суд у Србији, види о томе Дика, М. et al (1991). op. cit., 209.

меродавно право за брачно-имовински режим било би данско материјално право. Да ли би домаћи судија применио клаузулу јавног поретка и одбио примену данског права зависи од тога да ли су испуњени услови за примену ове клаузуле. Међутим, како је у домаћој литератури истакнуто, тешко је да би се клаузула јавног поретка могла оправдати у случајевима имовинских права партнера, при чему ова права могу бити у диспозитивном, као и у императивном режиму.⁷⁵⁶

Штавише, код диспозитивног режима се чини неспорним да не би имало оправдања одбити примену страног права које је меродавно за дејства уговора који се односе на њихову имовину. И ПЗ је предвидео да одређени имовински односи супружника или ванбрачних партнера могу бити уређени њиховом слободном вољом (чл. 188-190 ПЗ)⁷⁵⁷, па би се тешко могло образложити да би уговор, за који је меродавно страно право, а који се односи на уређење имовинских односа на постојећој или будућој имовини партнера истог пола, на управљање и располагање њиховом заједничком имовином или уговор о поклону, закључени током трајања регистроване заједнице живота (исте оне категорије за које ПЗ у случају „традиционалног“ брака дозвољава уговорно уређивање) – по свом дејству био супротан домаћем јавном поретку. Тако би примена клаузуле јавног поретка могла довести до парадоксалног резултата (ако правила страног права меродавног за уговор не би била примењена, јер су по дејству супротна домаћем јавном поретку), пошто би судија на тај уговор морао применити правила српског облигационог права. Наше право би овакав уговор посматрало као неименовани уговор и одржало би га на снази, осим уколико би се утврдило да у конкретном случају постоји неки основ непостојања (ништавости или рушљивости) или престанка уговора. У том случају – имовински односи истополних партнера заправо би били уређено применом српског супстанцијалног права, те би домаћи јавни поредак био у већој мери дестабилизован него што би се то догодило применом страног права⁷⁵⁸.

Пример 2: Два странца су закључила истополан брак у Данској, а да су се након тога преселили, у Холандију у којој обоје имају пребивалиште и у којој су стекли одређену имовину. Пред нашим судом желе да расправе брачну имовину, у тренутку када је један од њих (тужени) стекао пребивалиште у нашој држави.

Надлежност би се могла засновати у складу са општим форумом – пребивалиште туженог из чл. 46. ст. 1. ЗРСЗ. Путем тачке везивања за имовинска дејства партнерства меродавно је материјално право Данске. Међутим, у складу са ст. 2. новоколизионе норме за лична и имовинска дејства истополног брака,⁷⁵⁹ могуће је да буде меродавно

⁷⁵⁶ Види Јовановић, М. (2016). Иностране регистроване истополне заједнице живота пред колизионим правилима српског међународног приватног права: црно-бели одраз слике дугиних боја?, у: *Liber amicorum: Гашо Кнежевић* (Ур. Т. Варади, Д. Митровић, Д. Хибер, В. Павић, М. Ђорђевић, М. Јовановић), Београд, 186.

⁷⁵⁷ На имовинске односе ванбрачних партнера сходно се примењују одредбе овог закона о имовинским односима супружника, чл. 191. ст. 2. ПЗ.

⁷⁵⁸ Види Јовановић, М. (2016). *op. cit.*, 186-187.

⁷⁵⁹ „Изузетно и на захтев једног брачног друга, суд може одлучити да за брачно-имовински режим буде меродавно право које није право из ст. 1. овог члана и ако подносилац захтева докаже да су брачни другови имали последње заједничко држављанство или последње заједничко пребивалиште у тој другој држави током знатно дужег временског периода него у држави чије би право било меродавно у складу са

неко друго право, а не данско. То је могуће на захтев једног супружника и ако подносилац захтева докаже да су брачни другови имали, примера ради, последње заједничко пребивалиште у тој другој држави (у овом случају Холандији) током знатно дужег временског периода него у Данској, у случају да су се оба брачна друга ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа. У том случају, меродавно право би било холандско.⁷⁶⁰ Према холандском праву, у случају да брачни другови нису закључили супротан споразум пре брака, реч је о заједничкој имовини (режим заједнице имовине), која обухвата сву тренутну и будућу имовину и обавезе од момента закључења брака, мада могу постојати и изузеци.⁷⁶¹ Примера ради, може се замислити да су партнери извршили улагање у заједничку имовину у складу са холандским правом (плаћали порез или административне накнаде, трошкове одржавања заједничког домаћинства).

Б. Издржавање проистекло из истополног брака

Може бити спорно да ли на издржавање између истополних супружника треба применити Хашки Протокол⁷⁶², али ми сматрамо да има места примени овог међународног извора на издржавање између истополних партнера.

Поље примене Хашког Протокола дефинисано је у чл. 1. пар. 1. и примењује се на обавезе издржавања које проистичу из, између осталог, породичних односа и брака. Као главна тачка везивања у Хашком Протоколу прописано је уобичајено боравиште повериоца издржавања,⁷⁶³ мада је допуштена и ограничена аутономија воље (чл. 7 и 8)⁷⁶⁴. Посебно правило предвиђено је за супружнике и бивше супружнике. Ово правило налаже да се на обавезе издржавања између супружника, разведених супружника или лица чији је брак поништен не примењује чл. 3, уколико се једна од странака томе противи и ако је право друге државе, нарочито државе њиховог последњег заједничког уобичајеног боравишта, у ближој вези са браком. У том случају, меродавно је право те друге државе.⁷⁶⁵ Чл. 6. Хашког Протокола прописана је тзв. одбрамбена клаузула, према којој дужник издржавања може оспоравати повериочев захтев за издржавање, у случају да обавеза издржавања не постоји ни према праву државе уобичајеног

ст. 1. овог члана и ако су се оба брачна друга ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа".

⁷⁶⁰ По нашем мишљењу, примена овог изузетка не би била могућа у случају да је не надлежност заснована у складу са чл. 59. ЗРСЗ, јер ако се целокупна имовина или претежан део имовине налази у Србији, онда се истополни супружници нису могли ослањати на холандско право приликом уређивања имовинских односа која се налази у Србији, већ су се могли ослањати само на српско право. Српско право не уређује брачно-имовинске односе између истополних партнера.

⁷⁶¹ Види Vlaardingerbroek, P. (2016). Family law у: Introduction to Dutch law (ed. by Jeroen Chorus, Ewoud Hondius, Wim Voermans), Kluwer, 69.

⁷⁶² Ратификован у нашем правном систему 2013. године, Закон о потврђивању протокола о меродавном праву за обавезе издржавања (Сл. гласник РС – Међународни уговори, 1/2013).

⁷⁶³ Види чл. 3. Хашког Протокола.

⁷⁶⁴ Те могућности у складу са чл. 8. Хашког Протокола су: право државе чије држављанство има једна од странака у тренутку избора, право државе уобичајеног боравишта једне од странака у тренутку избора, право које су странке изабрале као меродавно за своје имовинске односе или право које је заиста примењено на ове односе, право које су странке изабрале као меродавно за свој развод или раставу или право које је заиста примењено на њихов развод или раставу.

⁷⁶⁵ Види чл. 5. Хашког Протокола.

боравишта дужника, ни према праву заједничког држављанства странака (ако постоји). Коришћење ове клаузуле није могућа када је реч о обавезама издржавања родитеља према деци, односно обавезама издржавања између супружника и бивших супружника.⁷⁶⁶

Хашки Протокол о издржавању има велики број потписница.⁷⁶⁷ Један део њих усваја истополне бракове, један део само регистрована партнерства, а остатак нема регулисан ниједан облик истополне заједнице живота. Зато и не чуди што Хашки Протокол не одређује појам брака или породичног односа, већ наводи да одлуке донете његовом применом не утичу на постојање било ког односа из става 1. (нпр. породични однос, брак и сл).⁷⁶⁸

Имајући у виду да Хашки Протокол не дефинише „породичне односе“, примена колизионих норми овог извора зависиће од тога ли се један однос у праву државе уговорнице (праву државе суда) сматра „породичним односом“, који ствара обавезу издржавања. Према томе, Хашки Протокол не решава дилему да ли га треба применити и на истополне бракове или регистроване партнере и одлука о томе да ли поменути однос представља *брак* или *породични однос* зависи од схватања усвојеног у праву државе суда⁷⁶⁹. Следствено томе, од одговора на наведено питање зависиће да ли се меродавно право за тај однос одређује применом националних колизионих норми, колизионих норми Хашког Протокола које се односе на регулисање односа супружника или одредаба овог извора које регулишу односе између других сродника.⁷⁷⁰

У правној литератури постоје различити ставови по питању примене Хашког Протокола на истополне заједнице живота. У периоду када Немачка није регулисала ни регистровано партнерство, Хаусман (*Hausmann*) је био става да се „обавеза издржавања из породичних односа“, према Хашкој Конвенцији о меродавном праву за обавезе издржавања из 1973. године (претеча Хашког Протокола), може схватити широко и обухватити обавезе издржавања, настале из регистрованих партнерстава. Међутим, он чини и ограду тако што би се, у случају одбацивања таквог тумачења, одговарајуће колизионе норме ЕGBGB, које се односе на издржавање, (аналогно или непосредно) примениле.⁷⁷¹ Затим, у периоду када је Немачка уређивала регистровано партнерство, али не и истополан брак, примена Хашког Протокола се сугерисала за обавезе

⁷⁶⁶ Види Бордаш, Б. Ђундић, П. (2013). Хашки Протокол праву меродавном за обавезе издржавања – најновији извор Међународног приватног права Србије, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2013, 149.

⁷⁶⁷ Аустрија, Белгија, Бразил, Бугарска, Хрватска, Кипар, Чешка, Естонија, Европска Унија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Ирска, Италија, Казахстан, Летонија, Литванија, Луксембург, Малта, Холандија, Пољска, Португал, Румунија, Србија, Словачка, Словенија, Шпанија, Шведска и Украјина. У свим овим државама, осим у Украјини, протокол је ступио на снагу. Види преглед држава потписница на <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=133>, приступљено 31.08.2018. године.

⁷⁶⁸ Види чл. 1. ст. 2. Хашког Протокола.

⁷⁶⁹ Бордаш, Б. Ђундић, П. (2013). *op. cit.*, 138.

⁷⁷⁰ Бордаш, Б. Ђундић, П. (2013). *op. cit.*, 138.

⁷⁷¹ Види Hausmann, R. (2000). Überlegungen zum kollisionsrecht registrierter partnerschaften, in: FS für Dieter Henrich (Eds. P. Gottwald, E. Jayme, D. Schwab), 260. са даљим упућивањима на немачку литературу.

издржавања из страног регистрованог партнерства (јер потпада под појам „породичне везе“),⁷⁷² али и из страног истополног брака (чл. 3. и 5. Хашког Протокола).⁷⁷³

И поред аргумента који стоји у прилог непримене Хашког Протокола на истополне заједнице живота, а то је чињеница да је реч о *lex fori* непознатим правним институтима, у прилог позитивног одговора стоји више аргумената. Поред наведених позитивних ставова немачке правне доктрине, приликом тумачења Хашког Протокола се води рачуна о његовом међународном карактеру и потреби промовисања једнообразности његове примене⁷⁷⁴. У Извештају Сталог бироа Хашке Конвенције наведено је да се у случају држава уговорница, које установе блиске браку (као што је истополан брак или регистровано партнерство) не сматрају браком, меродавно право одређује на основу других правила Хашког Протокола, пре свега чланова 3. и 6.⁷⁷⁵ Са тим у вези, "породичне везе" треба најшире могуће тумачити и укључити било који породичноправни однос који ствара међусобну обавезу издржавања. Надаље, одговор на питање да ли обавеза издржавања уопште постоји, зависиће од меродавног права до којег се долази путем колизионих норми Хашког Протокола. Поред тога, Хашки Протокол је ратификацијом постао саставни део нашег колизионог права, што је Нацртом Новог ЗМПП експлицитно и наведено.

На крају, домаћи судија има увек могућност да одбије примену страног меродавног права, у случају да је оно очигледно супротно јавном поретку наше државе (13. Хашког Протокола).^{776/777} О јавном поретку се може радити у случају оне државе уговорнице Хашког Протокола која не познаје одређени правни однос (нарочито када је реч о истополним партнерствима), иако статут издржавања признаје захтев за издржавање таквом правном односу.⁷⁷⁸

Према томе, слободно можемо закључити да постоји више аргумената који стоје у прилог примене Хашког Протокола на истополне заједнице живота, иако са нестрпљењем очекујемо судску праксу по овом питању. У том смислу, на судској пракси лежи одговор на питање да ли захтеви за издржавање проистекли из истополних заједница живота представљају повреду нашег јавног поретка или не⁷⁷⁹.

⁷⁷² Види Martiny D. (2012). *op. cit.*, 246.

⁷⁷³ Ако Хашки Протокол, према чл. 3, 5. упуту на немачко право као меродавно, на истополан брак пуноважно закључен у иностранству, сходно се примењују материјалноправне одредбе за регистровано партнерство, види Andrae, M. (2014). *Internationales Familienrecht*, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 719-720, §10 Eingetragene Lebenspartnerschaften, Rn. 70 – 71.

⁷⁷⁴ Вид чл. 20. Хашког Протокола.

⁷⁷⁵ Види Извештај о објашњењима Протокола од 23.11.2007. о праву меродавног за обавезе издржавања, састављен од Андреа Бономија (Andrea Bonomi), Стални биро Хашке Конференције, доступно на <https://assets.hcch.net/docs/9975314d-3097-41e3-91b8-f5913d14ffb7.pdf>, приступљено 31.05.2021, 16, тач. 31.

⁷⁷⁶ Чл. 13. Хашког Протокола гласи: „Примена права које је меродавно на основу Протокола може бити одбијена само у обиму у коме су његова дејства очигледно супротна јавном поретку државе суда.“

⁷⁷⁷ Упућивање путем колизионе норме Хашког Протокола ће свакако бити материјалноправно, јер овај извор искључује *renvoi* (чл. 12. Хашког Протокола).

⁷⁷⁸ Mankowski (2016). Art. 13. HUP, у: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Sellier – de Gruyter, Berlin, Rn. 22.

⁷⁷⁹ Види Живковић, М. (2013). О примени Хашког Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Републике Србије, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 65, година LI, 90.

Узимајући у обзир наведени став, покушаћемо да примену Хашког Протокола испитамо путем примера. **Пример: Два странца су закључила истополан брак у Холандији, где обоје живе. Претпоставимо да један од супружника захтева издржавање током трајања брака од стране другог супружника и сазнаје да други супружник има велики новац на рачуну једне српске банке, за који до тада није знао. Револтиран тим прећуткивањем, проналази адвоката у Србији и сазнаје за ниже судске трошкове у Србији и затим одлучи да покрене тужбу за наплату законског издржавања пред судом у Србији, позивајући се на чл. 68. ЗРСЗ (форум имовине из којег се може наплатити издржавање).**

Претпоставимо да је надлежност заснована у складу са наведеном одредбом, односно да тужени има довољно имовине у Србији из које се може наплатити издржавање. Према општем колизионом правилу Хашког Протокола (чл. 3.), меродавно би било право државе уобичајеног боравишта повериоца. Имајући у виду да поверилац има уобичајено боравиште у Холандији, за издржавање између супружника меродавно је холандско право. Домаћи судија ће свакако испитивати услове за примену клаузуле јавног поретка и одбијање страног права. На овом месту нам постојање блиске везе не делује извесно, јер је једина веза са домаћом државом новац на рачуну наше банке. При том, у домаћој литератури је истакнуто да је упитно колико би позивање на клаузулу јавног поретка било оправдано у области издржавања, имајући у виду да је законско издржавање супружника израз принципа породичне и друштвене солидарности, односно новчане и личне сигурности супружника. У случају да се одбије примена страног права и не досуди издржавање истополном партнеру, проблем лица који нема довољно средстава за живот неће бити решен.⁷⁸⁰ Из тог разлога сматрамо да у овом примеру не треба применити клаузулу јавног поретка, посебно имајући у виду незнатну блиску везу случаја са домаћом државом. Како у овом случају има места примени холандског права, реч је заправо о тзв. ублаженом дејству јавног поретка.

2.2.2. Регистровано партнерство

А. Имовинска дејства регистрованог партнерства

За лична и имовинска дејства регистрованог партнерства креирали смо нове колизионе норме и оне гласе:

„За раскид, лична и законска имовинска дејства регистрованог партнерства меродавно је право државе по којем је регистровано партнерство засновано, односно право државе у којој је партнерство регистровано.

Изузетно и на захтев једног регистрованог партнера, суд може одлучити да за имовинска дејства проистекла из регистрованог партнерства буде меродавно право које није право из ст. 1. овог члана, ако право те друге државе институту регистрованог партнерства придаје имовинска дејства и ако подносилац захтева докаже да су регистровани партнери имали последње заједничко држављанство или последње заједничко пребивалиште у тој другој држави током знатно дужег

⁷⁸⁰ Види у том смислу Јовановић, М. (2016). *op cit.*, 187.

временског периода него у држави у којој је партнерство регистровано и ако су се оба регистрована партнера ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа.

Право те друге државе примењује се од настанка регистрованог партнерства, осим ако се томе успротиви један партнер. У потоњем случају право те друге државе производи дејства од настанка последњег заједничког држављанства, односно последњег заједничког пребивалишта у тој другој држави“.

За уговорне имовинске односе регистрованог партнерства такође смо креирали нову колизиону норму:

„За уговорне имовинске односе регистрованих партнера меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства“.

Примену ових колизионих норми сагледаћемо са аспекта две групе питања - расправљање о имовини стеченој током трајања партнерства и издржавање.

Пример 1: Регистровано партнерство је закључено у Хрватској између два хрватска држављанина током 2016. године. Међутим, партнери се 2017. године селе из Дубровника за Бари, где проналазе посао и ту пребивају. Међутим један од партнера долази у нашу државу да ради. Тужилац сада жели да се пред нашим органом расправе удели у заједничкој имовини коју су стекли током трајања партнерства. Тужени има пребивалиште код нас.

Међународна надлежност нашег суда би се могла засновати у складу са одредбом о општој надлежности из чл. 46. ЗРСЗ, према пребивалишту туженог. За наведено правно питање примењујемо новокреирану колизиону норму за раскид, лична и имовинска дејства регистрованог партнерства. Према ст. 1. ове колизионе норме меродавно би било хрватско право јер је партнерство закључено у Хрватској. Међутим, има места примени и ст. 2. новокреиране колизионе норме, јер су се партнери преселили за Италију, где су живели током знатно дужег временског периода, у односу на дужину живота у Хрватској. Према томе, уместо хрватског права суд би могао применити италијанско материјално право, у случају да то захтева један регистровани партнер, у складу са ст. 2. новокреиране колизионе норме за раскид, лична и имовинска дејства регистрованог партнерства. Италијанско право придаје имовинска дејства регистрованом партнерству⁷⁸¹. Претпоставимо да је тај партнер, подносилац захтева, доказао да су имали последње заједничко пребивалиште у Италији током знатно дужег временског периода (од 2017. године па до подношења тужбе за утврђивање удела у заједничкој имовини) и да су се на италијанско право ослањали у уређивању или планирању својих имовинских односа. На крају, домаћи судија ће у овом примеру испитивати да ли су испуњени услови за примену клаузуле јавног поретка, односно да ли треба одбити примену италијанског права.

⁷⁸¹ Види о томе Ferrari, I. (2017). Family relationships in Italy after the 2016 reform: the new provisions on Civil Unions and cohabitation, у: International Survey of family law, 2017. Edition (General Editor Margaret F Brinig, Associate Editor, Africa, Fareda Banda), 183.

Б. Издржавање регистрованих партнера

Претпоставимо да су у претходном примеру регистровани партнери извршили избор меродавног права у складу са чл. 8. Хашког Протокола и, након што су се преселили у Бари, одабрали италијанско право⁷⁸². И у овом случају ће судија испитивати да ли су испуњени услови за примену клаузуле јавног поретка и да ли је потребно одбити примену италијанског права.

2.2.3. *De facto* истополна заједница

За лична и имовинска дејства (укључујући и издржавање) фактичке истополне заједнице креирали смо нову колизиону норму, која гласи:

„За престанак, лична и законска имовинска дејства фактичке истополне заједнице меродавно је право државе заједничког пребивалишта партнера у тренутку када су се стекли услови за заснивање.

За уговорне имовинске односе фактичких истополних партнера меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства“.

А. Имовинска дејства

Пример 1: Претпоставимо да су два Хрвата живели у неформалном животном партнерству у Загребу и тамо стекли имовину. Иако тешко можемо претпоставити да уопште имају потребу да пред нашим органима утврђују уделе у заједнички стеченој имовини, претпоставимо да је тужени стекао наше пребивалиште и да би се надлежност могла засновати по основу опште надлежности (пребивалиште туженог).

Према хрватском Закон о животном партнерству особа истога пола⁷⁸³ (у даљем тексту: ЗЖПОИС), неформално животно партнерство траје најмање три године.⁷⁸⁴ Према новокреираној колизионој норми (која има тачку везивања пребивалиште партнера у моменту када су се стекли услови за заснивање), за наведено правно питање меродавно је хрватско право. Домаћи судија ће у сваком случају испитивати јавни поредак, иако нам у овом случају веза случаја са домаћом државом не изгледа блиска. То би омогућило примену хрватског права за утврђивање удела у заједнички стеченој имовини, односно дошло би до тзв. ублаженог дејства јавног поретка.

Пример 2: Ако бисмо у претходном (првом) примеру изменили чињеницу и да је реч о нашем држављанину и Хрвату који су годинама живели у Загребу и затим се преселили за Србију, пронашли стан, стекли имовину, личне и професионалне контакте, ситуација би била можда другачија.

⁷⁸² У складу са ч. 8. Хашког Протокола, поверилац и дужник могу изабрати право, између осталих могућности, уобичајеног боравишта једне од странака у тренутку избора.

⁷⁸³ НН 92/14, 98/19.

⁷⁸⁴ Неформално животно партнерство је заједница породичног живота две особе истога пола, које нису склопиле животно партнерство пред надлежним телом, ако заједница траје најмање три године и од почетка су биле испуњене претпоставке за пуноважност животног партнерства (чл. 3. овог Закона). Њено постојање доказује се на исти начин као и ванбрачна заједница. У случају спора између партнера, постојање овог неформалног животног партнерства доказује се пред надлежним судом (чл. 3. ЗЖПОИП).

Током ове године се растају и желе да пред домаћим органом расправе уделе у стеченој заједничкој имовини. Међународна надлежност би се могла засновати у складу са чл. 46. ЗРСЗ, јер тужени има пребивалиште код нас. Према новокреираној колизионој норми, меродавно је право државе заједничког пребивалишта партнера у тренутку када су се стекли услови за заснивање, а то је хрватско право. И у овом случају ће домаћи судија морати да утврђује постојање блиске везе случаја са домаћом државом, да би одлучио да ли треба одбити примену хрватског права.

Б. Издржавање фактичких истополних партнера

Претпоставимо да један од два хрватска држављанина из примера 1 наведеног изнад тражи издржавање проистекло из хрватске фактичке истополне заједнице. Пошто тужени има пребивалиште код нас, надлежност у овом спору би се могла засновати путем одредбе о општој надлежности. Како примењујемо чл. 3. Хашког Протокола на ово правно питање, меродавно право би било хрватско, јер је то право државе у којој поверилац издржавања има уобичајено боравиште. Хрватско право предвиђа обавезу издржавања између неформалних животних партнера.⁷⁸⁵ На овом месту би домаћи судија испитивао да ли има места примени чл. 13. Хашког Протокола и одбијања примене хрватског права, односно да ли су његова дејства очигледно супротна домаћем јавном поретку. У том смислу ће испитивати да ли су испуњени услови за примену ове клаузуле.

⁷⁸⁵ Оно има лична и имовинска дејства на која се (на одговарајући начин) примењују одредбе поменутог закона у подручју личних права, односа везаних за децу и имовински односа (регистрованих) партнера (чл. 4. ст. 1. ЗЖПОИС). Према чл. 39. ст. 2. овог закона: „На издржавање животних партнера на одговарајући начин се примењују одредбе посебног закона којим се уређују породични односи, а односи се на издржавање брачних другова“.

ДЕО V – Наследноправна питања проистекла из иностраних истополних заједница живота

У овом поглављу дисертације разматрају се наследна права партнера из истополних заједница живота закључених у иностранству. Зато се најпре елаборирају одредбе о директној међународној надлежности и колизионе норме за наследноправна питања са елементом иностраности из ЗРСЗ. Након тога се долази до одговора на питање каква су наследна права партнера из оваквих заједница у нашој држави и пред нашим поступајућим органима. У случају када је за наслеђивање меродавно домаће право, испитује се могућност методолошког средства супституције.

1. Међународна надлежност за наследноправна питања

Заснивање опште међународне надлежности за наследноправна питања са елементом иностраности није могуће, јер се примењују основи о посебној надлежности из ЗРСЗ (чл. 71-73). Ови посебни основи надлежности као главне критеријуме предвиђају држављанство оставиоца, да ли заоставштину чине покретне или непокретне ствари и став права стране државе у којој се заоставштина налази о надлежности њених органа за спровођење оставинског поступка.⁷⁸⁶ Од других основа надлежности, могуће је да се заснује реторзиона надлежност из чл. 48. ЗРСЗ, јер она није искључена у ванпарничном поступку.⁷⁸⁷

За расправљање заоставштине српског држављанина, надлежност суда је предвиђена чл. 71. ЗРСЗ⁷⁸⁸. Када је реч о непокретностима које се налазе у Србији, надлежност је искључива (чл. 71. ст. 1. ЗРСЗ). Ако се непокретна заоставштина нашег држављанина налази у иностранству, надлежност нашег суда постојаће само ако по *lex rei sitae* није надлежан њен орган. За расправу покретне заоставштине српски суд је елективно надлежан ако се покретност (српског држављанина) налази у Србији, а ако се налази у иностранству, надлежност је помоћна тј. ако по праву државе у којој се покретност налази није надлежан страни орган, односно ако тај орган одбије да

⁷⁸⁶ Види Дика, М. et al (1991). Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 233.

⁷⁸⁷ Види Ibid., 177.

⁷⁸⁸ „(1) За расправљање непокретне заоставштине југословенских (српских – М.П.) држављана постоји искључива надлежност суда Савезне Републике Југославије (Србије – М.П.) ако се та заоставштина налази у Савезној Републици Југославији (Србији – М.П.). (2) Ако се непокретна заоставштина југословенског (српског – М.П.) држављанина налази у иностранству, надлежност суда Савезне Републике Југославије (Србије – М.П.) постоји само ако по праву државе у којој се налазе непокретности није надлежан њен орган. (3) Надлежност суда Савезне Републике Југославије (Србије – М.П.) за расправљање покретне заоставштине југословенског (српског – М.П.) држављанина постоји ако се покретности налазе на територији Савезне Републике Југославије (Србије – М.П.) или ако по праву државе у којој се покретности налазе није надлежан страни орган, односно ако тај орган одбија да расправља заоставштину. (4) Одредбе ст. 1. до 3. овог члана односе се и на надлежност у споровима из наследноправних односа и на спорове о потраживањима поверилаца према заоставштини”.

расправља заоставштину (чл. 71. ст. 3)⁷⁸⁹. Међутим, ако се целокупна имовина оставиоца (нашег држављанина) или један њен део налази у иностранству, наш суд може расправљати о целокупној или делу заоставштине, једино ако орган стране државе није надлежан, тако да наш орган мора испитати одредбе о директној међународној надлежности дотичне државе.⁷⁹⁰ Следствено томе, ако се део заоставштине мора расправити у иностранству, орган те државе ће до меродавног права за наслеђивање доћи путем својих колизионих норми⁷⁹¹.

Друга група случајева односи се на надлежност за расправљање заоставштине страног држављанина (чл. 72. ЗРСЗ)⁷⁹². Надлежност суда Србије је искључива када је реч о расправљању непокретне заоставштине, ако се непокретности налазе у Савезној Републици Југославији (чл. 72. ст. 1. ЗРСЗ). За расправљање покретне заоставштине страног држављанина која се налази у Србији надлежан је наш суд, осим ако у држави оставиоца суд није надлежан за расправљање покретне имовине југословенских држављана. Надлежност српског суда постојаће, дакле, само ако се и судови државе, чији је држављанин оставилац, оглашавају надлежним да расправљају покретну заоставштину нашег држављанина која се налази на територији стране државе која је у питању.

Трећа група случајева односи се на надлежност за расправљање заоставштине апатрида, лица чије се држављанство не може утврдити и избеглица (чл. 73. ЗРСЗ). Када је реч о непокретностима на територији Србије – надлежност нашег суда је искључива (чл. 73. ст. 1. ЗРСЗ). Када је реч о покретностима које чине заоставштину, надлежност суда Србије постоји ако се покретности налазе у Србији или ако је оставилац у време смрти имао пребивалиште у Србији (чл. 72. ст. 2. ЗРСЗ). Иако се језичким тумачењем чини да је реч о алтернативно постављеним условима, ипак је реч о редакцијској грешци⁷⁹³ и да је реч о кумулативним условима. Према чл. 73. ст. 4. ЗРСЗ, ако оставилац апатрид, лице чије се држављанство не може утврдити или избеглица није имао пребивалиште у Србији, сходно ће се примењивати одредбе које се односе на расправљање заоставштине страног држављанина (државе у којој је оставилац имао пребивалиште у моменту смрти).

⁷⁸⁹ Да ли тај орган одбија да расправља, требало би тврдити на бази одговарајућег акта тог органа, види Дика, М. et al (1991). op. cit., 235.

⁷⁹⁰ Види Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). Међународно приватно право: посебан део, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 193.

⁷⁹¹ Види Ibid., 194.

⁷⁹² „(1) За расправљање непокретне заоставштине страног држављанина постоји искључива надлежност суда Савезне Републике Југославије (Србије – М.П.) ако се непокретности налазе у Савезној Републици Југославији (Србији – М.П.). (2) За расправљање покретне заоставштине страног држављанина која се налази у Савезној Републици Југославији (Србији – М.П.) надлежан је суд Савезне Републике Југославије (Србије – М.П.), осим ако у држави оставиоца суд није надлежан за расправљање покретне имовине југословенских (српских – М.П.) држављана. (3) Одредбе ст. 1. и 2. овог члана се односе и на надлежност у споровима из наследноправних односа и у споровима о потраживањима поверилаца према заоставштини. (4) Кад не постоји надлежност суда Савезне Републике Југославије (Србије – М.П.) за расправљање заоставштине страног држављанина, суд може одредити мере за обезбеђење заоставштине и за заштиту права према-- заоставштини која се налази у Савезној Републици Југославији (Србији – М.П.). “

⁷⁹³ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 241.

Када би применом наведених норми о међународној надлежности постојала надлежност суда РС за одлучивање о заоставштини умрлог партнера из истополне заједнице живота законито настале у иностранству, питање наследних права надживелог партнера над заоставштином другог партнера представљало би само један од аспеката такве заједнице. Каква ће наследна права партнера из оваквих заједница бити и да ли они могу да наслеђују зависиће од меродавног права које се одређује путем домаће колизионе норме. У наставку ће бити елаборирана колизионоправна решења у нашем правном систему.

2. Меродавно право за наследноправна питања

2.1. Колизиона норма за наслеђивање

Основна колизиона норма за наслеђивање је чл. 30. ст. 1. ЗРСЗ: „за наслеђивање је меродавно право државе чији је држављанин оставилац у моменту смрти.“ Иако је у нашем правном систему усвојен принцип јединствене заоставштине⁷⁹⁴, може се догодити да он не буде у потпуности спроведен у нашем правном систему. То ће се догодити у случају примене института *renvoi*, тако да у наследноправним односима долази до колизионоправног, а не материјалноправног упућивања. Због тога је могуће да колизионе норме наше државе упуте на право државе која познаје принцип подељене заоставштине и те колизионе норме треба да се поштују.

Због примене института *renvoi*, могуће је да наша колизиона норма упуту на право државе која предвиђа могућност одређивања меродавног права путем аутономије воље оставиоца за расподелу заоставштине⁷⁹⁵, али наш правни систем ту могућност не предвиђа. Ако је завешталац (истополни партнер) одредио тестаментом или посебном изјавом да ће на наслеђивање бити примењено одређено право, одлука домаћег суда о прихватању или неприхватању таквог избора зависиће од меродавног права, до којег се долази путем домаћих колизионих норми. Ако је завешталац наш држављанин, онда би меродавно право било домаће и таква одредба у тестаменту не би имала правно дејство, јер наше право не предвиђа аутономију воље као посебну колизиону норму за наследноправна питања. Ако је, пак, завешталац страни држављанин, меродавно право за наслеђивање би било страно, те би требало утврдити да ли то страно право допушта аутономију воље за одабир меродавног права за тестамент или наслеђивање. Ако је то могуће, наш суд ће расправити заоставштину применом одредаба изабраног права (што може бити и наше наследно право)⁷⁹⁶.

У домен наследноправног статута спадају, пре свега: питање основа позивања на наслеђе, тренутак стицања наслеђа, круг и својства лица која могу бити одређена за

⁷⁹⁴ Види Варади, Т. et al, (2010). Међународно приватно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 341. и даље.

⁷⁹⁵ Аутономију воље предвиђа Уредба 650/2012 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању и извршењу јавних исправа у наследним стварима и о креирању европског сертификата за наслеђивање од 04. јула 2012. године (Сл. лист 2012, L 201/107).

⁷⁹⁶ Види Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). op. cit., 203.

наследнике и сл.⁷⁹⁷ Са тим у вези, ако наследноправном питању претходи (претходно) питање да ли постоји одређени правни однос (нпр. брак), који представља основ за позивање на наслеђе, меродавно право ће бити оно за тај однос.⁷⁹⁸ Тако, одређивање круга наследника може зависити од решења претходног питања да ли постоји (или је пуноважан) истополни брак или регистровано партнерство.

Наслеђивање између истополних партнера неће створити проблем ако је оставилац за живота саставио тестамент, којим је располагао својом имовином која се налази у Србији. У пракси то може бити често, јер ће се тастатор распитати о законодавним прописима Србије, која не уређује истополне заједнице живота. Елемент иностраности код тестаменталног наслеђивања постојаће ако је тестамент састављен у иностранству, ако га је саставио страни држављанин, домаћи држављанин са пребивалиштем, односно боравиштем у иностранству или завештање које се односи на имовину у иностранству.⁷⁹⁹

Меродавно право за тестаменталну *способност* одређује се у складу са чл. 30. ст. 2. ЗРСЗ, који води до права држављанства завештаоца у моменту састављања тестамент⁸⁰⁰. За *садржинска* питања тестамент меродавно је право одређено у складу са чл. 30. ст. 1. ЗРСЗ, а реч је о држављанству тастатора у моменту смрти⁸⁰¹. Питање меродавног права за форму тестамент је, бар у европском делу света, усаглашено Хашком конвенцијом о сукобима закона у погледу тестаменталних одредаба из 1961. године (која је инкорпорирана и у чл. 31. ЗРСЗ, који се односи на форму тестамент)⁸⁰². На крају, ЗОН познаје и међународно завештање као облик тестамент, који је уврштен у наше законодавство Законом о ратификацији Конвенције о једнообразном закону о облику међународног тестамент⁸⁰³. Домаћи судија ће са завештањем истополног партнера поступати као са сваким другим и испитати да ли је пуноважно у погледу форме, да ли је тастатор био тестаментално способан и да ли је располагање било у складу са меродавним *lex causae*.

Међутим, може се десити да партнер из истополне заједнице живота, закључене у иностранству, пропусти да за собом остави тестамент или, пак, изненада умре пре него што га је оставио. У том смислу су наредна разматрања фокусирана на ситуације када оставилац није оставио тестамент и тада је реч о законском наслеђивању. Наследна права истополних партнера су подељена на три категорије: права супружника из

⁷⁹⁷ Дика, М. et al (1991). op. cit., 107.

⁷⁹⁸ Види о свему овоме више Дика, М. et al (1991). op. cit., 101 – 103.

⁷⁹⁹ У том смислу види Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). op. cit., 198.

⁸⁰⁰ О појму, природи, елементима тестаменталне способности види Петровић, М. (1985). Сукоб закона код тестаменталног наслеђивања са страним елементом, магистарски рад, Правни факултет Универзитета „Светозар Марковић“ у Крагујевцу, 47. и даље

⁸⁰¹ Обим питања која се уређују овим статутом (код тестаменталног наслеђивања) јесу: слобода располагања и облици располагања имовином за случај смрти, ограничења круга лица која могу бити универзални и сингуларни сукцесори, могућност ограничавања располагања условима, роковима, налозима, услови ништавости тестамент итд, о томе види Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 347.

⁸⁰² Правила ове конвенције преузете се у поменути чл. 31. ЗРСЗ, с тим што је законодавац увео још једну тачку везивања, алтернативно постављену, за одређивање меродавног права за форму тестамент (ради остваривања принципа *in favor testamenti*) – реч је о тачки везивања *lex fori*.

⁸⁰³ "Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори", број. 3/77.

истополног брака, партнера из регистрованог партнерства и партнера из фактичке истополне заједнице.

3. Наследноправни положај супружника из истополног брака

Наследна права надживелог супружника из истополног брака закљученог у иностранству зависиће од меродавног права, одређеног путем домаће колизионе норме чл. 30. ст. 1. ЗРСЗ. Како ова колизиона норма може упутити како на страну, тако и на домаће право, раздвајамо две ситуације - када је меродаван страни и када је меродаван домаћи статут.

3.1. Правни положај надживелог супружника када је меродаван страни наследни статут

Колизиона норма чл. 30. ЗРСЗ предвиђа тачку везивања држављанство, која ће за оставиоца страног држављанина довести до страног права. Правни системи, у којима су дозвољени истополни бракови, различито регулишу наследна права оваквих супружника.

У Белгији, наследна права надживелог брачног друга зависе од тога да ли је оставилац имао законске наследнике или не. Ако је оставилац имао законске наследнике, надживели брачни друг има право на плодуюживање на целокупној заоставштини, док законски наследници постају власници. У случају да оставилац нема законске наследнике, односно ако је иза себе оставио само брачног друга, он наслеђује целокупну заоставштину. У Данској, брачни друг је законски наследник, па ако су иза оставиоца остали брачни друг и потомци, брачни друг наслеђује половину заоставшине, а другу половину наслеђују потомци. У случају да иза оставиоца не остану потомци, онда брачни друг наслеђује целокупну заоставштину⁸⁰⁴.

Наследна права брачног друга у француском правном систему зависе од чињенице да ли оставилац има законских наследника и да ли га наслеђују преци или потомци. Ако оставилац нема законских наследника, ни предака, ни потомака, преживели брачни друг наслеђује целокупну заоставштину. У случају да брачни друг наслеђује са прецима оставиоца, заоставштина се дели на пола, једну половину добија брачни друг, а другу половину мајка и отац (с тим да ако је један од родитеља преминуо, његов део такође наслеђује брачни друг). Ако брачни друг наслеђује заједно са потомцима оставиоца, има право избора и може бирати између права плодуюживања на целој заоставштини или право да наследи $\frac{1}{4}$ заоставштине.⁸⁰⁵

У Холандији брачни друг наслеђује целокупну заоставштину, у случају да оставилац није имао потомака, а уколико брачни друг наслеђује са потомцима, онда заоставштину деле на једнаке делове. Међутим, да би се заштитио брачни друг,

⁸⁰⁴ Види Класичек, Д. (2013). Законско наслеђивање истополних партнера у Републици Хрватској у постојећем законском оквиру, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, в. 34, број 2, 970-971.

⁸⁰⁵ Чл. 757 француског грађанског законика; Види Класичек, Д. (2013). *op. cit.*, 971-972.

прописана је могућност да брачни друг наследи целокупну заоставштину, а да потомци имају право на исплату свог законског наследног дела или могу захтевати свој део у натури. У Шпанији, ако је брачни друг једини наследник, наслеђује целокупну заоставштину, а уколико конкурише за наслеђивање са потомцима оставиоца, онда заоставштину деле на једнаке делове, с тим да брачни друг има и право плодуживања на трећини заоставштине⁸⁰⁶.

У немачком правном систему, надживели супружник преминулог има право на једну четвртину заоставштине, поред сродника у првом степену, а на једну половину заоставштине поред сродника у другом степену или бабама и дедама (1931. BGB).

Истополни брак се не уклапа у концепт брака у домаћем правном систему, тако да одговор на питање да ли треба применити страни наследни статут, према којем је истополни брак основ позивања на наслеђе, зависи од потребе примене клаузуле јавног поретка. Та потреба се може препознати у случају када постоји довољно блиска веза случаја са домаћом државом, при чему је тангиран наш правни систем.

Пример 1: А је белгијски држављанин, а Б је немачки држављанин. Закључили су истополни брак у Белгији и имају пребивалиште у Немачкој. Немац се бавио грађевинским пословима свуда по свету. Једном приликом је обавио велики грађевински подухват у Србији, тако да је за потребе тог посла купио гарсоњеру надомак Београда. Немац умире 2019. године у Хамбургу. Да ли ће Белгијанац моћи да га наследи након његове смрти?

Међународна надлежност нашег суда заснована је у складу са чл. 72. ст. 1. ЗРСЗ, када је надлежност искључива. Истополни брак пуноважно је закључен и то применом чл. 46. ст. 1. белгијског ЗМПП, зато што и Немачка и Белгија дозвољавају закључење истополног брака. За формалну пуноважност брака, према чл. 47. ст. 1. белгијског ЗМПП, меродавно је право према *lex loci celebrationis*.⁸⁰⁷

У складу са чл. 30. ст. 1. ЗРСЗ, за наслеђивање је меродавно право државе чији је оставилац био држављанин у моменту смрти. С обзиром да је оставилац био немачки држављанин, наша колизиона норма (због примене *renvoi* и чл. 6. ст. 1. ЗРСЗ) упућује на немачко право. Пошто је у Немачкој на снази Уредба о наслеђивању (за лица која су умрла након 17. августа 2015. године), онда прво морамо видети њена решења. Чл. 21. Уредбе о наслеђивању предвиђа да је меродавно право за наслеђивање у целости, право оне државе у којој је умрли имао своје уобичајено боравиште у тренутку смрти. Како је оставилац у време смрти имао уобичајено боравиште у Немачкој, меродавно је немачко право, према којем супружници (па и истополни супружници, након 2017. године, када је уведен истополни брак⁸⁰⁸) наслеђују у складу са §1931 BGB.

Да ли домаћи судија у овом случају може да се позове на јавни поредак? По нашем мишљењу, случај има слабу везу са домаћом државом⁸⁰⁹, јер су се све чињенице од

⁸⁰⁶ Види Класичек, Д. (2013). *op. cit.*, 972-974.

⁸⁰⁷ За чл. 46. и 47. белгијског ЗМПП види део 3.1.4. дисертације.

⁸⁰⁸ За истополан брак важе исте наследноправне одредбе као за хетеросексуалан брак, види Leipold (2020). §1931 BGB, у: *Münchener Kommentar zum BGB*. 8. Auflage, Rn. 7.

⁸⁰⁹ Сличан пример код наследних права истополних супружника где се не одбија примена страног права види Јовановић, М. (2016). Иностране регистроване истополне заједнице живота пред колизионим правилима српског међународног приватног права: црно-бели одраз слике дугиних боја?, у: *Liber amicorum: Гашо Кнежевић* (Ур. Т. Варади, Д. Митровић, Д. Хибер, В. Павић, М. Ђорђевић, М.

значаја за расправљање заоставштине догодиле у иностранству, односно реч је о дејству правног односа који је настао у иностранству⁸¹⁰. Према томе, домаћи суд ће применити немачко право и расправити заоставштину, а белгијски држављанин ће добити онолики део заоставштине, колико је то прописано поменутом немачком нормом.

Међутим, у другачијем распореду чињеница, резултат можда не би био исти. **Пример 2: А је српски држављанин, а Б је шведски држављанин. Закључили су истополни брак у Белгији. Претпоставимо да су се након закључења брака истополни супружници настанили у Београду, стекли имовину и отворили галерију са уметницама. Швеђанин изненада премине у саобраћајној несрећи почетком 2015. године. Оставио је за собом галерију у Београду, два стана у Новом Саду и кућу у Београду. Претпоставимо да нема других потенцијалних наследника. Да ли ће наш држављанин моћи да наследи имовину умрлог Швеђанина?**

У овом случају наш суд има искључиву међународну надлежност у складу са чл. 72. ст. 1. ЗРСЗ. Истополни брак пуноважно је закључен и то применом чл. 46. ст. 2. белгијског ЗМПП, јер ова одредба предвиђа да ако право једног од будућих супружника не дозвољава истополан брак, то право ће се игнорисати, ако једно од лица има држављанство државе која дозвољава такав брак или има уобичајено боравиште у тој држави.⁸¹¹ Брак је, дакле, пуноважно закључен јер шведско право дозвољава закључење истополног брака.

Пошто је реч о оставиоцу шведском држављанину, за наслеђивање је, у складу са чл. 30. ст. 1. ЗРСЗ меродавно шведско право (тачка везивања *lex nationalis*). Због примене *renvoi*, морамо консултовати шведске колизионе норме. Пре ступања на снагу Уредбе, аутономно шведско колизионо право је предвиђало тачку везивања држављанства у моменту смрти⁸¹². С обзиром да је реч о тачки везивања, која је идентична са тачком везивања из чл. 30. ст. 1. ЗРСЗ, шведско право ће потврдити своју примену и за наслеђивање је меродавно шведско право. Према шведском праву супружник може да наследи.⁸¹³ Међутим, проблем настаје када судија утврди да постоји јака блиска веза овог случаја са Србијом, јер је надживели супружник наш држављанин, а поред тога, супружници су дужи временски период живели у РС (пребивајући, плаћајући порез и на тај начин показујући јасну и јаку везу са нашом државом) и стекли велику имовину. По нашем мишљењу, суд ће се вероватно позвати на јавни поредак имајући у виду везе

Јовановић), Београд, 186. Аутор Јовановић на овом месту истиче да само постојање имовине која је предмет заоставштине на територији Србије није довољан аргумент за постојање везе случаја са државом.

⁸¹⁰ У сличном смислу о дозвољености наследноправних дејстава проистеклих из полигамног брака види Birk (2010). Art. 25. EGBGB у: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11 (Redakteur: Hans Jürgen Sonnenberger), 5. Auflage, Rn. 115, 36.

⁸¹¹ Види Wautelet, P. (2012). Private International law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe – Divided we stand?, in: Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives (Eds. K. Boele-Woelki, A. Fuchs), 2. ed., Intersentia, 147-148.

⁸¹² Види о томе Bogdan, M. (2015). Sweden: Private international law – Suppl. 45 (2015), Wolters Kluwer, 104.

⁸¹³ О наследном праву у Шведској види Johansson. E (2015). Schweden, у: Erbrecht in Europa, 3. Auflage (Herausgegeben von Rembert Süß), 1111.

оставиоца са нашом државом. У том случају долази до примене домаћег права, односно домаћег ЗОН, а наш држављанин неће моћи да наследи имовину велике вредности коју је Швеђанин за собом оставио, јер наше материјално право не „види“ истополан брак као основ позивања на наслеђе.

3.2. Правни положај надживелог супружника када је меродаван домаћи наследни статут

3.2.1. Општи осврт

За домаћег држављанина меродавно право за наслеђивање је српско. Међутим, до примене домаћег права може доћи и ако је реч о странцу, под условом да дође до узвраћања (или накнадног узвраћања) на српско право (чл. 6. ст. 2). Чак и кад је оставилац апатрид, меродавно право може бити домаће, у случају да он има пребивалиште у Србији, а ако нема пребивалиште, онда ако има боравиште (чл. 12. ст. 1. и 2. ЗРСЗ). Меродавно је право Србије и у случају да се ни боравиште апатрида не може утврдити (чл. 12. ст. 3. ЗРСЗ). У случају да је оставилац апатрид имао пребивалиште, односно боравиште у иностранству, ова тачка везивања ће заменити његово "држављанство", те до српског права опет може доћи као последица узвраћања или накнадног узвраћања на наше право.

Када је у конкретном случају меродавно домаће право, примењује се чл. 9. Закона о наслеђивању⁸¹⁴ (у даљем тексту: ЗОН), који у првом наследном реду као наследнике „види“ брачног друга и децу. Под брачним другом се подразумева супружник из српског права. Тада се поставља питање да ли може да се изврши супституција страног истополног брака у домаћи брак. Наведено методолошко средство подразумева супсумирање правног односа или правног института, насталог под окриљем страног права, под диспозицију домаће материјалноправне норме.

Као што смо већ рекли, судија ће у прве две фазе супституције утврдити да је истополни брак закључен у складу са меродавним правом, а у последњој фази супституције ће испитати функционалну еквивалентност између страног истополног брака и домаћег брака између лица различитог пола. То подразумева преиспитивање свих правних норми страног права којима се регулише однос настао у истополном браку, у смислу утврђивања веза, односа и дејстава који настају у страном истополном браку и преиспитивање свих правних норми нашег права, које су релевантне за брак. Критичко разматрање последње фазе супституције заснива се на утврђивању да ли се страни истополни брак сматра браком у смислу норми страног права, односно да ли има исту функцију као и брак у нашем праву⁸¹⁵. У случају да постоји функционална еквивалентност између страног истополног и домаћег хетеросексуалног брака, супституција би била могућа, ако не долази до повреде домаћег јавног поретка.

⁸¹⁴ „Службени гласник РС“, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

⁸¹⁵ Види Станчић, М. (2016). Наследна права супружника из истополног брака закљученог у иностранству и примена супституције, Ревивија за европско право, Удружење за европско право, број 2-3, 61.

3.2.2. Испитивање критеријума за супституисање страних истополних бракова домаћим

Под претпоставком да су прве две фазе супституције завршене позитивним исходом, суштински проблем представља трећа фаза, у којој се спроводи тест функционалне еквивалентности. Пошто се код супституције увек полази од домаћег права⁸¹⁶, сматрамо да се као критеријуми за тест функционалне еквивалентности, у првом реду, морају узети појам брака у домаћем правном систему, квалитет веза и односа који се стварају између супружника, лична и имовинска дејства и евентуално постојање права на наслеђивање супружника (да ли такав однос представља основ за наслеђивање). По нашем мишљењу, дејства страног истополног брака не могу бити шира од дејства домаћег хетеросексуалног брака. За испитивање функционалне еквивалентности можемо предложити следеће критеријуме:

- 1) Појам брака у српском праву⁸¹⁷;
- 2) Заједница живота, поштовање и помагање⁸¹⁸;
- 3) Слободан избор рада и занимања⁸¹⁹;
- 4) Место становања и заједничко домаћинство⁸²⁰;
- 5) Издржавање између супружника⁸²¹;
- 6) Имовински односи супружника⁸²²;
- 7) Право на наслеђивање надживелог брачног друга.⁸²³

По нашем мишљењу, ови критеријуми представљају суштину брачног односа и наведеним нормама се остварују односи и везе које су трајног и блиског карактера⁸²⁴. Према домаћој породичноправној теорији, критеријуми из број 2. и 4. спадају у лична права и дужности, док право на слободан избор рада и занимања спада у личне слободе и права супружника. Обавеза издржавања супружника сматра се дејством брака у погледу права и дужности личноимовинског карактера, док се питања посебне и заједничке имовине схватају као имовинска права и дужности супружника.⁸²⁵ У случају да се, упоређивањем норми домаћег и страног права по наведеним критеријумима, утврди еквивалентност између страног истополног и домаћег хетеросексуалног брака, могло би се доћи до супсумирања правног појма иностраног истополног брака под диспозицију наследноправне норме која даје право на

⁸¹⁶ Види Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). Међународно приватно право – општи део, Крагујевац, 179.

⁸¹⁷ Члан 3. ст. 1. ПЗ: „Брак је законом уређена заједница мушкарца и жене“.

⁸¹⁸ Члан 25. ПЗ: „Супружници су дужни да воде заједнички живот те да се узајамно поштују и помажу.“

⁸¹⁹ Члан 26. ПЗ: „Супружници су независни у избору рада и занимања.“

⁸²⁰ Члан 27. ПЗ: „Супружници споразумно одређују место становања и одлучују о вођењу заједничког домаћинства.“

⁸²¹ Члан 28. ПЗ: „Супружници су дужни да се узајамно издржавају под условима одређеним овим законом.“

⁸²² Члан 29. ПЗ: „(1) Имовина супружника може бити заједничка и посебна имовина. (2) Супружници могу, под условима одређеним овим законом, своје имовинске односе уредити брачним уговором.“

⁸²³ Члан 9. ст. 1. Закона о наслеђивању: „Први наследни ред чине оставиочеви потомци и његов брачни друг.“; Чл. 12. ст. 1. Закона о наслеђивању: „Други наследни ред чине оставиочев брачни друг и оставиочеви родитељи и њихово потомство.“

⁸²⁴ Предлози критеријума преузети из Станчић, М. (2016). *op. cit.*, 62-63.

⁸²⁵ О наведеном и дејствима брака види Поњавић, З. (2007). Породично право, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 112-119.

наслеђивање и која садржи појам „брак“⁸²⁶. Прецизније, да ли може доћи до супституисања једног правног појма у правни институт који се појављује у оквиру диспозиције меродавне правне норме, заправо представља тумачење ове норме⁸²⁷, а у нашем случају, то је члан 12. ст. 1. ЗОН (или чл. 9. ст. 1. ЗОН).

Међутим, свакако да први критеријум (појам брака) представља границу поменутог јавног поретка, који се манифестује постојањем блиске везе случаја са домаћом државом. Зато је потребно испитати да ли је функционална еквивалентност уопште могућа управо због првог критеријума, јер наше право познаје само брак као заједницу мушкарца и жене (чл. 3. ст. 1. ПЗ). Покушаћемо да испитамо могућност супституције кроз примере.

3.2.3. Супституција кроз примере

Чињеница да први критеријум као услов за пуноважни брак поставља различитост полова, отвара дилему да ли то *a priori* доводи до немогућности супституције страног истополног брака домаћим. Међутим, у трећем делу дисертације смо изнели аргументе зашто страни статус, тачније истополни брак, може бити уважен и да је методолошко средство супституције најбољи начин да се такво уважавање спроведе. Истополан брак, закључен у иностранству, путем супституције остаје исти правни однос као што је и био, само испуњава диспозицију домаће материјалноправне норме.

Пример 1: А и Б су холандске држављанке. Закључиле су истополни брак у Холандији, где су и живеле читавог живота. Пред крај живота А је добила и српско држављанство, те постаје бипатрид. Њих две су дошле у Србију, да проведу последње дане и А купује стан у Београду. Затим, А умире у Србији, а од имовине је за собом оставила поменути стан. Поставља се питање да ли Холанђанка може да наследи имовину А која се налази у Србији?⁸²⁸

У овом случају постоји искључива надлежност нашег суда за расправљање заоставштине, у складу са чл. 71. ст. 1. ЗРСЗ. Меродавно право за наслеђивање оставиље је српско право (чл. 30. ст. 1. у вези са чл. 11⁸²⁹. ЗРСЗ). Под претпоставком да су прве две фазе супституције завршене позитивним исходом, питање које нам се поставља је да ли холандски брак може бити супституисан у домаћи брак. Да би на то питање одговорио, судија ће, према набројаним критеријумима, преиспитати норме холандског права и упоредити их са нормама домаћег права, да би испитао сличност односа и дејства који настају према једном, односно другом праву. На конкретном тесту еквиваленције норме холандског права испуњавају све остале услове осим првог. То бисмо могли представити на следећи начин⁸³⁰:

⁸²⁶ Члан 12. ст. 1. ЗОН или чл. 9. ст. 1. ЗОН

⁸²⁷ Ђорђевић, С. (2010б). *op. cit.*, 205.

⁸²⁸ Пример је преузет из Станчић, М. (2016). *op. cit.*, 68.

⁸²⁹ “Ако лице које је југословенски (српски – М.П.) држављанин има и држављанство неке друге државе, за примењивање овог закона сматра се да има само југословенско (српско) држављанство.”

⁸³⁰ О испитивању функционалне еквивалентности види Станчић, М. (2016). *op. cit.*, 68. и даље.

1. У холандском праву брак могу закључити две особе истог или различитог пола.⁸³¹ У конкретном случају ова одредба се разликује од појма хетеросексуалног брака у домаћем праву.
2. У холандском праву брачни другови дугују једно другом верност, помоћ и издржавање. Поред тога, они имају обавезу да обезбеде једно другом оно што је потребно⁸³². Ова одредба се може сматрати функционално еквивалентном одредби заједнице живота, поштовања и помагања, која постоји у домаћем браку (чл. 25. ПЗ). Иако наведена одредба холандског права не наводи експлицитно термин „заједница живота“, сматрамо да верност, помоћ и издржавање представљају основу за заједницу живота. Према домаћој теорији, заједница живота представља физичку, емотивну и интелектуалну заједницу⁸³³, али ће постојати и ако супружници не станују заједно⁸³⁴.
3. Према холандском праву се трошкови домаћинства, укључујући и трошкове за старање и подизање деце, плаћају из прихода који припадају обома супружницима заједно (заједнички приходи). Ако су ови приходи недовољни, онда се плаћају из личних прихода који припадају сваком супружнику одвојено у тој пропорцији⁸³⁵. То се може сматрати функционално еквивалентним вођењу заједничког домаћинства и одређивању места становања (чл. 27. ПЗ). У нашем праву, вођење домаћинства подразумева две основне компоненте. Прва подразумева одређене издатке за набавку ствари и опреме (и подмиривање текућих издатака везаних за свако домаћинство), а друга подразумева поделу послова између супружника. Иако домаће право користи термин „заједничко домаћинство“, споразум супружника може бити такав да се они одреде за вођење одвојених домаћинстава.⁸³⁶
4. У холандском праву је предвиђена алиментација супружника након развода брака⁸³⁷, што код нас одговара издржавању између домаћих хетеросексуалних супружника (под условима из ПЗ; чл. 28. ПЗ)⁸³⁸.

⁸³¹ Чл. 1:30. ст. 1. холандског грађанског законика, књига 1: „Брак могу закључити две особе истог или различитог пола“, види <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>, приступљено 05.06.2021.

⁸³² Чл. 1:81 холандског грађанског законика гласи, књига 1: „Брачни другови дугују једно другом верност, помоћ и издржавање. Они имају обавезу да обезбеде једно другом оно што је потребно.“

⁸³³ Види Поњавић, З. (2007). *op. cit.*, 115.

⁸³⁴ Види Поњавић, З. (2007). *op. cit.*, 115.

⁸³⁵ Чл. 84 (1) холандског грађанског законика, књига 1: „Трошкови домаћинства, укључујући и трошкове за старање и подизања деце, плаћају се из прихода који припадају обома супружницима заједно (заједнички приходи) и, ако су ови приходи недовољни, онда из личних прихода који припадају сваком супружнику одвојено у тој пропорцији...“

⁸³⁶ Види Поњавић, З. (2007). *op. cit.*, 116. и даље.

⁸³⁷ Члан 1:157 холандског грађанског законика, књига 1: “У одлуци о разводу или у каснијој судској пресуди суд може, на основу захтева брачног друга који нема довољно средства да обезбеди себи издржавање и који оправдано није у могућности да стекне таква средства, одобрити издржавање овом брачном другу које мора бити плаћено од стране другог брачног друга”; Арт. 1:157 (1) (енгл.): „In the divorce order or in a later judicial decision the court may, upon the request of the spouse who has insufficient means to provide for his own maintenance and who is reasonably not able to obtain such means, grant a maintenance allowance to this spouse which has to be paid by the other spouse”.

⁸³⁸ Чл. 151. ст. 1. ПЗ прописано је да „Супружник који нема довољно средстава за издржавање, а неспособан је за рад или је незапослен, има правно на издржавање од другог супружника сразмерно његовим могућностима“, док чл. 163. ст. 2. ПЗ гласи: „Изддржавање супружника после престанка брака не може трајати дуже од 5 година“, али се овај рок може продужити под условима из ст. 3. овог члана.

5. Према холандском праву, заједничка брачна имовина, по сили закона настаје између супружника од момента закључења брака⁸³⁹. Поред тога, брачни другови су овлашћени да управљају својом (нпр. личном) имовином и имовином из заједничке брачне имовине (у складу са правилом из члана 1:97).⁸⁴⁰ То се може сматрати функционално еквивалентним правилом домаћег права да имовина супружника може бити заједничка и посебна (чл. 29. ст. 1. ПЗ). Поред тога, холандско право дозвољава супружницима да закључе предбрачни уговор или да закључе брачни уговор током брака⁸⁴¹, што одговара правилу домаћег права да домаћи супружници могу израдити брачни уговор (чл 29. ст. 2. ПЗ).
6. Према холандском праву⁸⁴², брачни друг по сили закона стиче сву имовину оставиоачеве заоставштине.⁸⁴³ Битно је рећи да су законска наследна права истополних супружника идентична наследним правима која има супружник различитог пола, што је изричито предвиђено Књигом 4. Грађанског законика Холандије.^{844/845} То одговара томе што брачни друг у домаћем правном систему може да наследи (чл. 9, односно 12. ЗОН).
7. Најзад, у холандском праву свако лице има право на избор занимања што важи и за супружнике. Члан 19, ст. 3. Устава Холандије⁸⁴⁶, што одговара одредби нашег

⁸³⁹ Чл. 1:94, ст. 1. холандског грађанског законика, књига 1: “По сили закона, заједничка брачна имовина би требало да настане између супружника од момента закључења брака”; Арт. 1:94 (1) (енгл.): “By operation of law a marital community of property shall come into existence between the spouses from the moment of the contracting of the marriage”.

⁸⁴⁰ Чл. 1:90 холандског грађанског законика, књига 1: “Брачни другови су овлашћени да управљају својом (нпр. личном) имовином и, у складу са правилом из члана 1:97, имовином из заједничке брачне имовине”.

Art. 1:90 (1) (енгл.): „A spouse is entitled to administer (exercise the management over) his own (i.e. personal) assets and, according to the rules of Article 1:97, the assets of the marital community of property”.

⁸⁴¹ Чл. 1:114 холандског грађанског законика, књига 1: “Брачни уговор може бити закључен између потенцијалних супружника (предбрачни уговор) или током брака (постбрачни уговор)”; Art. 1:114(енгл.): „A nuptial agreement may be concluded by the prospective spouses before their marriage (prenuptial agreement) or during their marriage (postnuptial agreement)”.

⁸⁴² Холандски грађански законик, књига 4, доступно на <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm>, приступљено 01.05.2015. године.

⁸⁴³ Чл. 4:13. ст. 2. холандског грађанског законика, књига 4: „Брачни друг по сили закона стиче сву имовину оставиоачеве заоставштине. Другови и обавезе по основу заоставштине падају на његов терет. За потребе овог параграфа ‘другови заоставштине’ требало би да обухвате и све издатке санаследника по основу исплата или извршења обавеза из тестаментa наведених у последњем тестаменту оставиоца; Art. 4:13 (2)(енгл.): „The spouse acquirers by operation of law all assets of the deceased’s estate. The debts and liabilities of the estate are settled (performed) for his account. For the purpose of this paragraph the ‘debts of the estate’ shall include all expenditures made for account of the joint heirs in order to settle or perform testamentary obligations imposed by the last will of the deceased”.

⁸⁴⁴ Види Видић, Ј. (2011). Наследноправни положај сродника у правој нисходној линији супружника и ванбрачног партнера – упоредноправни преглед, у: Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (ур. Милијан Поповић) 2/2011, Нови Сад, 290 (фн. 3).

⁸⁴⁵ Чланом 4:13, ст. 3. Dutch Civil Code, Book 4 Law of Succession прописано је: „По сили закона, свако дете као наследник добија право на потраживање од оног супружника (тзв. *financial debt claim*) чија вредност одговара вредности удела поменутог детета у наследству. Ово потраживање доспева и може се захтевати у случају да: а) брачни друг банкротира или се на њега примењује Споразум за отплату дуга физичких лица; б) супружник премине”.

⁸⁴⁶ Чл. 19. ст. 3. Устава Холандије: „Право сваког Холандског грађанина на слободан избор посла требало би бити признато...”. Види у The Constitution of the Kingdom of the Netherlands 2008, published by the Ministry of the Interior and Kingdom Relations, Constitutional Affairs and Legislation Division in collaboration with the Translation Department of the Ministry of Foreign Affairs,

породичног права према којој су супружници независни у избору рада и занимања (чл. 26. ПЗ).

Холандски брак, дакле, у великом делу одговара ономе што представља домаћи хетеросексуални брак и битних одступања у погледу дејстава нема. Упоредивањем веза које се стварају између домаћег и страног брака, закључак је да у оба случаја настаје врло сличан квалитет односа. У холандском законодавству, истополни брак представља везу која је подобна да надживели супружник буде позван на наслеђе. Ситуација је иста и у нашем законодавству, само је реч о домаћем браку⁸⁴⁷. Међутим, чињеница да холандски брак може подразумевати и истополни брак, а наше право захтева да се брак закључује само између мушкарца и жене отвара питање да ли је могуће спровести супституцију, односно да ли се ова чињеница може уопште превазићи супституцијом. Постоји више аргумената у прилог позитивном одговору.

Најпре се може направити паралела са супституцијом страног полигамног брака у домаћи брак у наследноправним питањима. У домаћој правној теорији постоје примери флексибилног схватања домаћег појма брака приликом супституције. Постоји становиште да се страни полигамни брак (који се у нашем праву не може закључити) може супституисати у домаћи брак. Наиме, у правној ситуацији иранског држављанина који је закључио три пуноважна брака у иностранству и који се преселио у Србију, добио српско држављанство и затим преминуо, супституција је сматрана могућом, иако домаће српско право предвиђа брак као заједницу (једне) жене и (једног) мушкарца. У конкретном случају се узела у обзир старија домаћа судска пракса, која је развила правило да сви брачни другови из полигамних бракова, закључених у складу са шеријатским правом које је важило пре другог светског рата у појединим деловима Србије, наслеђују као један. У овом нашем случају, свака супруга иранског држављанина би, након успешне супституције и примене наведеног правила, добила по једну шестину наслеђа.⁸⁴⁸ Истина је да се у конкретном случају за супституисање полигамног брака у домаћи има разумевање, имајући у виду наведену домаћу судску праксу која је нашла начин да уважи наследна права супруга из полигамног брака који су наставили да важе и после увођења начела моногамије у домаћи правни систем.⁸⁴⁹ Поред тога, професор Ђурђевић износи интересантан став поводом третмана страног полигамног брака, који је пуноважно заснован у иностранству, пред судовима у РС. У ситуацијама када се примењује домаће право за наслеђивање, било зато што је оставилац био наш држављанин у моменту смрти, било зато што је оставилац био страни држављанин у моменту смрти, али се до домаћег наследног статута долази услед примене установе узвраћања (као облик *renvoi*) на наше право, домаћи органи морају признати наследноправне ефекте полигамног брака закљученог у иностранству,

<https://www.government.nl/topics/constitution/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>, приступљено 05.06.2021.; The Constitution of the Kingdom of the Netherlands, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, <https://www.government.nl/topics/constitution/documents/reports/2019/02/28/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands>, приступљено 05.06.2021.

⁸⁴⁷ Види Станчић, М. (2016). *op. cit.*, 71-72.

⁸⁴⁸ Види С. Ђорђевић (2010б). *op. cit.*, 199, 205 - 206.

⁸⁴⁹ Ово питање је регулисано Основним Законом о браку из 1946. године.

истичући да јавни поредак има „смањени интензитет“⁸⁵⁰. Можда би се наведени начини размишљања могао пренети и на терен истополног брака, имајући у виду да је полигамија, тачније двобрачност у нашем праву кривично дело, док хомосексуализам одавно није⁸⁵¹.

Затим, сматрамо да је супституција врло значајно методолошко средство којим се уважава страни правни однос (истополни брак), који при том остаје у истом облику у којем је и настао. На тај начин се остварују и основне слободе кретања. Најзад, у нашем примеру, цео случај и истополни брак имају веома слабе везе са Србијом, те сматрамо да нема повреде јавног поретка. Према томе, чини се да би супституција била могућа, тј. иако истополни брак не постоји као основ за наслеђивање у нашем праву (и наше право овај институт не познаје), уважио би се статус који је пуноважно настао у иностранству, чиме ће страни истополни брак бити супституисан домаћим. То значи да би Холанђанка могла, у складу са чл. 12. ЗОН, наследити половину заоставштине наше држављанке, док ће другу половину наследити њени родитељи или њихови потомци⁸⁵².

Међутим, могуће је замислити ситуацију када случај има ближу везу са нашом земљом, што може довести до повреде јавног поретка. Погледајмо следећи случај.

Пример 2: А је српска и хрватска држављанка, која је рођена у Србији, а касније је отишла у Холандију да пронађе посао, тако да је у једном холандском граду живела и радила један кратак период. Тамо упознаје Б, холандску држављанку. Њих две затим одлучују да закључе истополан брак у Холандији и тако озваниче своју везу. Међутим, пошто А све време пати за Србијом, А и Б одлучују да се након церемоније брака преселе у Београд. А је током живота стекла викендицу на Златибору, гарсоњеру на Новом Београду и акције у београдској компанији. А је била запослена у једној српској фирми, а Б у једној немачкој фирми. А до краја живота није хтела да оде из Београда, тако да ту и умире. Да ли ће Б моћи да наследи имовину А?⁸⁵³

Домаћи суд заснива надлежност на темељу чл. 71. ст. 1. и ст. 3. ЗРСЗ. Истополни брак у овом случају је закључен у складу са холандским правом, до којег је холандски матичар дошао применом члана 28.⁸⁵⁴ холандског ЗМПП (холандског грађанског законика, књига 10). За формалну пуноважност брака, меродавно је холандско право, до којег холандски матичар долази применом чл. 30. холандског ЗМПП (холандског грађанског законика, књига 10)⁸⁵⁵.

⁸⁵⁰ Види Ђурђевић, Д. (2001). Проблем одређивања наследног дела супружника у случају полигамног брака, Билтен Округног суда у Београду, 56/2001, 78.

⁸⁵¹ Види Станчић, М. (2016). *op. cit.*, 67.

⁸⁵² Види Станчић, М. (2016). *op. cit.*, 72.

⁸⁵³ Случај је, са малим корекцијама, преузет из Станчић, М. (2016). *op. cit.*, 73.

⁸⁵⁴ Наведени члан наводи: „Брак ће бити закључен ако:

сваки од будућих супружника испуни услове Холандског права за закључење брака и ако један од њих има само холандско држављанство или поседује холандско држављанство поред другог или има своје уобичајено боравиште у Холандији; или

сваки од будућих супружника испуне услове за закључење брака права оне државе чије држављанство имају.“

⁸⁵⁵ Према наведеној одредби, што се тиче формалне пуноважности брака, брак једино може бити пуноважно заснован у Холандији, пред Регистром рођених, умрлих, брака и регистрованих партнерства, у складу са холандским правом.

За наслеђивање је меродавно наше право, јер је оставиља наша држављанка (примена чл. 30. ст. 1. ЗРЗ у вези са чл. 11. ст. 1. ЗРЗ). Тест функционалне еквивалентности се поново спроводи по утврђеним критеријумима. Међутим, иако холандски брак ствара дејства која се могу сматрати еквивалентним дејствима која настају у домаћем хетеросексуалном браку, у овом случају сматрамо да долази до повреде јавног поретка. Распоред чињеница у овом примеру показује огромну повезаност лица А са Србијом, што отвара више простора за примену клаузуле јавног поретка. А је током живота имала личну везу са РС, у смислу не само држављанства, већ и пребивалишта, запослења, економског привређивања и уопште присуства на територији РС. Поседовање српског држављанства није, дакле, имало само декларативно обележје већ је А била носилац свих права и обавеза која проистичу из њеног држављанства. Због природе јавног поретка која подразумева да што је јача веза случаја са форумом, постоји и више оправдања за његову примену, чини се да би домаћи судија у таквим ситуацијама морао реаговати и тиме одбити супституцију. Препрека различитости полова у оквиру домаћег хетеросексуалног брака, према томе, не може да се превазиђе. Према оваквој логици, Холанђанка не би могла да наследи нашу држављанку⁸⁵⁶.

4. Наследноправни положај партнера из регистрованог партнерства

Какав ће наследноправни положај надживелог регистрованог партнера бити, зависиће од меродавног наследног статута (до којег се долази сходно чл. 30. ЗРЗ). Како чл. 30. ст. 1. ЗРЗ може упутити на страно или на домаће право, можемо раздвојити две основне ситуације - када је меродаван страни и када је меродаван домаћи наследни статут.

4.1. Наследноправни положај када је меродаван страни наследни статут

При одабиру меродавног права за наслеђивање странца, преминулог супружника из регистрованог партнерства, закљученог у иностранству, чл. 30. ст. 1. ЗРЗ предвиђа као тачку везивања држављанство. Према томе, наведени члан ће упутити на одређено страно право.

Упоредноправна (материјалноправна) решења различито регулишу наследна права регистрованих партнера. Тако на пример, у Данској, регистровани партнери имају право на наслеђивање, односно ако преминули регистровани партнер нема деце, заоставштину наслеђује преживели регистрован партнер. Ако преминули регистрован партнер има живу децу или унуке од преминуле деце, преживели регистровани партнер има право на половину целокупне заоставштине, односно његов законски део чини једну половину целокупне заоставштине преминулог регистрованог партнера⁸⁵⁷.

⁸⁵⁶ Види Станчић, М. (2016). *op. cit.*, 74.

⁸⁵⁷ Види Lund-Andersen, I. (2017a). *Registered Partnerships in Denmark, y: The future of registered partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Ed. by Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia, 34. и даље.

У Француској регистровани партнери немају право да наслеђују један другог, јер само брак ствара одређена наследна права између супружника. Иако пактом није предвиђено наслеђивање између регистрованих партнера, они могу располагати својом имовином путем тестамент⁸⁵⁸. Регистровани партнери у Немачкој имају право на наслеђивање и §10 ст. 1. Закона о регистрованим партнерствима је прописано да у првом наследном реду, надживели партнер има право на четвртину заоставштине, а у другом наследном реду, на половину заоставштине (§10 .ст. 1. Закона)⁸⁵⁹.

У Холандији регистровани партнери имају право на наслеђивање и њихов наследноправни положај је изједначен са наследноправним положајем брачних другова⁸⁶⁰. Што се тиче наследних права регистрованих партнера у Италији, партнер може бити законски наследник, те у одсуству тестамент⁸⁶¹ умрлог, преживели партнер може добити удео у заоставштини, као и супружник⁸⁶¹.

Када се пред домаћим органом покрене поступак расправљања заоставштине оставиоца, који је закључио регистровано партнерство у иностранству, поставља се питање да ли применити страни *lex causae*, према којем оставиочев регистровани истополни партнер има право да га наследи. Одговор зависи од тога да ли су испуњени услови за клаузулу јавног поретка.

У домаћој литератури се може наћи пример који расветљава наведену проблематику. Наиме, у оставинском поступку иза оставиоца страног држављанина, који је оставио новац у једној домаћој банци, меродавно страно право прописује да право на наслеђивање има оставиочев регистровани истополни партнер, с којим је оставилац ступио у истополно партнерство у држави чије је право меродавно и који је држављанин те исте стране државе. У овом примеру новац у домаћој банци не успоставља довољно блиску везу с нашим правним поретком на основу које би могли да одступимо од меродавног страног права због повреде јавног поретка⁸⁶². Сматрамо да би овакав став требало следити и не одбити примену страног права. Узмимо на пример да пред нашим органом треба одлучити о заоставштини преминуле Немице, која је закључила регистровано партнерство у Немачкој. Немица је умрла 2014. године. У складу са чл. 30. ЗРСЗ, меродавно је немачко право, али због колизионоправног упућивања, морамо консултовати немачки ЕГБГВ, јер је Немица умрла пре 2015. године, када се Уредба о наслеђивању не примењује. Чл. 25. немачког ЕГБГВ за наслеђивање прописује држављанство као тачку везивања. Према томе, немачко право

⁸⁵⁸ Види више о томе Francoz-Terminal, L. (2017). Registered partnerships in France, у: The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage? (Eds. Jens M. Schepre, Andy Hayward), Intersentia, 173.

⁸⁵⁹ У случају да је оставилац из свог располагања за случај смрти искључио надживелог партнера, тај може захтевати $\frac{1}{2}$ вредности законског наследног дела од наследника, као нужни део (§10. ст. 6.). При томе се одредбе ВГВ о нужном делу сходно примењују и у овом случају, тако да се са животним партнером поступа као са брачним другом (§10. ст. 6.).

⁸⁶⁰ Види о томе Sumner, I. (2017). Registered partnerships in the Netherlands, у: The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage? (Eds. Jens M. Schepre, Andy Hayward), Intersentia, 138-139.

⁸⁶¹ Види Ferrari, I. (2017). Family relationships in Italy after the 2016 reform: the new provisions on Civil Unions and cohabitation, у: International Survey of family law, 2017. Edition (General Editor Margaret F Brinig, Associate Editor, Africa, Fareda Banda), 184.

⁸⁶² Случај је у целости преузет из Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). *op. cit.*, 133.

је меродавно за наслеђивање. Претпоставимо да се оставиља бавила лекторисањем енглеског језика и да је за потребе неколико исплата за своја ангажовања у Србији, имала рачун у Србији. Због минималне везе са домаћом државом, неће доћи до одбијања примене немачког наследног права.

Међутим, ако постоји снажнија веза са Србијом резултат би можда био другачији. Примера ради да су Немац и наш држављанин закључили регистровано партнерство у Немачкој, те после пар година дошли у нашу државу, запослили се, стекли непокретности и новац на рачунима српских банака. Чини нам се да у овом случају има смисла позвати се на јавни поредак. У том случају, надживели регистровани партнер (наш држављанин) неће моћи наследити. Међутим, да би се овакве ситуације избегле, истополне партнере увек треба посаветовати да саставе тестамент, којим ће располагати својом имовином за случај смрти.

4.2. Наследноправни положај када је меродаван домаћи наследни статут

До домаћег наследног статута може се доћи и у ситуацији када је реч о преминулом домаћем држављанину и када је реч о преминулом странцу, ако дође до узвраћања (или накнадног узвраћања) на наше право (чл. 6. ст. 2. ЗРСЗ). Све што је за истополне супружнике речено поводом ситуације у којима се за оставиоца апатрида примењује домаће право, важи и овде.

Када је за наслеђивање меродаван домаћи статут, ситуација је нешто компликованија, јер је евидентно да домаћи ЗОН не предвиђа наследна права између истополних партнера. Штавише, не познаје ни наслеђивање између хетеросексуалних ванбрачних партнера. Једино што би овде домаћи судија могао урадити јесте да приступи супституцији. Међутим, проблем се усложњава тиме што у домаћем правном систему не постоји „истоимени“ институт домаћег материјалног права у који би се стране регистровано партнерство супституисало. Једина „шанса“ која домаћем судији преостаје је да покуша да супституцију спроведе у домаћи брак у смислу чл. 3. ПЗ или ванбрачну заједницу у смислу чл. 4. ПЗ. Свакако да се супституција мора испитивати у сваком конкретном случају.

Ставови страних аутора поводом супституције страног регистрованог партнерства у домаће институте су различити. Немачки аутор Јакоб (*Jakob*) је испитивао да ли је могуће да се под немачку материјалноправну норму, која се односи на наслеђивање између брачних другова (§1931 BGB⁸⁶³) супституише стране регистровано партнерство. Дошао је до става да право наслеђивања припада само брачним друговима, не и партнерима других статусних веза „испод“ брака, тако да се регистровано партнерство, и поред функционалне упоредивости, налази „испод брака“.

⁸⁶⁴ Са друге стране, аутор Форкерт (*Forkert*) је своју књигу базирао на анализи

⁸⁶³ Садашња верзија овог члана гласи: „Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde.“ (§1931. ст. 1.).

⁸⁶⁴ Jakob, D. (2002). Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht, Köln, 330-332.

колизионних правила немачког EGBGB након што је у немачки правни систем уведен институт животног (регистрованог) партнерства (путем прописа *LPartG*). Испитивао је да ли је могућа супституција француског пакта солидарности, који не предвиђа право на наслеђивање, у немачко животно партнерство. Дошао је до закључка да је супституција у том случају могућа.⁸⁶⁵

Да бисмо утврдили да ли је могуће спровести супституцију, потребно је спровести тзв. *тест функционалне еквиваленције*. Тај тест зависи од упоређивања функције коју страни правни институт врши у страном правном систему и од упоређивања са функцијом института у који се он може супституисати у домаћем правном систему. Са тим у вези, испитују се правне норме правног поретка из којег долази регистровано партнерство, да би се испитао квалитет односа и веза који такав правни институт ствара. Према нашем мишљењу, да ли ће регистровано партнерство моћи бити супституисано у домаћи брак или ванбрачну заједницу, зависи од околности конкретног случаја.

Функција регистрованог партнерства у упоредном праву захтева мало подробнију анализу. Овај правни однос се углавном сматра *sui generis* институтом породичног права и често је био први правни оквир озакоњења истополних односа. Међутим, често се дешавало да се регистровано партнерство „преобликује“ у истополан брак. Оваква ситуација је карактеристична за тзв. *дуалистички* систем, који смо елаборирали у првом делу дисертације. Према томе, чини се да се регистровано партнерство, у првом реду, сматра алтернативом "традиционалном" браку. Понекад се регистровано партнерство у иностраној литератури помиње као (ванбрачно) регистровано партнерство.⁸⁶⁶

У трећем делу смо говорили о супституцији и могућим категоријама третмана страног регистрованог партнерства. Тако у први „тип“ спадају регистрована партнерства која су, бар се нама тако чини, изједначена са браком у тој иностраној држави, односно кореспондирају браку. Навели смо пример Данске и Холандије⁸⁶⁷. У складу са тим могли бисмо предложити исте критеријуме за спровођење теста функционалне еквивалентности као и у случају истополног брака. То ће, дакле бити:

- 1) Појам брака у српском праву⁸⁶⁸;
- 2) Заједница живота, поштовање и помагање⁸⁶⁹;
- 3) Слободан избор рада и занимања⁸⁷⁰;
- 4) Место становања и заједничко домаћинство⁸⁷¹;
- 5) Издржавање између супружника⁸⁷²;

⁸⁶⁵ Види Forkert, M. (2003). *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB*, Tübingen, 248. и даље.

⁸⁶⁶ Curry-Sumner, I. (2016). *Same-sex relationships in a European perspective*, у: *European family law volume III: Family law in a European perspective* (Ed. Jens M. Scherpe), 130.

⁸⁶⁷ Што се тиче наслеђивања, већ смо навели да је преживели регистровани партнер третиран на исти начин као преживели брачни друг.

⁸⁶⁸ Члан 3. ст. 1. ПЗ: „Брак је законом уређена заједница мушкарца и жене“.

⁸⁶⁹ Члан 25. ПЗ: „Супружници су дужни да воде заједнички живот те да се узајамно поштују и помажу.“

⁸⁷⁰ Члан 26. ПЗ: „Супружници су независни у избору рада и занимања.“

⁸⁷¹ Члан 27. ПЗ: „Супружници споразумно одређују место становања и одлучују о вођењу заједничког домаћинства.“

6) Имовински односи супружника⁸⁷³;

7) Право на наслеђивање надживелог брачног друга.⁸⁷⁴

Међутим, ако би можда функционална еквивалентност и постојала, мишљења смо да домаћи судија вероватно не би дозволио супституцију у том смислу. Наиме, постоји бојазан да би тиме дозволио супституцију страног правног института (који постоји паралелно са страним истополним браком) у домаћи брак који предвиђа наслеђивање, док домаћи институт који постоји паралелно са домаћим хетеросексуалним браком (домаћа ванбрачна заједница) не ствара право на наслеђивање.

У други тип регистрованог партнерства можемо сврстати партнерства која су јако слична браку, али ипак се не изједначавају са њим (нпр. Словенија). Пошто се словеначка грађанска унија у словеначкој правној литератури назива партнерство, сматрамо да би имало смисла испитати супституцију у домаћу ванбрачну заједницу⁸⁷⁵. У трећи „тип“ смо категорисали регистрована партнерства која имају заиста слабија дејства не само од брака него и од традиционалног „модела“ регистрованог партнерства, што је познато као француски пакт солидарности. Супституција овог пакта би се испитивала у односу на домаћу ванбрачну заједницу. Практична последица другог и трећег типа случајева јесте да, иако би се функције страног регистрованог партнерства и домаће ванбрачне заједнице начелно поклопиле, до супституције неће доћи, јер према домаћем праву ванбрачни партнери не могу да наследе⁸⁷⁶. Сам тест функционалне еквивалентности неће бити успешан јер један од главних критеријума није испоштован: право на наслеђивање. Према томе, диспозиција домаће материјалноправне норме за наслеђивање из чл. 9. (или 12.) ЗОН, неће моћи бити испуњена, односно била би "прекорачена". Следствено томе, супституција није успешна и партнер из регистрованог партнерства у овим случајевима, ако је меродавно домаће право, неће моћи наследити.

5. Наследноправни положај партнера из *de facto* истополне заједнице

Какав ће наследноправни положај надживелог *de facto* истополног партнера, зависиће од тога шта "каже" меродавни наследни статут, до којег се долази путем чл. 30. ЗРСЗ. Како ова колизиона норма може упутити на страно право или, пак, на домаће, можемо раздвојити две основне ситуације: када је меродаван страни и када је меродаван домаћи наследни статут.

⁸⁷² Члан 28. ПЗ: „Супружници су дужни да се узајамно издржавају под условима одређеним овим законом.”

⁸⁷³ Члан 29. ПЗ: „(1) Имовина супружника може бити заједничка и посебна имовина. (2) Супружници могу, под условима одређеним овим законом, своје имовинске односе уредити брачним уговором.”

⁸⁷⁴ Члан 9. ст. 1. Закона о наслеђивању: „Први наследни ред чине оставиочеви потомци и његов брачни друг.”; Чл. 12. ст. 1. Закона о наслеђивању: „Други наследни ред чине оставиочев брачни друг и оставиочеви родитељи и њихово потомство.”

⁸⁷⁵ Чл. 4. ст. 1. ПЗ: „Ванбрачна заједница је трајнија заједница живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи (ванбрачни партнери).“

⁸⁷⁶ Види Поњавић, З., Влашковић, В. (2019). Породично право, Шесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 143.

5.1. Наследноправни положај када је меродаван страни статут

За наслеђивање оставиоца страног држављанина, партнера из регистрованог партнерства закљученог у иностранству, чл. 30. ЗРСЗ и тачка везивања *lex nationalis* ће упутити на одређено страно право.

Примера ради, према хрватским прописима⁸⁷⁷ хрватски неформални животни партнери могу да се наслеђују. Нпр. два хрватска држављанина (А и Б) живели су дуже време у неформалном животном партнерству у Загребу. Сестра од тетке од А је родом из Шида, али је до своје смрти живела у Осиеку, те му је остала стара кућа у Шиду, када је сестра умрла. А умире године у Загребу, а за собом је оставио кућу у Шиду. Како распорити његову заоставштину?

Међународна надлежност нашег суда заснива се у складу са чл. 72. ст. 1. ЗРСЗ, јер је реч о непокретности у Србији. Меродавно право за наслеђивање је, према чл. 30. ст. ЗРСЗ, Хрватско право. Међутим, због примене *renvoi* морају се консултовати хрватске колизионе норме, односно Уредба о наслеђивању⁸⁷⁸. Пошто је оставилац имао уобичајено боравиште у Загребу, за наслеђивање је меродавно хрватско право. Као што смо већ рекли, хрватско право дозвољава наслеђивање између неформалних истополних партнера. Неформално животно партнерство удовољава захтевима хрватског Закона о животном партнерству особа истога пола (ЗЖПОИС) (у првом реду, трајало је најмање три године и у складу је са претпоставкама прописаним за пуноважност животног партнерства, према чл. 3). Како постоји минимална веза наше државе са случајем, чини се да би наш суд применио хрватско право и расподелио заоставштину.

5.2. Наследноправни положај када је меродаван домаћи наследни статут

До домаћег наследног статута може се доћи и у ситуацији када је реч о преминулом домаћем држављанину и када је реч о преминулом странцу, имајући у виду да, у складу са чл. 6. ст. 2. ЗРСЗ, првоупућено (или неко касније) право може упутити на домаће право. Све што је за претходна два института речено поводом ситуације у којима се за оставиоца апатрида примењује домаће право, важи и овде.

Према нашем праву наслеђивање између хетеросексуалних ванбрачних партнера није дозвољено. Према томе, ако се постави питање супституције хрватске фактичке истополне заједнице у домаћу ванбрачну заједницу, функционална еквивалентност неће моћи да постоји. Поједностављено, не постоји домаћа материјалноправна норма у коју би се супституција извршила, па тако неће постојати исти квалитет односа у

⁸⁷⁷ Према Закону о животном партнерству особа истога пола (у даљем тексту: ЗЖПОИП) у вези са Законом о наслеђивању Републике Хрватске (доступан је на <https://www.zakon.hr/z/87/Zakon-ona-slje%C4%91ivanju>, приступљено 07.02.2018. године). Према чл. 4. ст. 2. ЗЖПОИП оваква заједница ствара иста дејства која су посебним прописима призната ванбрачној заједници што су Обитељски закон Републике Хрватске (https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2015_09_103_1992.html, приступљено 07.02.2018. године) и Закон о наслеђивању Републике Хрватске. ЗОН РХ у чл. 8. ст. 2. предвиђа да ванбрачни партнери наслеђују на основу закона као и брачни другови. У првом наследном реду наслеђују оставиочева деца и брачни друг на једнаке делове (чл. 9. ЗОН РХ).

⁸⁷⁸ Према чл. 29. хрватског ЗМПП, меродавно право за наслеђивање одређује се Уредбом о наслеђивању.

хрватском и у српском праву, јер је према хрватском праву могуће наслеђивање између партнера. Према нашем мишљењу, у оваквом случају не би могло доћи до супституције ако страна фактичка заједница даје право на наслеђивање (као што је ситуација у Хрватском праву), пошто се не би могла дати већа права него што ванбрачни партнери у нашем праву имају.

ДЕО VI – Усвојење од стране истополних партнера – упоредно и домаће право

У нашем правном систему није дозвољено усвојење од стране истополних партнера. Међутим, могуће је да се пред нашим органима постави питање дејстава усвојења, које је у иностранству засновано од стране истополних партнера.

Зато излагања у овом делу започињу ставовима Европског Суда за људска права у проблематици усвојења од стране истополних партнера или самаца истополне оријентације. Излагање се наставља прегледом упоредног породичног и упоредног међународног приватног права за ова питања. Затим се испитују могућности примене норми о међународној надлежности и колизионих норми из ЗРСЗ за питања усвојења од стране истополних партнера. Детаљно се анализира и Хашка Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења из 1993. године и могућност њене примене на истополне партнере.

1. Упоредноправни преглед

1.1. Упоредно породично право

„Усвојење се може дефинисати као начин заснивања родитељскоправног односа одлуком надлежног органа у законом прописаном поступку, на основу индивидуалне процене најбољег интереса детета, путем којег се дете (усвојеник) на трајан, нераскидив и потпун начин интегрише у ново породично окружење, услед немогућности биолошких родитеља да се старају о њему“.⁸⁷⁹ Ова дефиниција потиче из националног (домаћег) породичног права и подразумева (барем када је реч о нашем правном систему) усвојење од стране хетеросексуалних партнера. Насупрот томе, усвојење од стране истополних партнера појављује се у упоредним законодавствима у последњих неколико година. Уобичајена слика породице која се састоји од мајке, оца и биолошког и/или усвојеног детета, данас се у појединим правним системима допуњује сликом два мушкарца или две жене у улози родитеља. Њихово родитељско право углавном је стечено спроведеним поступком усвојења, мада то није једини начин (познат је пример тзв. „материнства по сили закона“ (енгл: *legal motherhood by operation of law*), где партнерка мајке детета стиче родитељско право по сили закона).

Имајући у виду комплексност усвојења са елементом иностраности и различите ставове упоредних права поводом омогућавања истополним партнерима да усвоје, евидентно је да се питање усвојења од стране истополних партнера не може једнозначно решити на глобалном нивоу. Зато и не чуди што је питање права на

⁸⁷⁹ Поњавић, З., Влашковић, В. (2019). Породично право, Шесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 233 и даље.

усвојење деце од стране истополних партнера отворено пред ЕСЉП као наднационалном инстанцом. Овај Суд се у неколико пресуда бавио питањем дискриминације лица истополне оријентације у поступку усвојења. Реч је о четири пресуде: *Fretté v. France*⁸⁸⁰, *E. B. v. France*⁸⁸¹, *Gas and Dubois v. France*⁸⁸², као и *X. and Others v. Austria*⁸⁸³.

Суд се у овим предметима бавио питањима усвојења од стране самца који је хомосексуалне оријентације и усвојењем биолошког детета једног лица, од стране његовог истополног партнера. Генерално, право на усвојење детета није загарантовано ЕКЉП никоме, па ни самцу истополне оријентације нити истополном пару.⁸⁸⁴

У *Fretté v. France* пресуди, подносилац представке (г-дин *Fretté*) је током 1991. године поднео захтев за усвојење детета париским надлежним органима, али му је захтев одбијен. Како је неколико година касније предмет доспео до ЕСЉП, подносилац представке је сматрао да је одбијање његовог захтева за одобрењем усвојења представљало арбитарно мешање у његов приватан и породичан живот из чл. 8. ЕКЉП, због неоправдане предрасуде по основу његове сексуалне оријентације (пар. 2. пресуде *Fretté v. France*). Међутим, овај Суд је био става да су надлежни органи поступали у најбољем интересу детета када су одбили да дозволе усвојење мушкарцу хомосексуалне оријентације.⁸⁸⁵

У пресуди *E. B. v. France*, Суд је имао ипак нешто другачији став. Наиме, утврдио је да држава није дужна да дозволи самцима право на усвојење, али ако допусти, не може забранити усвојење само по основу његове сексуалне оријентације⁸⁸⁶.

Према занимљивој пресуди *Gas and Dubois v. France*, две истополне партнерке из француског цивилног партнерства поднеле су представку ЕСЉП, у којој су истакле да су дискриминисане по основу сексуалне оријентације (повреда чл. 14. у вези са чл. 8. ЕКЉП), јер им није било омогућено *second-parent adoption*⁸⁸⁷ (непотпуно усвојење биолошког детета друге партнерке). У решавању ове представке ЕСЉП је заузео став да није дошло до поменуте дискриминације, пошто ни хетеросексуалним партнерима, који су засновали цивилно партнерство, није дозвољена могућност непотпуног усвојења детета партнера.⁸⁸⁸ Следствено томе, ако држава (у овом случају Француска) не дозвољава усвојење детета ванбрачног партнера, не мора допустити ни усвојење детета истополног партнера⁸⁸⁹.

⁸⁸⁰ Представка број 36515/97, пресуда од 26.02.2002., правноснажна 26.05.2002.

⁸⁸¹ Представка број. 43546/02, пресуда од 22.01.2008.

⁸⁸² Представка број 25951/07, пресуда од 15.03.2012., правноснажна 15.06.2012.

⁸⁸³ Представка број 19010/07, пресуда од 19.02.2013.

⁸⁸⁴ Види Хошко, Т. (2016). Посвојење у међународном приватном праву, докторска дисертација, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 271.

⁸⁸⁵ О пресуди *Frette v France* види Бубић С. (2013). Утицај европског права на породично право у Босни и Херцеговини, у: Зборник радова – Научни скуп: Развој породичног права – од националног до европског, Правни факултет Универзитета „Демал Бједић“, Мостар, 47-48.

⁸⁸⁶ Пар. 94-98. *E. B. v. France*; Види Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 271.

⁸⁸⁷ Види пар. 3. пресуде *Gas and Dubois v. France*.

⁸⁸⁸ О пресуди види Влашковић, В. (2014). Начело најбољег интереса детета у породичном праву, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Крагујевац, 371.

⁸⁸⁹ Пар. 66-73 пресуде *Gas and Dubois v. France*; Види Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 271-272.

Међутим, због другачијих законодавних решења у Аустрији, ЕСЉП је другачије одлучио у предмету *X. and Others v. Austria*. Суд је био става да је дошло до повреде чл. 14. у вези са чл. 8. ЕКЉП пошто је тужена држава Аустрија допуштала усвојење биолошког детета ванбрачног партнера, али не и биолошког детета истополног партнера. Следствено томе, ЕСЉП је био на становишту да ако држава допушта усвојење детета ванбрачног партнера, онда то право мора бити зајамчено и истополном партнеру.⁸⁹⁰ Из ових пресуда се већ може наслутити који је облик усвојења отворен истополним партнерима. Реч је о тзв. *step-child* усвојењу (енгл: *simple, second-parent adoption*). Са друге стране, постоји заједничко усвојење (енгл: *joint adoption/full adoption*).

У првом случају (*step-child* усвојење) истополни партнер усваја биолошко дете свог истополног (венчаног или невенчаног) партнера. Тиме се гасе родитељска права другог биолошког родитеља (углавном пристанком, смрћу или напуштањем). Практична последица таквог усвојења је да дете, правно гледано, има два оца или две мајке, при чему је један од њих биолошки родитељ⁸⁹¹. Ипак, има ставова да усвојење не треба ограничити на *step-child* усвојење, нарочито на биолошко дете другог партнера, као и да би усвојење требало обухватити и дете које није биолошко дете једног партнера⁸⁹². Опреза ради, код *step-child* усвојења користићемо управо овај термин, а не *simple* усвојење да га не бисмо помешали са непотпуним усвојењем (енгл: *simple* усвојење), када је реч о усвојењу где усвојеник задржава неке правне везе са биолошком породицом, супсидијарно право на издржавање од биолошких родитеља и сл.⁸⁹³

Интересантно је да се *step-child* усвојење (од истополних партнера) не везује нужно за државе које дозвољавају истополан брак или *joint* усвојење, па је дозвољено, на пример, на Кипру, у Естонији и Словенији⁸⁹⁴. У правном систему Србије није предвиђено *step-child* усвојење од стране истополних партнера. Према чл. 101. ст. 2. ПЗ се као усвојитељ може јавити појединац: супружник или ванбрачни родитељ детета (нпр. очух може усвојити свог пасторка или ванбрачни партнер мајке детета може усвојити њено дете)⁸⁹⁵. У смислу нашег ПЗ, за супружнике и ванбрачне партнере се претпоставља да су различитог пола (чл. 3 и 4. ПЗ).

Са друге стране, поменуто *joint* усвојење је ситуација када обе стране усвоје дете које није ни у каквој вези са њима, тј. ниједан (истополни) партнер није биолошки родитељ детету⁸⁹⁶. *Joint* усвојење дозвољено је у: Белгији, Данској, Енглеској,

⁸⁹⁰ Пар. 112-153. пресуде *X. and Others v. Austria*; Види Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 272.

⁸⁹¹ Види Amos, Т., Rainer, J. (2017). *Parenthood for same-sex couples in the European Union: Key challenges, у: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition* (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 84.

⁸⁹² Dethloff, N. (2005). *Same-Sex Parents in a Comparative Perspective, International Law FORUM du droit international* 7, 201.

⁸⁹³ О разлици између потпуног и непотпуног усвојења види Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 56-57.

⁸⁹⁴ Види више о томе Amos, Т., Rainer, J. (2017). *op. cit.*, 85.

⁸⁹⁵ Поњавић, З., Влашковић, В. (2019). *op. cit.*, 247.; Поред тога, према чл. 93. ст. 2. ПЗ супружник или ванбрачни партнер лица које је раније усвојило одређено дете имају могућност да накнадно усвоји истог усвојеника.

⁸⁹⁶ У том смислу Amos, Т., Rainer, J. (2017). *op. cit.*, 84.

Француској, Исланду, Холандији, Норвешкој, Шпанији и Шведској⁸⁹⁷. Ни оваква врста усвојења није дозвољена у нашем правном систему од стране истополних партнера.

У неким од упоредноправних поредака, чија смо законодавства истраживали, права истополних партнера на усвојење су регулисана на различите начине. Животни партнер у Немачкој може усвојити биолошко дете другог регистрованог партнера, док усвојење усвојеног детета свог партнера (тзв. сукцесивно усвојење) раније није било дозвољено, али сада јесте. Животни партнери не могу заједнички усвојити⁸⁹⁸. Међутим, увођењем истополног брака у правни свет Немачке, чини се да су права хетеросексуалних и хомосексуалних брачних партнера у области усвојења изједначена, односно да и истополни партнери могу усвојити (§1741 BGB).

У Холандији је, од 01. априла 2014. године, уведена могућност да холандски женски истополни парови постану законски родитељи без претходног поступка усвојења. У сертификату о рођењу наводе се мајка која је родила дете и друга мајка⁸⁹⁹. Када није могуће да се мајчинство стекне по сили закона, онда постоји могућност да истополна партнерка биолошке мајке призна дете своје партнерке.⁹⁰⁰ Са друге стране, наведени прописи о аутоматском признању за истополне женске партнерке не важе за истополне мушке партнере, али они имају друге могућности за стицање родитељског права, а једно од њих је и та да оба мушкарца могу усвојити дете⁹⁰¹. Од 2001. године, у Холандији је уведена могућност заједничког усвојења, уз истовремено увођење *step-child/second parent adoption* и сукцесивног усвојења (енгл: *successive adoption* – усвојење усвојеног детета истополног партнера), а прописом из 2009. године⁹⁰², уведена је могућност „међудржавног“ усвојења⁹⁰³.

У Белгијском праву усвојилац може бити самац, а од 2006. године усвојиоци могу бити истополни брачни пар или пар који живи заједнички (који може бити и истополан). Заједнички живот једног пара постоји онда када партнери дају изјаву о

⁸⁹⁷ Види Fenton-Glynn, C. (2016), *Adoption in a European perspective*, у: *European family law volume III: Family law in a European perspective* (Ed. Jens M. Scherpe), 2016, 328-329.

⁸⁹⁸ Види више Martiny, D. (2016), *The changing concept of 'family' and challenges for family Law in Germany*, у: *European Family Law, Volume II, The changing concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law* (Ed. by Jens M. Scherpe), Edward Elgar Publishing Limited, UK-USA., 80; Даље, одредба о *step-child* усвојењу од истополних животних партнера постоји у §9. ст. 7. *LpartG*.

⁸⁹⁹ Како ће жена која није родила дете постати мајка у правном смислу решено је путем два прописа: *Act on Lesbian Parentage*, *Staatblad* 2013/480, *Act Removing a Number of Differences between Registered Partnership and Marriage*, *Staatsblad*, 2013, No. 486. њиховом комбинацијом мајчинство се стиче по сили закона када је реч о брачним или регистрованим женским партнерима и детету рођеном током њиховог брака или регистрованог партнерства, види Sumner, I. (2017). *Registered partnerships in the Netherlands*, у: *The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia, 139 и даље.

⁹⁰⁰ То је могуће уз сагласност мајке ако је дете млађе од 16. године, а ако дете има између 12 и 16. година – сагласност и детета и биолошке мајке, Sumner, I. (2017). *op. cit.*, 141. и даље.

⁹⁰¹ Sumner, I. (2017). *op. cit.*, 147-148.

⁹⁰² *Act amending Chapter I of the Civil Code concerning the shortening of the adoption procedure and amendment of the Act on the fostering of children from foreign countries with the purpose of adoption as regards joint adoption by couples of the same sex*, Act of 28 October 2008, *Stb* 2008, No. 425.

⁹⁰³ Види Koffeman, N. (2015). *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships*, Intersentia, 582. и даље.

законском заједничком животу или да најмање три године стално и ефективно живе заједно.⁹⁰⁴

У Француском правном систему, заједничко усвојење је дозвољено само од стране брачних партнера, независно од њиховог пола. *Step-child* усвојење између брачних партнера могуће је једино ако је потенцијални усвојилац уједно и брачни друг дететовог родитеља. Са друге стране, партнери из пакта, као ни кохабитанти немају право да заједнички усвоје дете⁹⁰⁵.

Као што смо већ навели у првом делу дисертације, једини облик истополне заједнице у Словенији је заснивање грађанске уније (*partnerski zvezi*), чији партнери немају права да заједно усвоје дете нити имају право на биомедицински потпомогнуто рађање (чл. 2. *Zakona o partnerski zvezi*). Ипак, могуће је да истополни партнер самостално усвоји, при чему дете може бити једног од партнера или дете које није ни у каквом односу са партнером⁹⁰⁶.

1.2. Упоредно међународно приватно право

У упоређиваним правним порецима, које смо обрађивали у првом делу дисертације, колизионе норме за усвојење су различите. У Француском правном систему усвојење потпада под национално право усвојоца, при чему законски заступник детета мора да се сагласи (у складу са чл. 370-3 ст 3. *Code Civil*-а Француске, у даљем тексту француски *CC*). У случају заједничког усвојења од стране брачних другова меродаван је статут за дејства брака, што се своди на заједнички *lex nationalis*, а ако то не може онда право заједничког пребивалишта брачних другова. У складу са чл. 370-3 ст. 1. реч. 2. француског *CC* неће бити могуће засновати усвојење, ако национално право сваког брачног друга то забрањује. Дејства усвојења, закљученог у Француској, уређују се у складу са чл. 370-4 француског *CC*⁹⁰⁷.

Немачки *EGBGB* садржи колизиону норму из чл. 22. ст. 1., према којој усвојење детета у домаћој држави (национално усвојење) потпада немачком праву. За страна усвојења меродавно право је право државе у којој усвојеник у тренутку усвојења има уобичајено боравиште. Белгијско право као тачку везивања за заснивање усвојења предвиђа држављанство усвојоца или усвојилаца у време заснивања усвојења. Ако су држављани различитих држава, онда је меродавно право државе њиховог заједничког уобичајеног боравишта у истом тренутку. У случају да немају ни заједничко уобичајено боравиште, меродавно је белгијско право. За давање сагласности

⁹⁰⁴ Види Hustedt, V., Schür, G. (2017). *Belgien*, у: *Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption* (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage, 364.

⁹⁰⁵ Види Francoz-Terminal, L. (2017). *Registered partnerships in France*, у: *The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. Jens M. Schepre, Andy Hayward), Intersentia, 176-177; О условима за (потпуно) усвојење од стране брачних другова у Француској види Döbereiner, C. (2017). *Frankreich*, у: *Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption* (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage, 592. Напомињемо да у Француској постоји и потпуно и непотпуно усвојење.

⁹⁰⁶ Види више о начинима усвојења Novak, B. (2016). *Možnosti, da istopolni partnerji v slovenskem pravnem redu postanejo starši*, *Podjetje in delo - 2016*, številka 6-7, stran 1054. GVZaložba, 1.10.2016.

⁹⁰⁷ Види Döbereiner, C. (2017). *op. cit.*, 593-594.

усвојеника и његових родитеља или законских заступника, меродавно је право у којој усвојеник има уобичајено боравиште у моменту непосредно пре премештања детета или ако до тога не дође, онда у време усвојења⁹⁰⁸.

Поставља се питање да ли се колизионе норме држава које признају истополним партнерима право на усвојење, примењују на таква усвојења? Одговор на ово питање зависиће од квалификације усвојења од стране истополних партнера у правном систему, којем ове колизионе норме припадају. Државе које дају истополним партнерима право на усвојење, *lex fori* квалификацијом ће и истополне партнере укључити у своје колизионе норме. Ако би се приступило оваквој квалификацији онда би било прилично јасно да се појам „брачни друг“ у колизионим нормама држава које познају усвојење од истополних партнера, односи и на истополне супружнике.

Питање дејства усвојења зависи од типа усвојења које је засновано. Прецизније, право меродавно за дејства усвојења одговориће на питања какав ће однос бити између усвојиоца и усвојеника и да ли такав тип усвојења ствара наследноправна дејства, издржавање и сл. У упоредном праву се за дејства усвојења срећу, начелно, три приступа. Први приступ подразумева другачију колизиону норму од оног за заснивање и престанак усвојења, као што је случај у нашем праву⁹⁰⁹, али и у аустријском праву⁹¹⁰. Други приступ подразумева исто право за дејства усвојења као и општи адоптивни статут (примера ради немачко право), док трећи приступ предвиђа меродавност домаћег права, *lex fori* (на пример француско и швајцарско право)⁹¹¹.

2. Међународна надлежност српских органа и меродавно право

Код усвојења са елементом иностраности (међународног усвојења), најважнији правни извори у правном систему Србије су поменута Хашка Конвенција о сарадњи и заштити деце у области међународног усвојења из 1993. године, ратификована у Србији током 2013. године⁹¹² (у даљем тексту: Конвенција о усвојењу из 1993. године) и одредбе ЗРСЗ (чл. 74. за међународну надлежност и чл. 44. и 45. за одређивање меродавног права).

⁹⁰⁸ Види 67. и 68. Белгијског ЗМПП из 2004. године.

⁹⁰⁹ За дејства усвојења се у нашем МПП примењује право државе држављанства усвојиоца и усвојеника у време заснивања усвојења, ако то не може онда заједничко пребивалиште, а ако то не може онда право Србије (под условом да је један од њих наш држављанин), а ако то не може, онда је меродавно право државе чији је држављанин усвојеник (чл. 45. ЗРСЗ).

⁹¹⁰ Види Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 240.

⁹¹¹ Види *Ibid.*, 240 и даље.

⁹¹² Конвенција из 1993. године је у Србији ратификована Законом о потврђивању Конвенције о заштити и сарадњи у области међународног усвојења, "Службени гласник РС - Међународни уговори", број 12/13 од 31.10.2013. године; Закон о ратификацији је ступио на снагу 08.11.2013. године и садржи само текст Конвенције, преведен на српски језик (члан 2. Закона). Одредба чл. 4. прописује да се о извршавању обавеза из Закона стара Министарство надлежно за породичну заштиту.

2.1. Међународна надлежност српских органа

Неспорно је да у нашем правном систему није дозвољено усвојење од истополних парова. Према чл. 101. ПЗ усвојитељи могу бити: супружници, ванбрачни партнери или, изузетно, самци, при чему наш ПЗ познаје брак и ванбрачну заједницу само између лица различитог пола.

Према важећој МПП регулативи (ЗРСЗ) постоји искључива надлежност органа РС за одлучивање о усвојењу или о престанку усвојења лица које је српски држављанин и има пребивалиште у Србији (чл. 74. ст. 1. ЗРСЗ). Надлежност органа Србије постоји и код одлучивања о усвојењу и престанку усвојења, ако је усвојилац српски држављанин и има пребивалиште у РС (чл. 74. ст. 2. ЗРСЗ). Такође, према чл. 74. ст. 3. ЗРСЗ, када *брачни другови* заједнички усвајају, за надлежност органа РС довољно је да је један од брачних другова српски држављанин и да има пребивалиште у РС⁹¹³.

У хрватској теорији се појавило схватање да се чл. 74. некада важећег хрватског Закона о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима⁹¹⁴ (у даљем тексту: хрватски Закон о рјешавању сукоба закона), који је исте садржине као и чл. 74. тренутно важећег ЗРСЗ Србије, треба тумачити тако да би појам *брачни друг* требало обухватити све категорије усвојитеља који заједнички усвајају дете, без обзира на то да ли они могу према хрватском праву усвојити или не. Такво тумачење је сврсисходно јер циљ члана 74. ЗРСЗ није одредити круг могућих усвојитеља (!), што се препушта меродавним правима, већ одредити да је у случају заједничког усвојења детета довољно да један од усвојитеља испуњава критеријуме надлежности (да има домаће држављанство и пребивалиште у домаћој држави), како би постојала надлежност домаћих тела⁹¹⁵. Такав став је потпуно прихватљив и на терену нашег ЗРСЗ, с обзиром да су одредбе (тадашњег) хрватског Закона о рјешавању сукоба закона исте као наше. Са друге стране, да није оваквог размишљања, у случају истополних брачних другова или парова у другом облику заједнице, предлог за усвојење би био одбачен због недостатка надлежности, уместо да буде одбијен у складу са меродавним правом које не допушта заједничко усвојење истополним паровима или прихваћен ако меродавно право то допушта⁹¹⁶ (наравно уз ограду клаузуле јавног поретка).

2.2. Одређивање меродавног права

За услове заснивања и престанка усвојења меродавно је, према чл. 44. ст. 1. ЗРСЗ, право државе чији су држављани усвојилац и усвојеник. Ако су ова лица различитог

⁹¹³ Чл. 74. би требало тумачити заједно са чл. 51. ЗРСЗ. Наиме, према овом члану, када је према ЗРСЗ одређена надлежност суда Србије (под претпоставком да парнична странка има наше држављанство), та надлежност ће постојати и за апатриде која имају пребивалиште код нас. У складу са чл. 51. ст. 2. ЗРСЗ, ова одредба се сходно примењује и на надлежност других органа Србије.

⁹¹⁴ НН 53/91, 88/01, на снази до 28.01.2019. године.

⁹¹⁵ Види за (тадашње) хрватске одредбе, које су исте као и одредбе ЗРСЗ за заснивање међународне надлежности Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 103. и даље.

⁹¹⁶ *Ibid.*, 104.

држављанства, за услове заснивања усвојења и престанка усвојења кумулативно су меродавна права обе државе, чији су они држављани (чл. 44. ст. 2). У случају да брачни другови заједнички усвајају, поред права државе чији је држављанин усвојеник, за услове заснивања усвојења и престанка усвојења меродавна су и права држава чији су држављани и један и други брачни друг. У свим овим случајевима реч је обичној (строжијој) кумулацији и важиће како за заснивање, тако и за престанак усвојења⁹¹⁷.

Да ли се ова колизиона норме ЗРСЗ односи и на истополне партнере? У теорији се среће једноставан одговор - колизионе норме за усвојење из ЗРСЗ могу се применити и на истополне партнере. Аргумент за овакав став је следећи: ако страном праву предвиђа усвојење од стране истополних партнера (чије заснивање јесте против домаћег јавног поретка), потребно је у сваком случају проћи колизионоправно упућивање, пошто је примена јавног поретка последњи механизам за заштиту домаћег поретка у колизионоправној методи. Околност да одређено усвојење није уређено колизионим правилом и да је недопуштено у домаћем праву, као што је нпр. заједничко усвојење од стране истополног пара, не значи да је оно недопуштено и у односима са елементом иностраности.⁹¹⁸

Према томе, колизиона норма из чл. 44. ЗРСЗ може се, преко чл. 2. ЗРСЗ, проширити и обухватити и истополне парове⁹¹⁹. Код колизионе норме за заснивање и престанак усвојења (чл. 44. ЗРСЗ) усвојитељи могу бити појединац или брачни другови. Одатле произилази да се појединац може квалификовати као самац, а и као особа која усваја свог пасторка⁹²⁰. Ако се, бар хипотетички, замисли да се пред домаћим управним органом постави питање заснивања усвојења од стране истополних парова, до таквог усвојења не може доћи због позивања на јавни поредак (чл. 4. ЗРСЗ). У том смислу, ако би домаћи управни органи засновали надлежност за заснивање усвојења, страни *lex nationalis* лица који допушта усвојење од истополних парова неће се применити са позивањем на јавни поредак.

Као и увек када се ради о сукобу закона, не сме се изоставити питање домашаја статута за усвојење. Наиме, чл. 44. ЗРСЗ се односи на питања услова за заснивање односа усвојења (овде спада и сагласност за усвојење коју некада права захтевају од усвојеника), разлоге престанка, као и на питања поступка⁹²¹. Међутим, у неким правним порецима, пристанак или пристанци за усвојење чине посебну правну категорију⁹²². Што се тиче форме усвојења, меродавно је право места где се усвојење заснива (чл. 44. ст. 4. ЗРСЗ). Под престанком усвојења подразумева се раскид и

⁹¹⁷ Види Дика, М. et al (1991). Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 146.

⁹¹⁸ У том смислу за стари хрватски Закон о рјешавању сукоба закона види Хошко, Т. (2016). op. cit., 235-237.

⁹¹⁹ Види Хошко, Т. (2016). op. cit., 235-237.

⁹²⁰ Види Ibid., 234. Ауторка Хошко је овде анализирао чл. 44. старог хрватског Закона о решавању сукоба закона са прописима другим земаља, који је исти као наш тренутни ЗРСЗ.

⁹²¹ Види Дика, М. et al. (1991). op. cit., 144-145.

⁹²² Види више о томе Хошко, Т. (2016). op. cit., 216. Примера ради, национално право детета меродавно је за његов пристанак у Швајцарској судској пракси и у црногорском праву (Чл. 89. ст. 3. црногорског ЗМПП из 2014. године).

поништај усвојења⁹²³, иако наш закон не прави разлику између ова два начина престанка.

Друго важно питање које се односи на усвојење јесте његово дејство⁹²⁴. Меродавно право за дејства усвојења је право државе чији су држављани усвојилац и усвојеник у време заснивања усвојења (чл. 45. ст. 1. ЗРСЗ). У случају да су ова лица различитог држављанства, меродавно је право државе у којој имају пребивалиште (чл. 45. ст. 2). Ако су, пак, држављани различитих држава, а немају пребивалиште у истој држави, меродавно је право Србије, ако је један од њих српски држављанин (чл. 45. ст. 3). Ако се у оквиру претходно поменуте ситуације догоди да ни усвојилац ни усвојеник нису наши држављани, меродавно је право државе чији је држављанин усвојеник (чл. 45. ст. 4).⁹²⁵

Како се усвојење од истополних партнера не може засновати пред нашим органима, у српском правном систему ће се пре поставити питање дејства такво заснованог усвојења. У складу са чл. 45. ЗРСЗ одабраће се меродавно право за дејства усвојења и те тиме одлучити да ли је такво усвојење потпуно или непотпуно и каква дејства ствара тако засновано усвојење (да ли ствара нпр. наследна права). У случају да је као меродавно право за наследна права детета или питање издржавања детета одређено српско право – мораће да се приступи супституцији⁹²⁶, односно испитивању да ли се диспозиција домаће материјалноправне норме (наследноправне норме или норме о издржавању) може испунити иностраним усвојењем. Одговор на ово питање зависиће од успешности функционалне еквиваленције између тако заснованог усвојења и усвојења у смислу домаћег ПЗ. Међутим, да ли би супституција била могућа, врло је упитно.

3. Хашка Конвенција за заштиту деце и сарадњу у подручју међународног усвојења из 1993. године

3.1. Поље примене и циљеви Конвенције о усвојењу из 1993. године

Хашка Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења из 1993. године (у даљем тексту: Конвенција о усвојењу из 1993. године)⁹²⁷ прописује минимум стандарда за међународно усвојење, које све државе уговорнице морају да поштују. Поред тога, она уређује питање признања страних одлука о усвојењу и управно-судску сарадњу између држава уговорница⁹²⁸, али не садржи колизионе норме

⁹²³ У смислу домаћег ПЗ постоји само потпуно усвојење, чл. 104. ПЗ.

⁹²⁴ О домаћају овог статута види Варади, Т. et al, (2010). Међународно приватно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 334-335.

⁹²⁵ О дејствима усвојења у смислу потпуног и непотпуног види Хошко, Т. (2016). op. cit., 56-58.

⁹²⁶ Види део III 2. дисертације.

⁹²⁷ У званичном енглеском наслову Конвенције стоји термин *inter country adoption*, али имајући у виду да се у наслову Закона о потврђивању Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења („Службени гласник РС – Међународни уговори“, број 12/13 од 31.10.2013) користи термин „међународно усвојење“, у даљем излагању ћемо се користити термином међународно усвојење.

⁹²⁸ Хошко, Т. (2016). op. cit., 148.

и норме о одређивању међународне надлежности. За примену Конвенције о усвојењу из 1993. године је потребно да усвојилац (усвојиоци) и усвојеник имају уобичајена боравишта у различитим државама уговорницама, те да у оквиру таквог усвојења долази до пресељења детета. Према томе, Конвенција о усвојењу из 1993. године се примењује онда када се дете (са уобичајеним боравиштем у једној држави уговорници) пресељава, треба да буде пресељено или је било пресељено у другу државу уговорницу (државу уобичајеног боравишта усвојитеља)⁹²⁹.

Овај веома успешни међународни извор Хашке Конференције⁹³⁰ примењује се на усвојења којима се заснива трајан однос родитеља и детета (чл. 2. ст. 2. Конвенције о усвојењу из 1993. године), без обзира да ли је реч о потпуном или непотпуном усвојењу⁹³¹. Конвенција се односи и на случајеве усвојења од стране сродника и усвојење пасторка⁹³². Међутим, не односи се на *kafalu*, хранитељство, старатељство⁹³³ и на независна усвојења⁹³⁴. Конвенција не дефинише појмове „усвојење“, „дете подобно за усвојење“,⁹³⁵ нити шта је „усвојење у најбољем интересу детета“, иако се принцип "најбољег интереса детета" посебно помиње у неким одредбама Конвенције⁹³⁶. Ипак, Преамбула може бити од користи приликом дефинисања овог принципа⁹³⁷.

Према тексту Конвенције о усвојењу из 1993. године, основни циљ представља „устпостављање гаранција ради заснивања међународних усвојења у најбољем интересу детета и уз поштовање основних права која су му призната међународним правом“ (чл. 1. тач. а). При томе, ова Конвенција дефинише само минимум заштите, што не значи да

⁹²⁹ Чл. 2. ст. 1. Конвенције из 1993. године.

⁹³⁰ Преглед доступан на <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=69>, приступљено 22.10.2019. године.

⁹³¹ Види Parra-Aranguren, G. (1993). Explanatory report on the Convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption, доступно на <https://assets.hcch.net/upload/expl33e.pdf>, приступљено 03.04.2018, тач. 94.; Види Hausmann, R. (2018). Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Auflage, München, 1395, Rn. 26.

⁹³² Види Andrae, M. (2014). Internationales Familienrecht, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 478, §7 Adoption, Rn. 3.

⁹³³ Види Hausmann, R. (2018). op. cit., 1391; О кафали види Хошко, Т. (2016). op. cit., 40-41.

⁹³⁴ The Implementation and operation of the 1993 Hague intercountry adoption Convention: Guide to good practice, Guide No 1, 2008., доступно на https://assets.hcch.net/upload/adoguide_e.pdf, приступљено 11.08.2019. године, 116 (тач. 525); О независном усвојењу види Хошко, Т. (2016). op. cit., 63.

⁹³⁵ Briscoe, E. (2009). Comment: The Hague Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption: Are Its Benefits Overshadowed by Its Shortcomings, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, vol. 22., Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, доступно на http://aaml.org/sites/default/files/MAT211_0.pdf, приступљено 04.04.2018. године, 444-445; На пример, Конвенција из 1993. године не одређује максимум година да би дете могло да буде усвојиво. Наведено питање се решава у складу са меродавним правим, одређеним колизионим нормама сваке државе, као и сви други материјални услови за усвојење, о томе види Parra-Aranguren, G. (1993). op. cit., тач. 96.

⁹³⁶ Примера ради види чл. 4. тач б Конвенције, који наводи да надлежни органи државе порекла морају утврдити да је међународно усвојење у најбољем интересу детета. Види и чл. 16. ст. 1. тач. г, чл. 21. ст. 1. Конвенције из 1993. године итд.

⁹³⁷ Примера ради, тач. 1. и 2. Преамбула Конвенције из 1993. године наводи да је за потпун и хармоничан развој личности детета неопходно да одраста у породичној средини, у атмосфери среће, љубави и разумевања, а свака држава мора предузети одговарајуће мере како би омогућила да дете остане збринуто у својој породици порекла.

државе уговорнице не могу повећати тај стандард на својој територији⁹³⁸. Наредни циљ Конвенције је „успостављање система сарадње између држава уговорница ради обезбеђивања поштовања ових гаранција и спречавања отмице, продаје или трговине децом” (тач. б). Трећи циљ Конвенције о усвојењу из 1993. године је „обезбеђење признања усвојења заснованих у државама уговорницама у складу са Конвенцијом” (чл. 1. тац. ц). Овај циљ је посебно важан јер Конвенција предвиђа аутоматско признање одлука о заснованом усвојењу у другим државама уговорницама, са ограниченим могућностима за одбијање признања.⁹³⁹

Чл. 4. Конвенције о усвојењу из 1993. године су прописани минимални захтеви које надлежни орган државе порекла мора испунити, независно од тога шта меродавно право предвиђа, а додатни услови за усвојење могу бити прописани од стране државе порекла или државе пријема⁹⁴⁰. Ти минимални захтеви подразумевају испитивање: да ли је дете подобно за усвојење, да ли је усвојење у најбољем интересу детета, да ли се водило рачуна о тзв. начелу *супсидијарности*, да ли су дате потребне сагласности осталих лица осим детета и да ли су испоштоване жеље, мишљење и сагласност детета, уколико је потребна (чл. 4. Конвенције). Слично томе, и чл. 5. Конвенције о усвојењу из 1993. године предвиђа минимум гаранција за међународно усвојење, који морају бити испоштовани од стране надлежних органа државе пријема. Ти захтеви су: испитивање да ли су потенцијални усвојитељи подобни да усвоје, да ли су ова лица добили неопходне савете, да ли је детету одобрен или ће му бити одобрен улазак и сталан боравак у тој држави.⁹⁴¹

Поменути принцип *супсидијарности*⁹⁴² није лако објаснити и уједначити на глобалном нивоу. Конвенција о усвојењу из 1993. године почива на принципу тзв. *двоструке супсидијарности*, којим се треба руководити приликом доношења одлука о томе да ли је међународно усвојење у дететовом најбољем интересу. Треба имати у виду да се дете премешта из једне средине, која му је културолошки и друштвено позната у сасвим другу и често потпуно другачију. Први ниво поменуте *двоструке супсидијарности* подразумева испитивање да ли дете може бити подизано од своје уже или шире породице, а други ниво *супсидијарности* подразумева испитивање, са дужном пажњом, могућности за организовање алтернативних облика старања о детету (пре свега облици трајног карактера). Међутим овај други ниво *супсидијарности* није на исти начин решен у Конвенцији о усвојењу из 1993. године и Конвенцији о правима

⁹³⁸ Parra-Aranguren, G. (1996). History, Philosophy and General Structure of the Hague Adoption Convention, у Зборнику: Children on the Move: How to Implement Their Right to Family Life, Hag, 67-68, наведено према: Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 149.

⁹³⁹ Види о циљевима и принципима Конвенције из 1993. године Павловић, М. (2019). Хашка Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења из 1993. године: преглед најважнијих одредби, у: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске Уније (ур. Миодраг Мићовић), Књ. 7., Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 354. и даље.

⁹⁴⁰ Види Parra-Aranguren, G. (1993). *op. cit.*, тац. 108-113. Ово произилази из тумачења чл. 4. у вези са чл. 17. тац. а Конвенције, који уређује доношење одлуке о поверавању детета од стране државе порекла.

⁹⁴¹ Види Parra-Aranguren, G. (1993). *op. cit.*, тац. 173-175.

⁹⁴² Чл. 4. ст. 1. тац. б. Конвенције из 1993. године: „Дужност надлежних органа државе порекла је да су “утврдили да је међународно усвојење у најбољем интересу детета, након ваљаног испитивања могућности за збрињавање детета у држави његово порекла”.

детета (у даљем тексту: Конвенцији о ПД). Конвенцијом о усвојењу из 1993. године, предност се даје *трајним* мерама⁹⁴³ (што може подразумевати и домаће усвојење⁹⁴⁴, али се предност домаћег усвојења у односу на међународно у смислу Конвенције може довести у питање⁹⁴⁵), док Конвенција о ПД предвиђа да се међународно усвојење може сматрати алтернативним начином бриге о детету, уколико се детету не може омогућити хранитељство, усвојење или се о детету не може на погодан начин водити брига у земљи његовог порекла (чл. 21. тач. б⁹⁴⁶).

Без обзира на неслагања у ова два међународна извора, може се рећи да је предност међународног усвојења над институционализацијом у држави порекла детета данас готово општеприхваћена⁹⁴⁷, јер је циљ детету обезбедити трајну породицу, па и путем међународног усвојења, што је много боље од институционализације, како се закључује из Извештаја уз Конвенцију о усвојењу из 1993. године⁹⁴⁸. Са друге стране, код других облика бриге о детету, пре свега хранитељства, теже је заузети став, јер оно може бити уобичајено у држави порекла детета или да дете то жели. Зато је боље рећи да исправно тумачење начела супсидијарности „захтева његово омекшавање с обзиром на околности појединог случаја“⁹⁴⁹. Следствено свему наведеном, у најбољем интересу детета је да се приликом одлучивања о његовој будућности узму све могућности, јер се Конвенцијом о усвојењу из 1993. године не ставља на прво место принцип супсидијарности, већ управо принцип најбољег интереса детета.⁹⁵⁰

Према тексту Конвенције о усвојењу из 1993. године, усвојење је могуће од стране супружника или лица са уобичајеним боравиштем у држави пријема (чл. 2. ст. 1.). Особом се сматра појединац, али и брачни друг (или партнер) родитеља детета⁹⁵¹. Конвенцијом о усвојењу из 1993. године није дефинисано ко се сматра брачним друговима, те је остало отворено да ли се под чл. 2. ст. 1. Конвенције подразумевају само хетеросексуалне везе. Изгледа да се решење овог питања препушта одлуци надлежним органима државе порекла и државе пријема⁹⁵². То практично значи да Конвенција о усвојењу из 1993. године не садржи униформне захтеве за родитељску подобност, пошто то није ни био њен циљ⁹⁵³. Из тога следи да се надлежним органима

⁹⁴³ Види Марјановић, С. (2014). Заштита деце у Хашким Конвенцијама о међународном приватном праву, докторска дисертација, Правни факултет Ниш, 337.

⁹⁴⁴ Види Шаула, В. (2007), Хашка конференција и међудржавно усвојење, у зборнику: Држављанство и Међународно приватно право – Хашке Конвенције, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 158.

⁹⁴⁵ Види Марјановић, С. (2014). *op. cit.*, 338.

⁹⁴⁶ „...признати да се међудржавно усвојење може сматрати алтернативним начином бриге о детету, уколико се дете не може сместити у другу породицу или бити усвојено или се о детету не може на погодан начин водити брига у земљи његовог порекла.“

⁹⁴⁷ Види Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 75.

⁹⁴⁸ Види Parra-Aranguren, G. (1993). *op. cit.*, тач. 46.

⁹⁴⁹ Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 76- 77.

⁹⁵⁰ Види Марјановић, С. (2014). *op. cit.*, 338.

⁹⁵¹ Види Andrae, M. (2014). *op. cit.*, 479., § 7 Adoption, Rn. 4.

⁹⁵² Hausmann, R. (2018). *op. cit.*, 1394.

⁹⁵³ Извесни покушаји унификације норми у области домаћих усвојења направљени су Европском конвенцијом о усвојењу, али се она не односи на усвојења са елементом иностраности.

државе порекла и државе пријема оставља да дају одговор на питање да ли се појам брака из Конвенције односи само на хетеросексуалне везе⁹⁵⁴.

Питање ко може усвојити није прошло без расправе ни током самог доношења ове Конвенције. Постојали су предлози да се термин „брачни другови или особа“ замени термином „муж и жена или невенчани појединац“, уважавајући чињеницу да су неке државе предвиђале истополни брак, па би ова измена довела до веће јасноће у примени⁹⁵⁵. Редактори Конвенције о усвојењу из 1993. године су се ипак одлучили за ову ширу и неутралнију формулацију.

Неутрални „тон“ Конвенције о усвојењу из 1993. године у погледу истополних партнера⁹⁵⁶ може упутити на различите закључке, посебно имајући у виду да Конвенција не показује интенцију да директно промовише или обесхрабрује усвојења од стране хомосексуалаца, иако има аргумената и за и против оваквог усвојења⁹⁵⁷. Пошто Конвенција о усвојењу из 1993. године није унификовала колизионе норме, произлази да ће државе уговорнице примењивати своје колизионе норме. Следствено томе, питање да ли она покрива усвајања од стране хомосексуалаца зависи од меродавних права до којих се долази путем колизионих норми обе државе. Ако је такво усвојење дозвољено од стране меродавног права или меродавних права држава, биће дозвољено и према Конвенцији о усвојењу из 1993. године⁹⁵⁸. Централни органи обе државе одређују према меродавном праву или меродавним правима ко има активну адоптивну подобност⁹⁵⁹. Ако би меродавно право било домаће, применио би се ПЗ, према којем усвојитељи могу бити супружници (или ванбрачни партнери), као и лице које је супружник или ванбрачни партнер родитеља детета. Изузетно, министар надлежан за породичну заштиту може дозволити усвојење и лицу које живи само, ако за то постоје нарочито оправдани разлози. Дакле, наше материјално право не предвиђа усвојење од стране истополних парова (брачних или ванбрачних).

Због бројних контроверзи које се отварају, упоредна права су подељена око питања да ли истополним паровима треба дати право на усвајање. Сигурно је да у процесу усвојења треба успоставити (задовољити) тријаду интереса – детета, биолошких родитеља и усвојоца.⁹⁶⁰ Најбољи интерес детета истиче се и у поменутој Конвенцији о усвојењу из 1993. године, као и Конвенцији о ПД. Међутим, то не значи да се неће узети у обзир интереси других лица која учествују у поступку усвојења, под чим се мисли на интерес потенцијалних усвојитеља и биолошких родитеља⁹⁶¹. Интереси

⁹⁵⁴ Hausmann, R. (2018). *op. cit.*, 1394-1395.

⁹⁵⁵ Види Parra-Aranguren, G. (1993). *op. cit.*, тач. 81.

⁹⁵⁶ Види о томе Wardle, D. L. (2008). The Hague Convention on intercountry adoption and American implementing law: implications for international adoptions by gay and lesbian couples or partners, *IND. INT'L & COMP. L. REV.*, [Vol. 18:1 2008], 135.

⁹⁵⁷ За преглед аргумената види Hills, L. (1998). Intercountry Adoption under the Hague Convention: Still an attractive Option for Homosexuals seeking to adopt?, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Volume 6, Issue 1, Article 8, Maurer School of Law: Indiana University, доступно на <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=ijgls>, приступљено 03.04.2018., 246; Dethloff, N. (2005). *op. cit.*, 201. и даље.

⁹⁵⁸ Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 163.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, 163.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, 69-70.

⁹⁶¹ Parra-Aranguren, G. (1993). *op. cit.*, тач. 49.

осталих лица су видни посебно код обавезе давања сагласности од лица, институција и органа, које морају бити добијене на исправан начин⁹⁶². Ипак, најбољи интерес детета је одлучујући критеријум, а како је то наведено у Конвенцији о ПД, то је принцип „од врхунског значаја“ (енгл: *paramount*)⁹⁶³.

Како је у литератури истакнуто, усвојење од истополних парова (који живе у пару или самостално) доводи до тзв. *false* проблема, имајући у виду да држава порекла и држава пријема морају сарађивати од самог почетка поступка и могу одбити сагласност за наставак усвојења, на пример, због личних услова потенцијалних родитеља као усвојиоца. То значи да ако се они не сагласе, онда ће поступак усвојења бити блокиран⁹⁶⁴. Коначно, брана је и (не)признање одлуке о усвојењу, о којој ће бити више речи у даљем излагању.

На крају, међународно усвојење доводи до стварања породице са мешовитом расном, етничком и религиозном позадином. Постоји могућност да ће дете, које је међународно усвојено, осетити социјалну стигматизацију, чак и када се налази у дому хетеросексуалних партнера. Коначно, примарни циљ Конвенције о усвојењу из 1993. године имплицира да је најважније обезбеђивање деце храном, уточиштем, љубављу и перманентном породицом.⁹⁶⁵

3.2. Изазови у спровођењу конвенцијског поступка (истополни партнери као усвојитељи)

Конвенција о усвојењу из 1993. године налаже државама уговорницама да формирају Централне органе (енгл: *Central authority*) (чл. 6. ст. 1. Конвенције), који имају задатак извршавања обавеза, предвиђених овим правним извором⁹⁶⁶. У нашој држави централни орган је Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања.

3.2.1. Србија као држава порекла

Свака држава уговорница Конвенције треба да попуни тзв. државни профил, који је направљен од Сталног бироа Хашке Конференције. Профили начелно показују статус држава уговорница у већини међународних усвојења⁹⁶⁷, тако да држава не мора бити искључиво држава пријема, односно држава порекла. Држава пријема је она држава у

⁹⁶² Види чл. 4. Конвенције из 1993. године.

⁹⁶³ „States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall....“

⁹⁶⁴ Види Parra-Aranguren, G. (1993). *op. cit.*, тач. 78-79.

⁹⁶⁵ Види тач. 1. и 3. Преамбуле Конвенције из 1993. године.

⁹⁶⁶ О Централним органима, акредитованим и неакредитованим телима види Павловић, М. (2019). Хашка Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења из 1993. године: преглед најважнијих одредби, у: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске Уније (ур. Миодраг Мићовић), Књ. 7., Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 358-359.

⁹⁶⁷ Види Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 143; Профили држава су доступни на <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6221&dtid=42>, приступљено 29.10.2019. године.

коју се дете премешта, а држава порекла је држава из које је дете премештено, из које се премешта или ће се, за потребе усвојења, преместити. Србија се профилисала као држава порекла⁹⁶⁸ (више се појављује као држава из које се деца селе у другу државу за потребе међународног усвојења).

Сам поступак конвенцијског усвојења започиње тако што се лица са уобичајеним боравиштем у једној држави уговорници, која желе да усвоје дете са уобичајеним боравиштем у другој држави уговорници, обраћају Централном органу државе свог уобичајеног боравишта (државе пријема детета).⁹⁶⁹ Претпоставимо да ће потенцијални усвојитељи бити истополни партнери и тада ће Централни орган државе пријема испитивати да ли су они адоптивно способни (у складу са захтевима, прописаних меродавним правом, до којег се долази консултовањем националних колизионих норми)⁹⁷⁰, али и уз поштовање потребних социјално-психолошких захтева, који су важни за успех усвојења⁹⁷¹. Ако Централни орган државе пријема сматра⁹⁷² да су подносиоци захтева подобни да усвоје, саставиће одговарајући извештај⁹⁷³ и доставити га Централном органу државе порекла (чл. 15. ст. 2.).

Међутим, ако би Централни орган државе пријема ценио адоптивну способност усвојитеља у складу са меродавним правом Србије, усвојење од стране истополних партнера не би било дозвољено, па се наведени извештај вероватно не би ни послао. Ако би колизиона норма државе порекла довела до права неке друге државе, која дозвољава усвојење од истополних партнера и ако су, према Централном органу те државе, они подобни да усвоје, извештај би се вероватно саставио и послао Србији као држави порекла.

Затим се у Србији (држави порекла) проверава да ли постоји дете које има општу адоптивну способност (у складу са меродавним правом), које ће одговарати профили потенцијалних усвојитеља. Најчешће ће бити реч о деци која су наши држављани, са уобичајеним боравиштем у нашој држави. Према Правилнику о начину вођења Јединственог личног регистра усвојења⁹⁷⁴ (у даљем тексту: Правилник), у овај регистар се уписују подаци о детету, а између осталих и о његовом држављанству, пребивалишту, односно боравишту⁹⁷⁵.

⁹⁶⁸ Профил Србије је доступан на https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2015cp_rsr.pdf, приступљено 29.10.2019. године.

⁹⁶⁹ У складу са чл. 2. Конвенције из 1993. године, потенцијални усвојоци морају имати уобичајено боравиште у држави пријема у моменту подношења захтева, види Parga-Aranguren, G. (1993), *op. cit.*, тач. 76.

⁹⁷⁰ У том смислу Марјановић, С. (2014). *op. cit.*, 356; Види чл. 15. Конвенције.

⁹⁷¹ Parga-Aranguren, G. (1993). *op. cit.*, тач. 294.

⁹⁷² У српској верзији Конвенције је наведено "сматра", а у енглеској верзији "is satisfied".

⁹⁷³ За детаљнији садржај извештаја види Шаула, В. (2007). *op. cit.*, 159.

⁹⁷⁴ Службени гласник РС, број 63 од 18. јула 2005. године. Овај регистар служи као јединствена евиденција свих усвојеника и усвојитеља.

⁹⁷⁵ Према чл. 5. А. Правилника уписују се следећи подаци о детету за које се процени да је у његовом најбољем интересу да буде усвојено:

- 1) име и презиме;
- 2) пол;
- 3) датум и место рођења;
- 4) јединствени матични број грађана;
- 5) држављанство;
- 6) пребивалиште, односно боравиште;

Дакле, у тренутку када Централни орган државе порекла (тј. Србије) добије извештај о усвојитељима (од Централног органа државе пријема, у складу са чл. 15. ст. 2. Конвенције), он врши прву проверу испуњености услова на страни потенцијалних усвојитеља и усвојеника на основу меродавног права, које је одређено колизионом нормом државе порекла⁹⁷⁶. Потпуна компатибилност детета и усвојитеља зависиће од степена усклађености одредаба меродавног права одређеног у држави порекла и оног меродавног права, које би било меродавно (на основу колизионе норме) у држави пријема.⁹⁷⁷ Према томе, ако би Централни орган државе пријема саставио извештај о потенцијалним усвојитељима-истополним партнерима, Србија би (као држава порекла), са своје стране, ценила адоптивну способност детета, у складу са меродавним правом и вршила прву проверу испуњености услова на страни потенцијалних усвојитеља и усвојеника на основу меродавног права, одређеног сопственом колизионом нормом. То ће најчешће бити и дете нашег држављанства, ако се погледа Јединствени регистар. За заснивање усвојења колизиона норма Србије (чл. 44. ЗРСЗ) предвиђа *lex nationalis* као тачку везивања за усвојеника, тако да услове за заснивање усвојења наш Централни орган испитује према праву Србије. Према томе, тешко се може замислити да поменута еквиваленција постоји, јер иако би неко страно право дозвољавало усвојење од стране истополних партнера, наше право то не дозвољава, па је врло вероватно да би се поступак стопирао већ у овој фази.

Ако би Централни орган државе порекла сматрао да је дете подобно за усвојење, односно да компатибилност детета и усвојитеља постоји (што не верујемо да је могуће, како смо то већ описали), саставио би извештај о детету (чл. 16).⁹⁷⁸ Након тога би централни орган државе порекла упутио извештај Централном органу државе пријема (чл. 16. ст. 2), уз обавезу да утврди да су добијене сагласности из чл. 4. Конвенције.⁹⁷⁹ Након размене извештаја, требало би донети одлуку о поверавању детета (енгл: *entrustment*)⁹⁸⁰ потенцијалним усвојитељима, при чему је, између осталих услова за доношење ове одлуке (побројаних у чл. 17.), потребно и да се Централни органи обе државе сагласе да се може поступак усвојења наставити (чл. 17. тач. в) и да не постоје сметње за његово заснивање⁹⁸¹.

Из свега наведеног се може закључити да, чак иако дође до размене извештаја (чл. 15. ст. 2. Конвенције о усвојењу из 1993. године), чл. 17. тач. в. Конвенције подразумева да Централни органи потврђују да нема сметње да се усвојење заснује, односно да се са поступком може наставити. Тешко можемо замислити да ће се

7) националност.... итд.

⁹⁷⁶ Види Марјановић, С. (2014). *op. cit.*, 357.

⁹⁷⁷ За те потребе, Централни орган државе порекла ће морати да сазна како колизиону норму државе пријема тако и садржину меродавног права, до којег би се дошло путем те колизионе норме, види Марјановић, С. (2014). *op. cit.*, 357.

⁹⁷⁸ О садржају извештаја види чл. 16. ст. 1. тач. а. Конвенције из 1993. године.

⁹⁷⁹ Види чл. 16. ст. 1. тач. в. Конвенције из 1993. године.; То су сагласности лица, институција, органа, мајке (ако је потребна) и детета (ако је потребна).

⁹⁸⁰ Чл. 17. односи се на сваку одлуку о поверавању детета, види Parra-Aranguren, G. (1993). *op. cit.*, тач. 327.

⁹⁸¹ Ако држава порекла или држава пријема сматра да постоје препреке за усвојење, Централни орган било државе порекла било државе пријема има право да се не сагласи са наставком усвојења, чиме је поступак блокиран, о томе види Parra-Aranguren, G. (1993). *op. cit.*, тач. 337.

Централни орган Србије и Централни орган друге државе сагласити у овом смислу, ако је реч о истополним партнерима као усвојитељима.

На крају, Централни органи обе државе треба да се договоре о томе у којој држави ће формално доћи до заснивања усвојења, а коначна одлука зависи од националних норми о међународној надлежности. Прави договор Централних органа државе порекла и државе пријема постојаће у случају када је реч о две могуће конкурентне надлежности. Са друге стране, код држава уговорница које су се профилисале као државе порекла (као што је Србија), врло често је прописана искључива надлежност за усвојеника домаћег држављанина. У том случају, питање надлежности биће решено применом строже норме о међународној надлежности, односно искључиве⁹⁸². У домаћем међународном приватном праву, у поступцима заснивања и престанка усвојења, искључива међународна надлежност постоји у случају када је усвојеник наш држављанин и има пребивалиште код нас.⁹⁸³ Према томе, ако је Србија држава порекла, онда ће најчешће бити речи о усвојеницима нашим држављанима и наш орган ће имати надлежност за доношење формалне одлуке о усвојењу. Такву одлуку ће врло тешко донети имајући у виду чл. 4. ЗРСЗ и позвање на јавни поредак, па ће доћи до непримене страног меродавног права које допушта усвојење од стране истополних партнера.

3.2.2. Србија као држава пријема

Са друге страна, када је Србија држава пријема, за потребе примене Конвенције о усвојењу из 1993. године, будући усвојитељи ће имати уобичајено боравиште у нашој држави, независно од држављанства. У улози усвојитеља би се могли наћи наши или страни држављани са уобичајеним боравиштем код нас, а у улози усвојеника, дете са уобичајеним боравиштем у другој држави. Ако би се испитивала адоптивна подобност усвојитеља (истополних партнера) путем меродавног права (до којег се долази путем домаће колизионе норме), реч би било о српском праву, ако су наши држављани. Према српском праву истополни партнери не могу да усвајају. Изгледа да би се поступак прекинуо већ у почетној фази, односно ни извештај од наших Централних органа не би био послат (чл. 14. ст. 2. Конвенције о усвојењу из 1993. године). У случају да су усвојитељи странци код нас, њихова права да усвоје у Србији регулисана су ПЗ, у складу са којим странац може усвојити дете само ако нема подобних усвојитеља домаћих држављана (ако је прошло више од годину дана од дана уношења података о будућем усвојенику у Јединствени лични регистар усвојења) и ако се са тим сагласи министар надлежан за породичну заштиту.⁹⁸⁴ Тешко је замислити да се надлежни министар сагласи са усвојењем од лица истополне оријентације или истополних партнера, али ако се то ипак догоди и ако би дошло до размене извештаја

⁹⁸² Види Марјановић, С. (2014). *op. cit.*, 360.

⁹⁸³ Чл. 74. ст. 1. ЗРСЗ.

⁹⁸⁴ Види чл. 103. ПЗ Србије; Према чл. 103. ст. 2. и 3. ПЗ, сматраће се да се усвојитељи не могу наћи међу домаћим држављанима ако је прошло више од годину дана од дана уношења података о будућем усвојенику у Јединствени регистар усвојења.

Изузетно, министар надлежан за породичну заштиту може дозволити усвојење страном држављанину и пре истека рока из става 2. овог члана ако је то у најбољем интересу детета.

између Централног органа државе пријема и државе порекла, опет би Централни органи обе државе морали да се сагласе да се са поступком усвојења може наставити из чл. 17в Конвенције о усвојењу из 1993. године, што сумњамо да ће се догодити.

На крају, евидентно је да читав поступак конвенцијског поступка зависи од могућности сазнања и примене потребне колизионе норме друге државе уговорнице, која учествује у поступку. Ово сазнање у пракси може бити далеко једноставније, ако би Централни органи обе државе били у контакту током читавог овог (не тако једноставног) поступка и обавештавали један другог о садржини (колизионог) права друге државе.

ДЕО VII – Признање и извршење страних судских одлука у материји иностраних истополних заједница живота

Ово поглавље је посвећено је могућностима признања и извршења страних судских одлука, које су од надлежних органа донете у иностранству, у статусним и имовинским питањима истополних партнера. Током спроведеног истраживања у овом раду нисмо наишли на податак о барем једној судској одлуци у Србији, којом је страна судска одлука у овој материји призната.

Излагање у овом поглављу започињемо најважнијим изворима права у материји признања и извршења страних судских одлука у нашој држави. Након тога, анализирани су све сметње признању из ЗРСЗ које се морају испитивати приликом признања и извршења страних одлука које дотичу статусна и имовинска питања истополних заједница живота.

Поглавље се завршава специфичностима признања и извршења страних судских одлука у нашем правном систему које се односе на статусна питања наших држављана, држављана државе чија је одлука у питању и држављана треће државе. На крају, објашњене су и специфичности које се тичу признања стране одлуке о усвојењу, заснованог према процедури Хашка Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења из 1993. године (у даљем тексту: Хашка конвенција о усвојењу из 1993. године).

1. Правни извори Србије у области признања и извршења страних судских одлука

Правни извори законодавства Србије од значаја за признање и извршење страних судских одлука су ЗРСЗ, мултилатерални уговори и билатерални уговори које је потписала стара Југославија, односно Србија. ЗРСЗ ову област регулише у чл. 86. – 96. и чл. 101. Од мултилатералних уговора⁹⁸⁵ може се издвојити Конвенција о усвојењу из 1993. године (за област међународног усвојења), Хашку Конвенцију о грађанском судском поступку из 1954. године⁹⁸⁶, која у чл. 18.⁹⁸⁷ (и осталим члановима) регулише

⁹⁸⁵ За преглед свих вишестраних међународних уговора који садрже норме међународног приватног права у Србији види Станивуковић, М., Живковић, М. (2015). Међународно приватно право: општи део, Службени гласник; 6. издање, Београд, 491. и даље.

⁹⁸⁶ Конвенција доступна на <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=33>, приступљено 01.12.2020.; Код нас је ратификована Уредбом о ратификацији Конвенције о грађанском поступку („Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми“, број 6/62).

⁹⁸⁷ Чл. 18. Конвенције гласи:

„Осуде на плаћање парничних трошкова и издатака, изречене у једној од држава уговорница против тужиоца или интервенијента, који су ослобођени од кауције, депоновања или плаћања, било на основу члана 17 ст. 1 и 2, било на основу закона државе у којој је поступак покренут, биће, на захтев постављен дипломатским путем, бесплатно оглашене за извршне, од стране надлежне власти у свакој од држава уговорница. Исто правило се примењује на судске одлуке, којима је износ парничних трошкова утврђен

питање признања и извршења решења која се односе на трошкове поступка. Поред овог извора поменућемо и Њујоршку Конвенцију о остваривању алиментационих захтева у иностранству из 1956. године⁹⁸⁸. Том Конвенцијом не регулише се признање и извршење страних судских одлука у области издржавања, већ је њен предмет обавеза држава чланица да једна другој пружи правну помоћ поводом извршења страних судских и вансудских извршних исправа, које се односе на законско издржавање⁹⁸⁹.

Постоји низ билатералних уговора које је стара Југославија закључила у области правне помоћи (који садрже одредбе о признању и извршењу страних одлука) и области само признања и извршења страних судских одлука у периоду од 50-их до 80-их година прошлог века. Ниједан од њих се експлицитно не односи на истополне заједнице живота, што је разумљиво с обзиром да у том периоду овакве заједнице нису биле регулисане на глобалном нивоу. Из тог разлога нам не делује реално да се они могу применити за признање страних судских одлука у статусним и имовинским питањима истополних заједница живота. Државе потписнице билатералних уговора изложити су: Алжир⁹⁹⁰, Бугарска⁹⁹¹, Кипар⁹⁹², Мађарска⁹⁹³, Монголија⁹⁹⁴, Пољска⁹⁹⁵, Румунија⁹⁹⁶, Русија⁹⁹⁷, Словачка и Чешка⁹⁹⁸, Аустрија⁹⁹⁹, Белгија¹⁰⁰⁰, Грчка¹⁰⁰¹ и Француска¹⁰⁰².

доцније. Предње одредбе се не противе томе да се две државе уговорнице споразумеју и допусте да захтев за клаузулу извршности може поставити и директно заинтересована страна“.

⁹⁸⁸ Конвенција је ступила на снагу за бившу ФНРЈ, као и касније државе сукцесоре бивше СФРЈ 1960. године (Сл. лист ФНРЈ, Међународни уговори и други споразуми, 2/1960).

⁹⁸⁹ Види више о Конвенцији Јакшић, А. (2016). Међународно грађанско процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 385. и даље.

⁹⁹⁰ Уговор са Алжиром –Уговор о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима између СФРЈ и ДНР Алжир из 1982, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 2/1981.

⁹⁹¹ Уговор са Бугарском-Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске из 1956, Службени лист ФНРЈ-додатак број 1/1957, ступио на снагу 17.01.1957.

⁹⁹² Уговор са Кипром-Уговор о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима између СФР Југославије и Републике Кипар из 1984, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 2/1986 који је ступио на снагу 15.02.1987.

⁹⁹³ Уговор са Мађарском о узајамном правном саобраћају између СФРЈ Југославије и НР Мађарске из 1986 године, са изменама и допунама из 1986 године, Службени лист СФРЈ-додатак број 3/1968, који је ступио на снагу 18.01. 1969, измене и допуне-Службени лист СФРЈ СФРЈ-Међународни уговори, број 1/1987, које су ступиле на снагу 05.12.1987.

⁹⁹⁴ Уговор са Монголијом о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Монголске Народне Републике из 1981, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 7/1982 који је ступио на снагу 27.03.1983.

⁹⁹⁵ Уговор са Пољском о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНРЈ Југославије и НР Пољске из 1960 године, Службени лист ФНРЈ-додатак број 5/1963, ступио на снагу 05.06.1963. године.

⁹⁹⁶ Уговор са Румунијом о правној помоћи између ФНРЈ Југославије и Румунске народне Републике из 1960. године, Службени лист ФНРЈ-додатак број 8/1961, ступио на снагу 01.10.1961. године.

⁹⁹⁷ уговор са Русијом о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између ФНРЈ Југославије и СССР-а из 1962 године, Службени лист ФНРЈ-додатак, број 5/1963, ступио на снагу 26.05.1963. године.

⁹⁹⁸ Уговор са Словачком о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке СР из 1964 године и Уговор са Чешком о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФРЈ Југославије и Чехословачке СР из 1964 године, Службени лист СФРЈ-додатак, број 13/1964, ступио на снагу 02.08.1964. године.

⁹⁹⁹ Споразум са Аустријом о узајамном признавању и извршењу одлука о издржавању између ФНРЈ Југославије и Републике Аустрије из 1961.године, Службени лист СФРЈ, број 2/1963, ступио на снагу 25.12.1962. године.

2. Признање и извршење страних судских одлука у Србији и истополне заједнице живота

2.1. Правила о признању према ЗРСЗ

2.1.1. Општа правила о признању

Приликом признања страних судских одлука у нашем правном систему, прво питање које се поставља је: шта се признаје, тј. каква одлука се признаје. Да би се уопште могло говорити о поступку признања и извршења стране одлуке у смислу ЗРСЗ, она мора имати следеће карактеристике: 1) инострани карактер; 2) материја у којој је донета; и 3) судски карактер одлуке. Инострани карактер одлуке процењује се према томе да ли је реч о одлуци која је донета на територији стране државе од стране органа те државе¹⁰⁰³. Материја на коју се страна судска одлука односи морају бити односи предвиђени у чл. 1. ЗРСЗ (статусни, породични и имовински, односно други материјалноправни односи са међународним елементом)¹⁰⁰⁴. Судски карактер одлуке подразумева да се страном судском одлуком сматра не само одлука и поравнање страног суда (чл. 86. ст. 2. ЗРСЗ), већ и одлука другог органа која је у држави у којој је донесена изједначена са судском одлуком, односно судским поравнањем и ако се њом регулишу односи из чл. 1. ЗРСЗ (чл. 86. ст. 3)¹⁰⁰⁵. Са тим у вези, пред нашим органима предмет признања може бити одлука и страних несудских органа, који могу одлучивати о неким питањима проистеклим из истополних заједница живота. Тако, холандско регистровано партнерство може престати у административном поступку,¹⁰⁰⁶ док су у скандинавским земљама поступци развода брака (посебно у поступцима споразумних развода брака) до те мере либерализовани да најчешће престају доношењем одлука административног тела (нпр. Норвешка)¹⁰⁰⁷. Да ли ће ови акти

¹⁰⁰⁰ Конвенција са Белгијом о признавању и извршењу судских одлука о издржавању између СФРЈ Југославије и Краљевине Белгије из 1973 године, Службени лист СФРЈ-додатак, број 45/1976, ступио на снагу 08.03.1976. године.

¹⁰⁰¹ Споразум са Грчком о узајамном признавању и извршењу страних судских одлука између ФНРЈ Југославије и Краљевине Грчке из 1959 године, Службени лист ФНРЈ-додатак, број 6/1960, ступио на снагу 31.03.1960. године.

¹⁰⁰² Конвенција са Француском о признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима између Владе СФР Југославије и Владе Републике Француске из 1971. године, Службени лист СФРЈ-додатак број 7/1972, ступио на снагу 01.02.1972. године.

¹⁰⁰³ Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). Међународно приватно право: општи део, Службени гласник; 4. издање, Београд, 435. и даље.

¹⁰⁰⁴ Чл. 1. ст. 2 у вези са ст. 1 ЗРСЗ.

¹⁰⁰⁵ Право државе у којој је донета "одлука другог органа" је, према ЗРСЗ, меродавно и за квалификацију одређене одлуке односно нагодбе као судске. Види Дика, М. et al (1991). Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 282.; При том, назив стране судске одлуке (пресуда, наредба, решење и сл) и назив страног суда (трибунал, суд и сл.) немају значаја на могућност признања, види Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). Међународно приватно право: општи део, Службени гласник; 4. издање, Београд, 437.

¹⁰⁰⁶ Види део I 2.2.4. дисертације.

¹⁰⁰⁷ Види Дураковић, А. (2016). Међународно приватно право развода брака у Еуропској унији и Босни и Херцеговини, Мостар, 198.

имати судски карактер и да ли ће се сматрати судском одлукама зависи од права државе чији су органи те акте донели. Ако су они по том праву изједначени са судским одлукама, онда испуњавају услов за одлучивање о њиховом признању и извршењу у Србији.

Стране судске одлуке из области истополних заједница живота које се могу хипотетички појавити као предмет признања пред нашим судом су кондемпнаторне (нпр. одлуке о издржавању између партнера), деклараторне (одлуке о разводу истополног брака или престанку партнерства) и преображајне пресуде (одлуке о поништају истополних заједница).

У погледу питања система признања и извршења, неспорно је да у Србији влада систем ограничене контроле, што подразумева преиспитивање таксативно набројаних услова, углавном процесноправне природе. Страна судска одлука се не може укинути, нити преиначити, већ само признати или не признати. Додуше, могуће је парцијално признање појединих одлука садржаних у пресуди, под условом да могу самостално да егзистирају и да испуњавају услове за признање¹⁰⁰⁸.

Признање стране судске одлуке је нераскидивно везано за њено извршење (под условом да је одлука извршива) пошто се оно сматра интегралним делом "суђења" у смислу чл. 6. ЕКЈП¹⁰⁰⁹. Наравно, илузорно би било право на приступ суду ако домаћи правни систем допусти да обавезујућа и коначна одлука буде неоперативна на штету странке¹⁰¹⁰. Овакав став је ЕСЈП имао у предмету *Saccoccia v. Austria*¹⁰¹¹ сматрајући да се чл. 6. ЕКЈП, барем када је реч о домаћем поступку, односи и на фазу извршења, а да се до другачијег закључка не може доћи ни за поступак егзекватуре (енгл: *exequatur*)¹⁰¹², као поступка који се односи на извршење стране судске одлуке, ако се таква одлука односи на грађанска права и обавезе (пар. 61-62. пресуде). Међутим, обавеза признања и извршења није апсолутна, па се она може ограничити уколико би то било пропорционално легитимном циљу који се жели постићи.¹⁰¹³ Тако је ЕСЈП у предмету *Négrépontis-Giannisis v. Greece*¹⁰¹⁴ истакао да су грчки надлежни органи неоправдано одбиле признање стране одлуке о усвојењу и да тумачење јавног поретка не сме бити вршено на арбитраран и непропорционалан начин од стране грчких судова. Овај суд је закључио да Грчка није испоштовала принцип пропорционалности у смислу чл. 6. ст. 1. ЕКЈП, због чега је дошло до повреде овог члана.¹⁰¹⁵

Судска пракса овог суда показује да се на основу чл. 8. ЕКЈП (право на приватан и породичан живот) може очекивати од држава чланица да признају страну судску одлуку којом се установљава статус или породичноправни однос и тиме испуне

¹⁰⁰⁸ Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). *op. cit.*, 445.

¹⁰⁰⁹ Пар. 40. пресуде *CASE OF HORNSBY v. GREECE* (Application no. 18357/91), одлука од 19.03.1997.

¹⁰¹⁰ Пар. 60-61. пресуде *Saccoccia v. Austria* (App. No 69917/01, пресуда је од 18.12.2008.).

¹⁰¹¹ App. No 69917/01, пресуда је од 18.12.2008.

¹⁰¹² Термин *exequatur* („егзекватура“) није једнозначно одређено у упоредном праву. Под „егзекватуром стране судске одлуке“ најчешће се подразумева извршење стране судске одлуке, али често се овај израз користи и у смислу признања стране судске одлуке, види о томе Варади, Т., et al, (2010). *op. cit.*, 542.

¹⁰¹³ Види Kiestra, L. (2014). *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Springer, 211.

¹⁰¹⁴ App. No. 56759/08, од 03.05.2011.

¹⁰¹⁵ Види Kiestra, L. (2014). *op. cit.*, 208-209.

легитимна очекивања странака да ће статус, који је њом установљен, бити признат.¹⁰¹⁶ Међутим, државе уговорнице нису обавезане да признају сваку страну судску одлуку у области породичног права, тако да остаје отворено питање које су то дозвољене врсте препрека, створене у облику међународноприватноправних правила држава уговорница. Препреке за непризнавање одлука се процењују према захтевима из чл. 8. ст. 2. ЕКЈП, па ће их ЕСЈП ценити у складу са пропорционалношћу одређеног ограничења са обавезом признања.¹⁰¹⁷ Управо пракса овог суда показује да се традиционални захтеви за признање и извршење страних породичноправних судских одлука морају бити у складу са чл. 8. ЕКЈП. Ако би такав захтев водио одбијању признања стране судске одлуке, био би процењен као мешање јавне власти у вршење права на приватан и породичан живот (у смислу члана 8. ст. 2. ЕКЈП)¹⁰¹⁸. Јавна власт се не меша у вршење овог права, осим ако је такво мешање предвиђено законом и ако је то неопходна мера у демократском друштву у интересу националне сигурности, јавне сигурности, економске добробити земље, спречавања нереда или спречавања злочина, заштите здравља и морала или заштите права и слобода других (чл. 8. ст. 2. ЕКЈП). Све екстензивније тумачење чл. 8. ЕКЈП иде у прилог признања одлука о истополним заједницама живота. Међутим, признање и извршење таквих породичноправних одлука контроверзно је тренутно у неким (или чак свим) државама уговорницама.¹⁰¹⁹

2.1.2. Сметње за признање

Сметње за признање стране судске одлуке нормиране су у чл. 88. до 92. ЗРСЗ. Разлози за непризнавање су повреда права на одбрану (чл. 88), искључива надлежност суда РС (чл. 89), *res iudicata* (чл. 90. ст. 1.), литиспенденција у истој правној ствари (чл. 90. ст. 2), повређен јавни поредак (чл. 91.), непостојање узајамности (чл. 92). Колико нам је познато, наши судови се, барем на територији надлежности Вишег Суда у Крагујевцу, до сада нису сусретали са питањима признања страних судских одлука из области истополних заједница живота¹⁰²⁰. У даљој анализи ће бити изложене сметње за признање стране судске одлуке по редоследу како су нормиране ЗРСЗ.

А. Повреда права на одбрану (чл. 88. ЗРСЗ)

Важна „брана“ признања стране судске одлуке у нашем правном систему је непоштовање права на одбрану „лица против кога је та одлука донесена“. Испитује се по приговору тог лица, не по службеној дужности¹⁰²¹. Наиме, реч је о неправилностима у поступку које се косе са захтевима процесног права меродавног за поступак у којем

¹⁰¹⁶ Види Kiestra, L. (2014). *op. cit.*, 241.

¹⁰¹⁷ Види Kiestra, L. (2014). *op. cit.*, 241.

¹⁰¹⁸ Види Kiestra, L. (2014). *op. cit.*, 299. Тако је ЕСЈП у предмету *Wagner* оставио по страни услов да страном усвојење треба бити у складу са *lex fori* правом.

¹⁰¹⁹ Види Kiestra, L. (2014). *op. cit.*, 240.

¹⁰²⁰ Поред тога, увидом у правну базу Paragraf Lex није пронађена судска пракса поводом признања и извршења страних судских одлука у овој области.

¹⁰²¹ Чл. 88. ст. 1. гласи: „Суд Савезне Републике Југославије одбиће признање стране судске одлуке ако поводом приговора лица против кога је та одлука донесена утврди да то лице није могло учествовати у поступку због неправилности у поступку.“

је одлука донета. То се дешава када је странка била битно онемогућена да расправља пред судом, да изјављује правне лекове, односно да суштински није могла учествовати у неком од стадијума поступка због чега је против ње донета одлука чије доношење није могла спречити (или чију измену није могла постићи у каснијем поступку правним средствима која су јој стајала на располагању)¹⁰²². То је случај и када неспособна странка није имала законског заступника, ако уредно позвана странка није могла да учествује у иностраном поступку јер јој је ускраћена виза за улазак у дату земљу и тд¹⁰²³. Посебним ставом је подвучена важност исправног *достављања* (чл. 88. ст. 2. ЗРСЗ)¹⁰²⁴, као посебан аспект могућности учествовања у поступку. Наиме, неће се признати страна одлука, ако позив, тужба или решење којим је започет поступак нису лично достављени лицу на које се односи¹⁰²⁵. Домаћа теорија стоји на становишту да је за оцену да ли је странци било омогућено да учествује у поступку меродавно право државе одлуке¹⁰²⁶.

Б. Постојање искључиве надлежности суда или другог органа Републике Србије (чл. 89. ЗРСЗ)

Једна од сметњи за признање је постојање искључиве надлежности нашег суда или другог органа. Ипак, у брачним споровима је, према чл. 89. ст. 2. ЗРСЗ, наведен изузетак од овог правила, тако да искључива надлежност није сметња за признање стране судске одлуке донете у брачном спору ако признање тражи тужени или ако то тражи тужилац, а тужени се томе не противи. Моменат процене да ли постоји искључива надлежност нашег органа је моменат доношења одлуке.¹⁰²⁷

Код признавања страних судских одлука у области истополних заједница живота појавила би се сметња искључиве надлежности нашег суда или другог органа у случају брачног спора (чл. 61. ст. 2. ЗРСЗ – ако је тужени наш држављанин и има пребивалиште код нас); код расправљања заоставштине (чл. 71. ст. 1, чл. 72. ст. 1. и чл. 73. ст. 1. – за непокретности као делове заоставштине на територији Србије)¹⁰²⁸ и у случају заснивања и престанка усвојења (чл. 74. ст. 1. – за усвојеника нашег држављанина који има пребивалиште код нас). Код признања страних одлука о заснивању усвојења махом ће доћи до примене одредаба Конвенције о усвојењу из 1993. године. Поступак признања одлука према Конвенцији је прилично олакшан и

¹⁰²² Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 289-290.

¹⁰²³ Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). op. cit., 455.

¹⁰²⁴ Чл. 88. ст. 2. гласи: „Нарочито ће се сматрати да лице против кога је донесена страна судска одлука није могло учествовати у поступку због тога што му позив, тужба или решење којим је започет поступак није било лично достављено, односно што уопште није ни покушано лично достављање, осим ако се на било који начин упустило у расправљање о главној ствари у првостепеном поступку“.

¹⁰²⁵ Варади, Т., et al, (2010). Међународно приватно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 553.

¹⁰²⁶ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 290.

¹⁰²⁷ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 293-294.

¹⁰²⁸ Међутим, делови стране одлуке о наслеђивању (којом је обухваћена и непокретна заоставштина оставиоца) који се односе на покретну имовину оставиоца страног држављанина, лица без држављанства или избеглице или нашег држављанина – могу да се признају и изврше, види Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015). Међународно приватно право: посебан део, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 206.

искључива надлежност домаћег суда не представља сметњу за признање према Конвенцији. Једина сметња томе је јавни поредак, узимајући у обзир најбољи интерес детета.

Међутим, као што смо већ излагали у делу који се односи на усвојење, држава порекла и држава пријема треба да се договоре у којој држави ће формално доћи до заснивања усвојења. Србија је, као профилисана држава порекла, нормирала горе поменуту одредбу о заснивању искључиве међународне надлежности у случају да наш орган одлучује о заснивању и престанку усвојења (усвојеник - наш држављанин и има пребивалиште у Србији). Према томе, не може се ни замислити ситуација заснивања усвојења према конвенцијском режиму у којој би Србија била држава порекла, а у којој не би засновала искључиву међународну надлежност. У сваком случају, признање страних судских одлука према наведеној Конвенцији издвојено је у посебну целину (види део 2.2.4. овог поглавља).

В. Постојање домаће правноснажне одлука (чл. 90. ЗРСЗ)

Одредбом чл. 90. ст. 1. ЗРСЗ је прописано да се не може признати страна одлука ако у истој ствари постоји домаћа правноснажна одлука, донета од стране суда или другог органа Србије или ако је у Србији призната нека друга страна судска одлука донесена у истој ствари. Према ставу 2. овог члана, суд ће застати са признањем стране судске одлуке ако је пред судом Југославије (Србије) у току раније покренута парница у истој правној ствари и међу истим странкама и то до правноснажног окончања те парнице. Према ставу домаће литературе, потребно је да, у ситуацијама из оба става овог члана, постоји објективни и субјективни идентитет спора, односно правне ствари (да се ради о истој правој ствари и између истих странака), при чему се објективни и субјективни идентитет правне ствари просуђују према праву Србије.¹⁰²⁹ Тешко се може замислити постојање ове сметње (чл. 90), јер у нашем правном систему није могуће закључити истополан брак или регистровано партнерство, а правни систем не препознаје *de facto* истополну заједницу, што значи да не постоји правноснажна одлука којом би се одлучило о неком правном питању везаном за ове заједнице. Поред тога, наши судови до сада нису одлучивали о статусним и имовинским страним питањима, проистеклим из истополних заједница живота. Евентуално се може замислити да у нашем правном систему већ постоји призната страна судска одлука у истој ствари и између истих странака (чл. 90. ст. 1), иако, како смо већ рекли, не располажемо таквим подацима.

Г. Повреда јавног поретка (чл. 91. ЗРСЗ)

У тренутно важећем ЗРСЗ, чл. 91. наведено је: „Страна судска одлука неће се признати ако је у супротности са Уставом СРЈ утврђеним основама друштвеног уређења“. У страном и европском законодавству се често говори о *очигледној*

¹⁰²⁹Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 296. Аутор на овом месту наводе да између става 1. и става 2. овог члана постоји неподударност, јер став 1. говори само о „истој правној ствари“, а став 2. о „истој правној ствари и међу истих странака“. Како идентитет правне ствари нужно одређују његове објективне и субјективне границе, онда је процесноправно релевантна само ситуација у којој постоји подударност свих тих граница. Пошто се ст. 1. овог члана сматра редакцијском грешком, онда и у случајевима који потпадају под тај став треба постојати не само објективни већ и субјективни идентитет спора.

супротности са јавним поретком у држави признања¹⁰³⁰, а слична формулација постоји и у Нацрту новог ЗМПП (одредба чл. 185. ст. 1. тач. г¹⁰³¹). Јавни поредак из чл. 91. ЗРСЗ подразумева не само испитивање мериторног дејства стране одлуке у домаћем правном систему, већ и контролу тежих процедуралних неправди¹⁰³². Имајући то у виду, контрола стране одлуке у погледу компатибилности са домаћим јавним поретком начелно се може поставити и са процесног, чињеничног и материјалноправног аспекта, при чему се правилност утврђења чињеничног стања практично своди на питање правилности примене процесних односно материјалноправних норми о утврђивању чињеничног стања¹⁰³³. Из разлога прегледности, разложићемо процесноправни и материјалноправни аспект јавног поретка.

Процесноправни аспект јавног поретка подразумева контролу стране судске одлуке са аспекта разматрања фундаменталних принципа процесног права, које је на снази у Србији, при чему су процесни принципи из чл. 32. ст. 1. Устава РС¹⁰³⁴, односно чл. 6. ст. 1. ЕКЉП¹⁰³⁵, минималне процесне гаранције. Тако, у процесни аспект јавног поретка спадају следећа процесна начела: начело саслушања странака, начело независности и непристрасности суда, начело забране доношења одлука на преваран начин, начело права на жалбу и другостепену заштиту, начело употребе сопственог језика итд.¹⁰³⁶ Наравно да се повреда поступка мора тицати конкретног поступка, а не страног процесног права у целини, апстрактно¹⁰³⁷.

Материјалноправни аспект јавног поретка подразумева контролу мериторног резултата насталог из стране судске одлуке. Неки страни судови су се, приликом одлучивања о питањима проистеклим из истополних заједница живота, позивали на клаузулу јавног поретка. Тако се у Босни и Херцеговини поставило питање признања немачке одлуке о престанку животног партнерства странака, предлагача – босанског држављанина и противпредлагача – немачког држављанина. Кантонални суд у Бихаћу, који је о томе одлучивао, донео је решење којим је одбио овај предлог, позивајући се на институт јавног поретка као разлог за одбијање признања стране немачке одлуке.¹⁰³⁸ Интересантна је одлука Апелационог суда у Милану, који је одлучио да призна Шпанску одлуку о усвојењу, иако није признао одлуку о разводу. Наиме, две Италијанке су закључиле брак на Канарским острвима 2009. године. Једна од њих је

¹⁰³⁰ Види нпр. чл. 37. тач. а. Уредбе 1104/2016; Види § 328 ст. 1. тач. 4. немачког ZPO.

¹⁰³¹ „...ако одлука није очигледно супротна јавном поретку Републике Србије, при чему се нарочито узима у обзир интензитет повезаности односа са правним поретком Републике Србије и значај последица до којих би довело признање стране судске одлуке“.

¹⁰³² Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 560-561.

¹⁰³³ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 302.; Реч о последици одређене квалификације института од којих зависи формирање закључка о чињеницама (нпр. законска презумпција).

¹⁰³⁴ Члан 32. ст. 1. Устава гласи: “Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега“.

¹⁰³⁵ Види Јакшић, А. (2016). Међународно грађанско процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 366.

¹⁰³⁶ Види Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 560-561.

¹⁰³⁷ Von Hoffmann, В., Thorn К. (2007). Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München, 114.

¹⁰³⁸ Види Дураковић, А. (2014). Колизионоправна проблематика истополних заједница живота, у: Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, бр. 12, Правни факултет у Мостару, Мостар, 140.

родила дете 2003. године, а 2010. године је дете усвојено од стране супруге. Пар се затим развео 2013 године у Шпанији. Иако истополни брак, па затим развод таквог брака, није признат из разлога јавног поретка, Апелациони суд је одлучио да призна усвојење, да би заштитио најбољи интерес детета, старог 12. година, које је подигнуто од стране своје мајке и њене партнерке.¹⁰³⁹

Пошто се правни институти истополног брака, регистрованог партнерства и *de facto* истополне заједнице не уклапају у концепт домаћих породичноправних института, поставља се питање да ли се стране судске одлуке у статусним (нпр. развод или поништај) и имовинским питањима (нпр. издржавање или наслеђивање) истополних заједница живота код нас могу признати имајући у виду домаћи јавни поредак као сметњу. На жалост, одговор на питање не може се пронаћи у домаћој судској пракси (јер не располажемо таквим подацима).¹⁰⁴⁰

Свакако да се приликом одлучивања о примени клаузуле јавног поретка приликом признања и извршења страних судских одлука мора водити рачуна и о услову блиске (унутрашње) везе између конкретног правног односа, на који се одлука доноси, и домаћег поретка, којом би се одбијање оправдало¹⁰⁴¹. У том смислу, „није исто допустити признање судске одлуке о подели заједничке имовине супружника стечене у браку донете у парници између два странца са пребивалиштем у иностранству и исте такве одлуке донете између странца и домаћег држављанина чије је пребивалиште у РС“.¹⁰⁴²

Код признања страних судских одлука у области истополних заједница и блиске везе, може се направити паралела са репутацијом. Репутација (или *talaq*) је институт исламског права, према којем брак престаје када супруг „отпусти“ своју супругу једностраном вансудском изјавом воље. Ако је супруга пристала на репутацију, такав начин престанка неће бити противан нашем јавном поретку, јер и право државе признања познаје развод брака по предлогу супружника за споразумни развод брака. Међутим, од великог значаја је и степен тангираности случаја са домаћим правним поретком¹⁰⁴³. Поред исламског талака, пример приватне одлуке о разводу биће и израелски *get* (*geht*), начин вансудског престанка брака, који је ваљан ако муж жени „изда“ документ под називом *get*, којим се разрешава брак и обавезе које жена има према мужу.¹⁰⁴⁴ Дејства оваквих „пресуда“ се могу сматрати против домаћег јавног

¹⁰³⁹ Види Gonzales Beilfuss, С. (2017). Southern jurisdictions: Consolidation in the West, progress in the East, у: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 52.

¹⁰⁴⁰ Увидом у правну базу Paragraf Lex није пронађена судска пракса поводом признања и извршења страних судских одлука у овој области.

¹⁰⁴¹ Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 301.

¹⁰⁴² Види Јакшић, А. (2016). op. cit., 364.

¹⁰⁴³ Види Ibid., 370.

¹⁰⁴⁴ Сврака-Имамовић, А. (2018), Концепт брака у исламском, јеврејском, енглеском и велшком праву, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, LXI - 2018, 331, доступно на https://www.researchgate.net/publication/336209822_Koncept_braka_u_islamskom_jevrejskom_engleskom_i_velskom_pravu, приступљено 30.12.2010.

поретка, јер је у оба случаја јасно да долази до повреде начела равноправности мушкарца и жене.¹⁰⁴⁵

У немачкој судској пракси се код признања вансудских развода бракова прави разлика између развода немачких држављана и страних држављана. Тако, у једном предмету¹⁰⁴⁶ немачки BGH је био става да развод брака путем *get-a* не може бити признат, јер се, сходно чл. 17. EGBGB, налаже примена немачког материјалног права за развод брака. Разлог за непризнавање је чињеница да се *get* сматра приватним разводом, а не статусном одлуком Суда рабина¹⁰⁴⁷. Међутим, ако би колизиона норма чл. 17. EGBGB довела до примене меродавног права које допушта вансудски развод брака, онда би се страна одлука могла признати. Са тим у вези, ако је реч о брачним друговима странцима, који пребивају у домаћој држави, нема основа за примену клаузуле јавног поретка приликом признања стране вансудске одлуке, услед недостатка довољно блиске везе са домаћом државом.^{1048/1049} Према ставу професорке Дураковић, приватне стране одлуке у којима тело учествује чисто деклараторно (као што су *talaq* и *get*) начелно би се могле признати у домаћој држави, али под одређеним условима: да брачни другови немају домицил у домаћој држави, да њихово држављанство или барем држављанство мужа познаје тај начин развода брака и да жена пристаје на развод брака. У случају да жена не пристане на такав начин престанка брака, морало би јој се обезбедити учествовање у поступку, односно да је задовољено начело обостраног саслушања странака.¹⁰⁵⁰

Ако би се из свих наведених случајева и ставова доктрине извео закључак да су одлуке о приватним разводима начелно подобне за признање у домаћој држави, ако је жена имала право на учествовање у поступку и/или ако странке немају блиску везу са домаћом државом, исти принцип би се могао применити и на област истополних заједница живота. У том смислу, дејства истополног брака, посебно ако су утврђена одлуком страног надлежног органа могла би се признати утолико више ако је веза са домаћом државом слабијег интензитета. Одбијање признања само из разлога што домаће право не познаје истополне бракове, без узимања у обзир свих околности конкретног случаја, интензитета везе и ефекта стране одлуке не би било оправдано¹⁰⁵¹. Како то наводе професори Кнежевић и Павић: „Заиста ће представљати уметност за

¹⁰⁴⁵ Према чл. 62. ст. 2. Устава Србије, закључење трајање и раскид брака почивају на равноправности мушкарца и жене.

¹⁰⁴⁶ BGH одлука од 28.05.2008. године – XII ZR 61/06; О одлуци види IPRsp 2008, Nr. 57, 197. и даље.

¹⁰⁴⁷ Види Дураковић, А. (2016). Међународно приватно право развода брака у Еуропској унији и Босни и Херцеговини, Мостар, 212 - 213.

¹⁰⁴⁸ Ibid., 213., са даљим упућивањем на немачку судску праксу.

¹⁰⁴⁹ За пример француске судске праксе види пресуду Cour de cassation: 1^{re} chambre civile: JDI;2002; 181, пресуда преузета из Јакшић, А., Ђорђевић, С. (2004). Практикум за међународно приватно и међународно грађанско процесно право, Досије, Београд, 256.

¹⁰⁵⁰ У том смислу за међународно приватно право Босне и Херцеговине, која има исти ЗРСЗ као и наш, види Дураковић, А. (2016). op. cit., 214-215.

¹⁰⁵¹ Дураковић, А. (2014). op. cit., 151.

оног судију, чија би спонтана реакција била да се супротстави дејству таквих пресуда на домаћој територији, да образложи одбијање признања.¹⁰⁵²

Какав став треба заузети поводом признања и извршења страних судских одлука у статусним питањима истополних заједница живота (нпр. признање одлука о разводу/поништају страног истополног брака или престанка регистрованог партнерства)? Такве ситуације ће у нашој судској пракси бити екстремно ретке, чак можда и тешко замисливе, те дилема има више теоријске него практичне размере. При том, не смемо заборавити да постоји разлика између ситуације у којој се одредбе страног права примењују и признања стране судске одлуке у којој је таква одредба већ примењена. У другом случају страна одлука може ипак бити прихватљива, јер би њено непризнање штетило међународној хармонији одлучивања¹⁰⁵³, која се свакако жели очувати концептом признања и извршења¹⁰⁵⁴.

Сумирајући наведено, слободни смо предложити да се признање и извршење страних судских одлука у статусним питањима може ограничити јавним поретком и то онда када је веза правног односа изузетно јака са домаћим правним поретком. Тиме се свакако преузима ризик стварања храмајућих правних односа, али се они морају схватити као нужна последица значаја јавног поретка у сваком националном правном систему. Сметња јавном поретку неће постојати онда када се ова клаузула, према ЗРСЗ, не испитује (одлуке страних судова које се односе на статус држављана државе чија је одлука у питању – чл. 94. ст. 1. ЗРСЗ).

Код имовинскоправних питања, као што су одлуке о издржавању, одлуке о подели заједничке брачне или партнерске имовине, наследноправне одлуке, чини се да би требало заузети исти став. Прецизније, једино „оружје“ које домаћи судија има је јавни поредак. Примена јавног поретка може свакако довести до тога да се страна судска (правноснажна и извршна) одлука не призна, односно не изврши чиме се преузима ризик да буде неоперативна на штету странке, у смислу става из пресуде ЕСЉП *Saccoccia v. Austria* пресуде. Тако, кондемнаторне одлуке (као што су одлуке о издржавању¹⁰⁵⁵) су у домаћем правном систему подобне за извршење, а када је реч о извршењу на основу стране судске одлуке, потребно је да буду испуњени не само услови за признање стране судске одлуке (из чл. 86-92. ЗРСЗ), већ да она буде и извршна, што се процењује према нормама земље у којој је одлука донета¹⁰⁵⁶. Из тог разлога се код имовинскоправних питања, питање повреде јавног поретка мора испитивати у сваком конкретном случају, нарочито блиска веза између односа на коме је одлука базирана и домаће државе.

¹⁰⁵² Види Кнежевић, Г., Павић В. (2005). Хомосексуални бракови у међународном приватном праву Србије, Collection of papers European Judicial Area, August 2005, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1018209, приступљено 01.05.2015. године, 11.

¹⁰⁵³ Види Linke, H., Nau, W. (2015). Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, Köln, Schmidt, 293, Rn. 13.31.

¹⁰⁵⁴ Ibid., 257, тач. 12.5.

¹⁰⁵⁵ Надлежност наших извршних судова постоји за усвајање предлога за извршење поводом одлука о издржавању, а извршење припада Јавном извршитељу, види у том смислу члан 4. ст. 1. ЗИО: „Суд је искључиво надлежан за извршење чињења које може предузети само извршни дужник, нечињења или трпљења (чл. 363, 364. и 366.), враћање запосленог на рад и извршење извршних исправа у вези са породичним односима, осим наплате законског издржавања“.

¹⁰⁵⁶ Види Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 542-552,

Д. Непостојање узајамности (чл. 92. ЗРСЗ)

Непостојање узајамности је сметња за признање и извршење стране судске одлуке, јер је потребно да постоји материјални реципроцитет између државе признања и државе порекла одлуке. Реципроцитет се претпоставља (чл. 92. ст. 3. ЗРСЗ), а суд о његовом постојању пази по службеној дужности¹⁰⁵⁷. Реципроцитет, по начину настанка, довољан је у фактичком облику, јер непостојање међудржавног уговора не доводи у сумњу претпоставку узајамности.¹⁰⁵⁸

Иако се реципроцитет претпоставља, суд може посумњати у његово постојање. Тада најчешће наши судови прибегавају тражењу мишљења од Министарства правде Србије, у складу са чл. 92. ст. 3. ЗРСЗ, а наравно да се могу ослонити и на доказе које доставе странке. Суд слободно цени све наведене доказе, а признање се неће ускратити ако се *не може са сигурношћу утврдити* да ли се у земљи порекла одлуке признају наше одлуке, већ се признање може ускратити само ако је доказано да се у држави порекла одлуке одбија признање *оне врсте* домаћих одлука која је предмет поступка за признање пред нашим судом.¹⁰⁵⁹ Фраза „*оне врсте домаћих одлука*“ указује на принцип дељивог реципроцитета који је прихваћен у домаћој правној доктрини. Овај принцип произилази из тумачења решења Савезног суда Југославије из 1985. године, у којем је истакнуто да се мора прихватити претпоставка у прилог узајамности са Шведском државом, јер у шведској судској пракси нема података да узајамности стварно нема, тј. да се у Шведској одбија признање правноснажних судских одлука које је донео (тадашњи) југословенски суд у споровима *ове врсте* (реч је било о споровима о чувању, подизању и васпитању деце). Прецизније, у споровима *ове врсте* се мора прихватити претпоставка у прилог узајамности¹⁰⁶⁰.

Непостојање реципроцитета као сметња признању није најсрећније решење, јер се има у виду диверзитет облика истополних заједница живота у упоредном праву, те чињеница да овакве заједнице не постоје у свим државама света. Из тог разлога је некада тешко претпоставити третман судске одлуке, која за подлогу има истополни брак/регистровано партнерство/фактичку истополну заједницу, у земљи у којој се признање такве одлуке тражи. Међутим, како до сада наши судови нису, колико је нама познато, одлучивали у споровима за питања проистекла из иностраних истополних заједница живота¹⁰⁶¹, онда се основано може претпоставити да се у страниј држави (са којом испитујемо постојање реципроцитета) нису одбијале домаће одлуке у овој материји, јер их није ни било. То заправо значи, да наша држава, ако треба да одлучи о признању стране судске одлуке о породичноправном питању истополне заједнице живота (нпр. одлука о разводу страног истополног брака, одлука о

¹⁰⁵⁷ У случају сумње поступајућег судије да постоји узајамност у погледу признања и судских одлука, суд је овлашћен да, без обзира на изостанак иницијативе странака, води рачуна по службеној дужности да ли узајамност постоји. (Пресуда апелационог суда Пвж-515/2011(2) од 31.08.2011. године.

¹⁰⁵⁸ Непостојање међудржавног уговора не доводи у сумњу претпоставку узајамности у погледу признања стране судске одлуке (Сентенца из Решења Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 10119/2010/(1) од 19.01.2011. године, доступно у правној бази Paragraf Lex).

¹⁰⁵⁹ Види Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 558.

¹⁰⁶⁰ Види Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 559.

¹⁰⁶¹ Увидом у правну базу Paragraf Lex не постоји ниједна домаћа судска одлука у области истополних заједница живота.

издржавању и слично) може начинити први корак. Мора се имати у виду и да је услов реципроцитета искључен у брачним споровима и у случају чл. 94. ст. 1. ЗРСЗ, код статусних одлука држава држављанина одлуке.

У уводном делу смо поменули двостране међународне уговоре које је наша земља у досадашњем периоду закључила и којима се гарантује узајамност у извршењу тачно одређених одлука. Неке од држава са којима имамо закључен билатерални уговор, а чија законодавства познају истополан брак/регистровано партнерство су: Белгија¹⁰⁶², Француска¹⁰⁶³, Аустрија¹⁰⁶⁴, Грчка¹⁰⁶⁵, Кипар¹⁰⁶⁶, Чешка¹⁰⁶⁷, Мађарска¹⁰⁶⁸ и из њих можемо очекивати стране судске одлуке из области истополних заједница живота. Наравно, према сваком од ових уговора таксативно су наведени услови за признање. Међутим, изражавамо велику сумњу да би се ови двострани уговори могли односити и на истополне заједнице живота, јер су донети средином прошлог века, када регулисање истополних заједница живота на глобалном нивоу није било ни у најави. Ако би одговор био потврдан, могло би се закључити да у том смислу постоји (дипломатски) реципроцитет. Ипак, извеснији нам делује негативан одговор.

Са друге стране, Црна Гора је укинула услов узајамности из поступка признања свих страних одлука¹⁰⁶⁹, а у важећем МПП-у Италије, узајамност се и не помиње као услов признања и извршења¹⁰⁷⁰. Ни у новом хрватском ЗМПП реципроцитет више није услов за признање стране судске одлуке¹⁰⁷¹. То, пак, упућује на закључак да ни наша држава

¹⁰⁶² Конвенцијом са Белгијом из 1973. године је предвиђено признање и извршење судских одлука у области обавеза о законском издржавању, на судске одлуке о разводу брака уколико се њима решава о издржавању, на поравнања закључена пред судом у току спора о издржавању или пред надлежним старатељским органом и на јавне исправе којима се утврђује сагласност о издржавању (чл. 1. ст. 1. тач. а-д).

¹⁰⁶³ Конвенција закључена са Француском из 1971. године примењује се за одлуке које доносе судови страна уговорница у грађанским стварима, укључујући лично и породично право (чл. 1).

¹⁰⁶⁴ Према споразуму који имамо закључен са Аустријом из 1961. године, установљено је узајамно признање и извршење одлука о издржавању у новцу из породичноправних односа (чл. 1); Према ставу из сентенце Привредног апелационог суда, Пвж. 515/2011 (1) од 31.08.2011. године: „између Републике Аустрије и Републике Србије не постоји нити фактички реципроцитет у погледу признања и извршења судских одлука, нити дипломатски реципроцитет, обзиром да закључено билатерални уговори не регулишу признање стране судске одлуке у грађанским и трговинским стварима, осим одлука о издржавању“, доступно у бази Paragraf Lex.

¹⁰⁶⁵ Према Споразуму који имамо закључен са Грчком из 1959. године, између Грчке и наше државе узајамно се признају и извршавају правноснажне и извршне судске одлуке редовних (и привредних) судова у грађанским (или трговинским) стварима, као и поравнања у грађанским (или трговинским стварима) (чл. 1), а односи се и на одлуке о личном статусу држављана држава уговорница (чл. 8-10).

¹⁰⁶⁶ Према уговору који имамо са Кипром из 1984. године, наша држава и Кипар признају и извршавају судске одлуке у грађанским стварима на својој територији, али и поравнања у таквим стварима (чл. 22. Уговора).

¹⁰⁶⁷ Уговором који имамо са Чешком из 1964. године предвиђено је да наша и ова држава признају судске одлуке и поравнања у грађанским и породичним стварима, као и судска поравнања закључена у овим стварима о имовинским стварима (у шта спадају и одлуке о наслеђивању), одлуке и поравнања донетих пред изабраним судовима, (чл. 50).

¹⁰⁶⁸ Према Уговору са Мађарском из 1968. године наша држава и Мађарска узајамно ће признати правноснажне и извршне судске одлуке у грађанским, породичним (подразумевају се и одлуке о смештају деце) стварима, као и поравнања у овим стварима закључена пред судом (чл. 56).

¹⁰⁶⁹ Види одредбе о признању и извршењу Закона о међународном приватном праву Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр. 1/2014, 6/2014 – испр., 11/2014 – испр., 14/2014 и 47/2015 – др. закон), чл. 141. и даље.

¹⁰⁷⁰ Види Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). *op. cit.*, 454, фн 86

¹⁰⁷¹ Види одредбе Новог Закона о МПП Хрватске, одредбе 65. и даље.

не би требало да захтева реципроцитет као услов за признање страних судских одлука са Црном Гором, Италијом и Хрватском.

2.2. Специфичности у статусним питањима

2.2.1. Статусна питања наших држављана

Према чл. 93. ЗРСЗ, ако је при одлучивању о статусу српског држављанина требало по овом закону применити право Србије, страна судска одлука признаће се и кад је примењено страном право ако та одлука битно не одступа од права Србије које се примењује на такав однос, поред општих услова за признање. То би значило да, ако је реч о статусном питању држављана РС, домаћи судија мора, приликом одлучивања о признању и извршењу стране судске одлуке, испитивати да ли би се према српским колизионим нормама (ЗРСЗ) дошло до меродавног српског права. Ако би то био случај, онда би морао да испитује какав би био материјалноправни резултат према српском и какав је материјалноправни резултат према страном праву, те резултате упоређивати. *Argumentum a contrario* домаћи суд не би могао мериторно преиспитивати страну одлуку, ако ју је страни суд донео примењујући право Србије¹⁰⁷². Овај захтев у погледу непостојања неподударности требало би ограничити само на конгентне норме домаћег права¹⁰⁷³.

У вези са темом рада, одредба чл. 93. ЗРСЗ односи се на ситуације, када би „по овом закону“ требало применити колизиону норма која води до права Србије. „По овом закону“ важи и за креирање нове колизионе норме у складу са чл. 2. ЗРСЗ. Прецизније, ако наши држављани у иностранству прекину регистровано партнерство, применом новокреиране колизионе норме *lex loci registrationis* дошли бисмо до меродавног права места регистрације партнерства. Следствено томе, барем у овом примеру, нема места примени права Србије, па тиме ни о преиспитивању прикладности решења стране судске одлуке о статусу нашег држављана.

2.2.1. Статусна питања држављана државе чија је одлука у питању

Према чл. 94. ст. 1. ЗРСЗ, одлуке страних судова, које се односе на статус држављанина државе чија је одлука у питању, признају се у Србији без преиспитивања сметњи из чл. 89. (искључива надлежност суда или другог органа Србије) и чл. 91. и 92. ЗРСЗ (јавни поредак и узајамност). Тако, ако два шведска држављанина разведу свој истополан брак у Шведској, таква одлука би могла бити призната код нас, јер се не испитује јавни поредак, узајамност и искључива надлежност нашег суда. Наравно, остали услови морају бити испуњени¹⁰⁷⁴. Тешко је замислити да ће два шведска

¹⁰⁷² Види Дика, М. et al (1991). op. cit., 312.

¹⁰⁷³ Види Ibid., 313.

¹⁰⁷⁴ У нашој судској пракси постоје примери признања одлука под овако „ослабљеним“ критеријумима: примера ради признање одлуке о разводу брака и којом је одлучено о супружничком издржавању лица које је држављанин државе која је донела пресуду. У конкретном случају домаћи суд признаје такве пресуде без преиспитивања по чл. 89, 91. и 92. ЗРСЗ, види у том смислу сентенцу из Решења Апелационог суда у Новом Саду, Гж 490/2011 од 17.02.2011. године, доступно у бази Paragraf Lex.

држављана уопште имати потребе да признају своју одлуку о разводу пред нашим органима, али ни то није немогуће. Ово нарочито ако се претпостави да је један од шведских држављана раније био наш држављанин, а има потребе да призна статусну одлуку у држави свог (иницијалног) порекла. Међутим ако би то била статусна одлука шведског и нашег држављанина, онда се не ради више само о страниј одлуци која се тиче страног држављанина, већ и о статусној одлуци домаћег држављанина (чл. 94. ст. 2. ЗРСЗ), када ће се третирати као одлука која се тиче домаћег држављанина и подлеже преиспитивању свих сметњи за признање из ЗРСЗ¹⁰⁷⁵.

2.2.3. Статусна питања држављана треће државе

Према чл. 95. ЗРСЗ, ако се страна судска одлука односи на лично стање (статус) странаца који нису држављани државе која је донела ту одлуку, одлука ће се признати само ако испуњава услове за признање у држави чији су држављани односна лица. Међутим, та одлука требало би да испуњава и услове прописане нашим правом¹⁰⁷⁶. У домаћој литератури постоји схватање да наведена кумулација доводи до непропорционалног отежања признања стране судске одлуке о статусу држављана треће државе.¹⁰⁷⁷ То ће бити случај, примера ради, када два француска држављанина издејствују развод истополног брака пред немачким судом. Услови за признање такве одлуке код нас подразумеваће испитивање и услова француског и услова српског права, уз већ изнету критику таквог решења у нашем правном систему.

2.2.4. Специфичности које се тичу усвојења

Што се тиче усвојења, већ смо напоменули да је Закон о потврђивању Хашке Конвенције о усвојењу из 1993. године ступио на снагу у Србији. Према конвенцијском режиму, одлуке у државама уговорницама признају се по сили закона. У шестом делу дисертације испитано је да ли се ова Конвенција примењује и на истополне партнере, те је став литературе да ако је усвојење од истополних партнера дозвољено према меродавном праву или меродавним правима, биће дозвољено према поменутој Конвенцији. Ако се таква одлука донесе, одлука се признаје *ex lege* у државама уговорницама¹⁰⁷⁸. Међутим, према чл. 24. Конвенције о усвојењу из 1993. године, признање усвојења се може одбити у држави уговорници само ако је оно очигледно супротно њеном јавном поретку, узимајући у обзир најбољи интерес детета. На овај начин се омогућава сигурност правног статуса детета и елиминише потреба за поступком признања одлуке о усвојењу или поновног одобравања усвојења у земљи

¹⁰⁷⁵ У том смислу Дика, М. et al (1991). op. cit., 314-315.

¹⁰⁷⁶ Види Варади, Т., et al, (2010). op. cit., 563.; Супротно, Дика, М. et al (1991). op. cit., 316. Наиме, аутори наводе да би одлуке о статусу држављана трећих држава требало преиспитивати само са аспекта чл. 87 (потврда о правноснажности), 88 (право на одбрану). и 90. ЗРСЗ (међународна литиспенденција и приговор пресуђене ствари), те према захтевима што их поставља право државе чији је држављанин односно лице.

¹⁰⁷⁷ Види за хрватско МПП Хошко, Т. (2016). Посвојење у међународном приватном праву, докторска дисертација, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 312-313.

¹⁰⁷⁸ Према чл. 23. ст. 1. Конвенције, усвојење се признаје „...непосредно на основу закона у другим државама уговорницама...“.

пријема¹⁰⁷⁹. Како је одредба чл. 24. формулисана може се закључити да није прописана кумулативна примена оба услова (јавни поредак и најбољи интерес детета). Најбољи интерес детета се само узима у обзир, док се појам јавног поретка тумачи веома *рестриктивно*, тј. када вређа "основне принципе" државе признања¹⁰⁸⁰.

Правна формулација „по сили закона“ (*by operation of law*) сугерише да се усвојење признаје у свим другим државама уговорницама, чиме се омогућава несметано циркулисање такве одлуке и онемогућава ревизију садржаја страног усвојења у држави "признања"¹⁰⁸¹. Истакнуто је да оваква фраза (*by operation of law*) није најтачнија али је она ипак задржана, јер не постоји формулација која би боље одсликала признање које је аутоматско (без потребе за било каквим поступком за признање, извршење или регистрације). Да би одлука о усвојењу била призната по конвенцијском режиму, није потребно да пролази кроз поступак егзекватуре.¹⁰⁸² Чл. 23. Конвенције не предвиђа никакав поступак за признање одлуке, већ је само важно да је одлука подобна за признање, односно да надлежно тело државе у којој је усвојење засновано изда потврду да је усвојење засновано у складу са Конвенцијом.¹⁰⁸³

Као што је већ речено, чл. 24. Конвенције предвиђа као сметњу за признање у држави уговорници једино ако је усвојење „очигледно супротно њеном јавном поретку“ узимајући у обзир најбољи интерес детета. Свакако да најбољи интерес детета спада у опсег домаћег јавног поретка¹⁰⁸⁴, те се баланс мора тражити у сваком конкретном случају. Када је већ реч о признању одлуке о усвојењу, полази се од тога да је страни надлежни орган утврдио задовољење најбољег интереса детета приликом заснивања усвојења. У поступку признања такве одлуке надлежни орган не би требало да испитује да ли је усвојење требало да буде засновано, већ да ли је признање стране судске одлуке о усвојењу у најбољем интересу детета.¹⁰⁸⁵ У сваком случају, мора се водити рачуна и о томе да код усвојења мора постојати равнотежа између интереса детета, његових родитеља и усвојитеља¹⁰⁸⁶.

Важан став заузео је ЕСЉП у предмету *Wagner and J.M.W.L. v. Luxemburg*¹⁰⁸⁷ у којој су подносиоци представке сматрали да им је повређено право на приватан и породичан живот и да су третирани дискриминаторно, јер луксембуршке власти нису признале перуанску одлуку о потпуном усвојењу (повреда чл. 8 и чл. 14. у вези са чл. 8 ЕКЉП). Суд је сматрао да је дошло до повреде чл. 8 ЕКЉП и да луксембуршке власти нису

¹⁰⁷⁹ Види Вучковић-Шаховић, Н. (2011) Међународно усвојење и Србија, Правни записи, год. II, бр. 1, Правни факултет Унион, 135-149, 143.

¹⁰⁸⁰ Види Parra-Aranguren, G. (1993). Explanatory report on the Convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption, доступно на <https://assets.hcch.net/upload/expl33e.pdf>, приступљено 03.04.2018, тач. 426.

¹⁰⁸¹ Ibid., тач. 402.

¹⁰⁸² Ibid., тач. 409.

¹⁰⁸³ Види Хошко, Т. (2016). *op. cit.*, 295.

¹⁰⁸⁴ Ibid., 264-265.

¹⁰⁸⁵ Ibid., 334.

¹⁰⁸⁶ Види Влашковић, В. (2014). Начело најбољег интереса детета у породичном праву, докторска дисертација, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац, 361.

¹⁰⁸⁷ Представка бр.. 76240/01, пресуда од 28. јуна 2007, коначна од 28.09.2007.

могле занемарити правни статус који је ваљано стечен у иностранству и одговара „породичном животу“.¹⁰⁸⁸

Најбољи интерес детета представља круну услова за заснивање усвојења јер представља гаранцију поштовања јавноправних елемената унутар појма усвојења¹⁰⁸⁹. Поред тога, Конвенција о ПД наводи "најбољи интерес детета" као правни принцип "врхунског значаја".¹⁰⁹⁰ У нашем законодавству, одредба чл. 89. ПЗ наводи да се усвојење мора засновати у његовом најбољем интересу. Надлежни орган мора водити рачуна да што свеобухватније и потпуније утврди листу елемената за процену "најбољег интереса детета". У том смислу, треба узети у обзир како шири друштвени контекст коме дете припада (традиција, обичаји, религијско убеђење), тако и карактеристике самог детета и његовог породичног окружења, односно жеље детета уколико их је способно изразити¹⁰⁹¹.

У складу са свим изнетим, ако би се усвојење од истополних партнера засновало, друге државе уговорнице би признање таквог усвојење могле одбити позивајући се на јавни поредак, мада би оне можда за такво одбијање биле незаинтересоване, ако постоји врло слаба веза са њиховим правним поретком. Узимајући у обзир и чл. 17. ц Конвенције, према којем је потребна сагласност две државе, које су директно укључене у поступак усвојења, за одлуку о поверавању детета потенцијалним адоптивним родитељима, нема разлога да такво усвојење (ако буде спроведено до краја у било којој од две државе) не буде признато од стране друге државе и стога у свим осталим државама уговорницама¹⁰⁹². Управо је то и највећа предност Конвенције – међу државама уговорницама, "шепајућа" међународна усвојења су скоро елиминисана¹⁰⁹³.

Према томе, ако би се пред нашим органом поставило питање признања одлуке о усвојењу, заснованог од стране хомосексуалних парова у некој држави уговорници, али не и у Србији, овакво усвојење требало би да се призна у Србији по сили закона, ако није повређен јавни поредак. Како пример нема никакве везе са Србијом, чини се да би одлука могла да се призна. Дакле, „веома је невероватно да би било која трећа држава Конвенције имала легитиман интерес толико велики да би усвојење било очигледно неспојиво са његовим правним поретком“¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁸⁸ Пар. 133-136; Између осталог, Суд је сматрао да је дошло и до повреде чл. 14. у вези са чл. 8. ЕКЉП.

¹⁰⁸⁹ Види Влашковић, В. (2014). *op. cit.*, 358. Наиме, потреба за заштитом "најбољег интереса детета" постоји у оним случајевима када се дете измешта из свог примарног породичног окружења, раздваја од својих родитеља, те нарочито у ситуацијама када се дете одговарајућег породичноправног статуса даје на усвојење.

¹⁰⁹⁰ Види чл. 21. ст. 1. КПД.

¹⁰⁹¹ Види Влашковић, В. (2012). "Најбољи интерес детета" као критеријум за заснивање усвојења, у: Зборник "Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног", Међународни научни скуп Пале, 29. јун 2012. године, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 151-152.

¹⁰⁹² Види Van Loon, H. (1995). Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption, *The International Journal of Children's Rights* 3 : 463-468, 1995, доступно на http://www.iss-ssi.org/2007/Resource_Centre/Tronc_CI/thcvloon.pdf, приступљено 03.04.2018, 5.

¹⁰⁹³ Baker H., Groff, M. (2016). *The impact of Hague Conventions on European family law*, у: *European Family Law, Volume I: The Impact of Institutions and Organizations in European Family Law* (Ed. by Jens M. Scherpe), Cheltenham-Northampton, 174.

¹⁰⁹⁴ У том смислу Pfund, P. (1994). Intercountry Adoption: The 1993 Hague Convention: Its Purpose, Implementation, and Promise, 28 *FAM. L. Q.* 53, 58, наведено према: Hills, L. (1998). Intercountry Adoption under the Hague Convention: Still an attractive Option for Homosexuals seeking to adopt?, *Indiana Journal of*

Постоји једна ситуација када се одлуке о усвојењу, заснованог према Конвенцији, неће признати у једној држави уговорници, али је она јасно омеђена. Наиме, према чл. 25. Конвенције, свака држава уговорница може дати изјаву депозитару да је Конвенција неће обавезивати у погледу признања усвојења заснованих на основу споразума закључених применом чл. 39. ст. 2. Конвенције. Овај члан предвиђа да свака држава уговорница може закључити споразум са једном или више држава уговорница у циљу унапређења примене Конвенције у својим међусобним односима, при чему такви споразуми могу искључити примену само одредаба чл. 14. до 16. и чл. 18. до 21. Конвенције¹⁰⁹⁵. То заправо значи да, уколико је усвојење засновано на основу (двостраног) уговора, закљученог ради олакшане примене Конвенције, онда државе могу да изјаве да се не обавезују да таква усвојења и признају. Код овако заснованих усвојења је специфично то што Конвенција дозвољава одступања од кључних одредаба о заштити усвојеника (нпр. припрема извештаја о детету и усвојитељима). Србија није дала такву изјаву.¹⁰⁹⁶

Global Legal Studies, Volume 6, Issue 1, Article 8, Maurer School of Law: Indiana University, доступно на [https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149 & context=ijgls](https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=ijgls), приступљено 03.04.2018. године, 245.

¹⁰⁹⁵ Државе које су закључиле такав споразум, достављају копију депозитару Конвенције.

¹⁰⁹⁶ Види Марјановић, С. (2014). Заштита деце у Хашким Конвенцијама о међународном приватном праву, докторска дисертација, Правни факултет Ниш, 255.

ДЕО VIII – Међународноприватноправно регулисање истополне заједнице живота у правном поретку Србије – *de lege ferenda*

Након што смо објаснили како третирати иностране истополне заједнице у складу са позитивним међународним приватним правом (*de lege lata*), овај (последњи) део дисертације посвећен *de lege ferenda* међународноприватноправним решењима за статусна и имовинска питања истополних заједница живота. Зато се у овом делу најпре појашњава зашто је потребно ове заједнице живота посебно уредити нормама домаћег међународног приватног права, а затим дају конкретни предлози решења.

У светлу норми предложених Нацртом новог ЗМПП из 2014. године, изложена су потенцијална међународноприватноправна решења *de lege ferenda* за питања закључења истополних заједница живота, њихова лична дејства, престанак, усвојење, имовинскоправна питања и издржавање.

1. Неопходност међународноприватноправних норми за истополне заједнице живота?

У досадашњим излагањима смо испитивали третман иностраних истополних заједница живота у позитивном међународном приватном праву Србије, узимајући у обзир да овакве заједнице нису регулисане у нашем правном систему. Међутим, постоје извесне назнаке ка законодавним изменама, тако да је могуће у догледној будућности очекивати озбиљније промене текућег стања у овој области. То се, пре свега, односи на одредбу Нацрта новог Грађанског Законика Србије, према којој се заједница живота лица истога пола уређује посебним законом¹⁰⁹⁷.

Истовремено, у оквиру пројекта „Борба против дискриминације и изградња културе толеранције путем дијалога, правних реформи и праћења дискриминаторне праксе“ (који спроводи Центар за унапређивање правних студија)¹⁰⁹⁸, предложен је модел закона о регистрованим истополним заједницама. Поред тога, током 2021. године представљен је Предлог нацрта закона о истополним заједницама и организована је јавна расправа која је трајала до марта ове године¹⁰⁹⁹, али закон није усвојен.

На бази поменутих предлога и иницијатива евидентно је да се ситуација по питању озакоњења истополних заједница живота у нашој правно-политичкој јавности полако мења. Одабир регистрованог партнерства (регистроване истополне заједнице) као

¹⁰⁹⁷ Књига 4. чл. 4. ст. 3. Све књиге новог Нацрта доступне су на <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>, приступљено 24.06.2018. године.

¹⁰⁹⁸ Доступно: <http://cups.rs/wp-content/uploads/2010/03/Model-zakona-o-registrovanim-istopolnim-zajednica-ma.pdf>, приступљено 31.01.2015. године.

¹⁰⁹⁹ Нацрт доступан на <https://minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php>, приступљено 02.06.2021.

правног облика за уређивање односа између истополних партнера није неуобичајено решење. Већина упоредноправних законодавстава, чије смо норме анализирали у првом делу дисертације, прибегла је одређеном облику регистрованог партнерства/грађанске уније када су се одлучиле за правно регулисање ових односа.

Ако оставимо по страни могућност уређивања истополних заједница живота у нашем правном систему, поставља се питање да ли су правном систему Србије, у овом моменту, потребне одредбе о међународној надлежности и меродавном праву за истополне заједнице живота. У конкретном случају, једна могућност је да се сачека са доношењем колизионих норми док се не донесу супстанцијалне норме за истополне заједнице живота, што је и био најчешћи пут свих правних поредака које смо истраживали у упоредном законодавству. Друга могућност је да се донесу колизионе норме независно од тога што истополне заједнице живота нису материјалноправно регулисане. Мишљења смо да је сваки тренутак (и пре и после регулисања) погодан за доношење колизионих норми. У случају Србије, никако не би било на одмет да норме о одређивању међународне надлежности и колизионе норме буду донете већ сада, пре материјалноправног регулисања истополних заједница живота. У прилог том ставу стоји чињеница да би се тиме олакшали проблеми квалификације и одређивања меродавног права и избегле дилеме око примене правила о заснивању међународне надлежности, а нарочито проблеми попуњавања правних празнина. Такође, то што наше законодавство не регулиште неки правни институт или правни однос, не би требало да представља сметњу да се за њега донесу одговарајуће колизионе норме.

Оквир за предлагање будућих међународноприватноправних решења представља Нацрт новог Закона о међународном приватном праву¹¹⁰⁰ (у даљем тексту: Нацрт), током чијег доношења су се имала у виду и решења из тренутно важећих Уредби ЕУ, као што су Уредба Савета (ЕУ) број 1259/2010 од 20.12.2010. године о увођењу појачане сарадње у подручју меродавног права за развод брака и законску раставу (у даљем тексту: Рим III Уредба) и Уредба Савета број 2201/2003 од 27.11.2003. године у области надлежности и признања и извршења судских одлука у брачним споровима и у стварима повезаним са родитељском одговорношћу, којим се мења Уредба број 1347/2000 (у даљем тексту: Брисел IIа Уредба).

Поред тога, као што је већ наглашено, одредбе о међународној надлежности и колизионе норме из Нацрта су у великој мери усклађене са одредбама Уредбе Савета 1103/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима брачноимовинских режима (у даљем тексту: 1103/2016) и Уредбе Савета 1104/2016 од 24.06.2016. године о увођењу појачане сарадње у области надлежности, меродавног права и признања и извршења одлука у стварима имовинских дејства регистрованих партнерства (у даљем тексту: Уредба 1104/2016) (њиховим предлозима из 2011. године¹¹⁰¹). Уредба

¹¹⁰⁰ Коначна верзија Нацрта доступна на <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>, приступљено 11.01.2021.

¹¹⁰¹ Овим Уредбама су претходили предлози Комисије, представљени европској правничкој јавности током 2011. године - Предлог Уредбе Савета о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу одлука у стварима брачноимовинских режима (Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, Brussels,

1104/2016 и Уредба 1103/2016 се у одређеној мери ослањају на решења предлога из 2011. године.

Поступак израде Нацрта по узору на важеће уредбе права ЕУ је евидентно добро промишљен, чиме је избегнуто „пуко“ преписивање одредби из права ЕУ без преиспитивања њихове прикладности на поднебљу Србије, која са собом носи одређену социјалну, културолошку и, у крајњој линији, религиозну компоненту. Како Нацрт представља потенцијални будући законодавни оквир за међународно приватно право Србије, сматрамо да се његове одређене норме могу делимично усвојити као *de lege ferenda* предлози међународноприватноправних одредби у материји истополних заједница живота. Са тим у вези, поједине одредбе Нацрта треба прихватити, а неке изменити, допунити и прилагодити овој специфичној материји.

2. Предлог за статусна питања

Одредбе о међународној надлежности за статусна питања из Нацрта, које ће представљати будући законодавни оквир, начелно се могу *de lege ferenda* искористити за статусна питања, проистекла из истополних заједница живота закључених у иностранству. Као што је већ речено, одредбе Нацрта су евидентно усклађене са најважнијим уредбама права ЕУ. Што се тиче одређивања меродавног права, сматрамо да се одредбе Нацрта могу делимично узети као *de lege ferenda* предлози колизионих норми за статусна питања истополних заједница живота закључених у иностранству. Ако се током анализе покаже да неке одредбе Нацрта нису прикладне за ова питања, биће предложена додатна одговарајућа решења.

Најзад, када Србија буде приступила ЕУ као пуноправна чланица, отвориће се могућност примене Рим III Уредбе на развод брака, тако да ће се њене одредбе примењивати и на развод истополног брака. У случају, пак, да Србија у том тренутку не буде познавала истополне бракове, може одлучити да на развод истополног брака не примени колизионе норме Рим III Уредбе које се односе на развод брака. Таква одлука би била последица примене чл. 13. Рим III Уредбе, према коме суд државе чланице није обавезан да изрекне развод оног брака који не сматра пуноважним.

2.1. Закључење истополних заједница живота

У Србији тренутно није могуће засновати истополну заједницу живота, тако да се поставља питање за које области треба предложити колизионоправна решења *de lege ferenda*. У случају да српски правни систем уведе одређени облик истополне заједнице живота, сматрамо да би *de lege ferenda* било потребно донети колизионе норме за њихово закључење, односно за њихов настанак. За материјалне услове за закључење

16.03.2011, COM (2011) 126 final, 2011/0059 (CSN)) и Предлог Уредбе Савета о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу одлука у области имовинских дејстава регистрованих партнерстава (Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, Brussels, 16.03.2011, COM (2011) 127 final, 2011/0060 (CSN)).

брака, према Нацрту је меродавно, за сваког будућег супружника, право државе чији је држављанин у тренутку склапања брака (чл. 69. ст. 1). Наведена одредба би се могла искористити *de lege ferenda* и за закључење истополног брака. За настанак регистрованога партнерства би било најбоље прописати тачку везивања *lex loci registrationis*, односно право државе регистрације. Ако би се у нашој држави озаконило регистровано партнерство, онда би путем ове тачке везивања меродавно право за његов настанак било домаће право. У складу са нашим залагањем за креирање нове колизионе норме за регистровано партнерство у постојећем законском оквиру (у складу са чланом 2. ЗРСЗ), која предвиђа примену права државе у којој је партнерство регистровано (*lex loci registrationis*), сматрамо да и *de lege ferenda* колизиона решења за већину питања регистрованих партнерстава треба да почивају на том правилу.

Предлог колизионе норме за настанак фактичке истополне заједнице би се *de lege ferenda* (у случају да наше право озакони такав институт) могао везивати за право државе заједничког уобичајеног боравишта партнера у тренутку када су се стекли услови за њено заснивање. Сматрамо да је предложена тачка везивања прикладна јер ће партнери махом живети у држави која познаје овај институт.

2.2. Лична дејства истополних заједница живота

Према Нацрту, за лична дејства брака супружници могу изабрати, пре или у току трајања брака, право државе заједничког држављанства или право државе заједничког уобичајеног боравишта у тренутку избора, сходно чл. 74. ст. 1 Нацрта¹¹⁰². У случају да странке нису изабрале меродавно право за лична дејства брака, меродавно је право државе њиховог заједничког држављанства. У случају да то није могуће, меродавно је право државе у којој имају заједничко уобичајено боравиште или ако то није могуће, онда је меродавно право Србије (чл. 75. Нацрта).

Наведена одредба о избору меродавног права путем аутономије воље може се делимично *de lege ferenda* уважити и за истополни брак. Наиме, колизионо решење о аутономији воље се може донекле применити. Иако се може прихватити право заједничког уобичајеног боравишта, као једна од две могућности избора меродавног права путем аутономије воље, упитно је да ли је друга могућност (заједничко држављанство супружника) погодна тачка везивања за лична дејства истополног брака, узимајући у обзир све недостатке ове тачке везивања за истополни брак закључен у иностранству у оквиру тренутно важећег ЗРСЗ. Зато сматрамо да би уз ове две могућности избора, *de lege ferenda* требало додати и могућност избора права државе у којој је брак закључен (*lex loci registrationis/lex loci celebrationis*), као треће опције. Додавањем ове опције сигурно би се могло доћи до права које познаје институт истополног брака, па тиме и његова лична дејства.

Што се тиче меродавног права за лична дејства брака у одсуству аутономије воље из Нацрта, упитно је колико је поменуто супсидијарно везивање (из чл 75. Нацрта)

¹¹⁰² Чл. 74. ст. 3 Нацрта прописано је да се на формалну пуноважност споразума о избору меродавног права примењује право одређено чланом 80. Нацрта (односи се на форму избора меродавног права за брачноимовински режим).

погодно за лична дејства истополног брака, поготову што се на врху супсидијарне лествице налази заједничко држављанство супружника, чију неприкладност смо већ изложили у другом делу дисертације, приликом одређивања меродавног права за лична дејства истополног брака у позитивном међународном приватном праву Србије. Из тог разлога бисмо, уместо супсидијарне колизионе норме чл. 75. Нацрта, за лична дејства истополног брака *de lege ferenda* могли предложити колизионо решење које ће у себи имати тачку везивања „место закључења брака“. Овакво решење, за лична дејства истополног брака, предложено је и у тренутном законодавном оквиру (креирањем нове колизионе норме у складу са чл. 2. ЗРСЗ).

Што се тиче личних дејстава регистрованог партнерства, *de lege ferenda* би се могла предложити примена материјалноправних одредби права државе у којој је партнерство регистровано. Такво решење срећемо у великом броју упоредноправних законодавстава, те сматрамо да не треба одступати од принципа *lex loci registrationis*.

Када је реч о *de lege ferenda* колизионој норми за лична дејства *de facto* истополне заједнице, има смисла предложити решење које се базира на заједничком уобичајеном боравишту партнера, у тренутку када су се стекли услови за њено заснивање. Наиме, наведено колизионо решење ће сигурно довести до права које познаје фактичку истополну заједницу, јер се претпоставља да ће партнери живети у држави која „препознаје“ њихов однос и даје му правна дејства.

2.3. Престанак истополне заједнице живота

Према Нацрту, за формалне и материјалне узроке ништавости брака, меродавно је право које је примењивано приликом склапања брака (чл. 89). Ова одредба Нацрта се *de lege ferenda* може применити и на утврђивање ништавости истополног брака, јер смо сличну одредбу предложили за неважност истополног брака у тренутном законодавном оквиру Србије.

Када је реч о меродавном праву за развод брака према Нацрту, супружници могу закључити споразум о избору права и исти променити најкасније до тренутка покретања бракоразводног поступка. Приликом избора меродавног права за развод брака, супружници могу изабрати једно од четири алтернативно постављена права:

- право државе уобичајеног боравишта супружника у тренутку избора;
- право државе у којој су имали последње уобичајено боравиште уколико један од њих још увек тамо борави у тренутку избора;
- право државе чији је држављанин један од супружника у тренутку избора;
- право Републике Србије¹¹⁰³.

Чини се да су за ова решења узор биле одредбе Рим III Уредбе (чл. 5. – избор меродавног права), само што је у Рим III Уредби као последња могућност предвиђена тачка везивања *lex fori*, а у Нацрту је то право Србије, при чему је последица иста – примена домаћег права.

¹¹⁰³ Чл. 90. ст. 1. и 2. Нацрта.

Према Нацрту, меродавно право за развод брака, у одсуству избора на пређашњи начин, је право уобичајеног боравишта супружника у тренутку покретања поступка. Ако то није могуће, меродавно је право државе последњег уобичајеног боравишта супружника, под условом да је боравак трајао најмање годину дана пре покретања поступка и да један од супружника и даље ту борави у тренутку покретања поступка. У случају да такав приступ није могућ, меродавно је право државе заједничког држављанства супружника у тренутку покретања поступка, а ако и то није могуће, меродавно је право Републике Србије¹¹⁰⁴. Чини се да су и за ова решења узор биле одредбе Рим III Уредбе (чл. 8. – меродавно право у одсуству избора)¹¹⁰⁵, при чему је уместо тачке везивања *lex fori* на крају супсидијарне лествице из Уредбе, у Нацрту наведено домаће право.

Наведене одредбе Нацрта које се односе на избор меродавног права за развод брака могу се делимично *de lege ferenda* уважити и за истополни брак. Одредба о аутономији воље се може донекле применити, јер се поред наведених могућности одабира меродавног права за развод (истополног) брака из чл. 90. Нацрта, може *de lege ferenda* предложити додавање и могућности избора права државе у којој је истополни брак закључен (јер то право свакако познаје овај институт). Тиме би се избегле неповољне ситуације које смо навели у другом делу дисертације (да се супружници преселе у државу која не познаје истополни брак или да су једно или обоје држављани државе која не познаје истополни брак).

Одређивање меродавног права за развод брака у одсуству аутономије воље *de lege ferenda* не бисмо могли предложити угледањем на Нацрт. Наиме, у тренутку када Србија постане пуноправна чланица ЕУ, постоји могућност приступања и појачаној сарадњи у области избора меродавног права за развод и раставу брака (Рим III Уредби). Ако би у том моменту Србија озаконила истополне бракове, примена одредби Нацрта, односно Уредбе Рим III на истополне бракове не би изгледала као лоше решење. Међутим, сматрамо да колизионе норме за развод брака у одсуству аутономије воље из Нацрта („преписане“ из Рим III Уредбе) нису прикладне за истополни брак *de lege ferenda*. У случају да Србија не озакони истополне бракове, *de lege ferenda* нам извесније изгледа, уместо решења из Нацрта, предлог колизионе норме за развод истополног брака у облику као што смо га предложили у позитивном међународном приватном праву Србије. Прецизније, за развод брака *de lege ferenda* бисмо предложили примену права државе у којој је брак закључен.

Што се тиче колизионе норме за раскид регистрованог партнерства, *de lege ferenda* би се могла предложити иста колизиона норма која је предложена и у циљу попуњавања правне празнине у складу са чл. 2. ЗРСЗ, а то је примена права државе регистрације. Када је реч о престанку фактичке истополне заједнице, *de lege ferenda* би се могло предложити решење које почива на примени заједничког уобичајеног боравишта партнера у тренутку када су се стекли услови за њено заснивање.

¹¹⁰⁴ Чл. 93. Нацрта.

¹¹⁰⁵ Према чл. 94. Нацрта, ако меродавно право за развод брака, одређено сходно чл. 90 и чл. 93. Нацрта не предвиђа могућност развода брака или не пружа једнако право на развод чинећи дискриминацију, примењује се право Републике Србије.

2.4. Усвојење

За услове заснивања усвојења меродавно је, сходно члану 99. ст. 1. и 2. Нацрта, право државе уобичајеног боравишта усвојитеља у тренутку подношења захтева за заснивање усвојења, а уколико супружници или ванбрачни партнери заједнички усвајају, меродавно је право државе њиховог заједничког уобичајеног боравишта у тренутку подношења захтева за заснивање усвојења. У погледу услова за заснивање усвојења на страни усвојеника и услова који се тичу односа између усвојеника и будућих усвојитеља, меродавно је право државе уобичајеног боравишта усвојеника у тренутку подношења захтева за заснивање усвојења (чл. 99. ст. 4), док је за форму заснивања усвојења меродавно право државе у којој се оно заснива (чл. 99. ст. 5. Нацрта)¹¹⁰⁶.

За усвојење од стране истополних партнера могу се *de lege ferenda* применити наведене колизионе норме, јер ће меродавно право или меродавна права коначно одлучити да ли је дозвољено усвојење од стране истополних партнера. Поред тога, домаћи орган одлучивања увек има клаузулу јавног поретка (прописану чл. 43. Нацрта), којом може одбити примену страног права, ако је дејство одредбе тог права очигледно супротно јавном поретку Републике Србије. При томе се нарочито узима у обзир интензитет повезаности односа са правним поретком Републике Србије и значај последица до којих би довела примена одредбе страног права (чл. 43. ст. 1. и 2. Нацрта). У коначном, примениће се домаће право (чл. 43. ст. 3. Нацрта)¹¹⁰⁷.

3. Предлог за имовинскоправна питања

Одредбе о међународној надлежности за имовинскоправна питања из Нацрта, које ће представљати будући законодавни оквир, начелно се могу *de lege ferenda* искористити и за имовинскоправна питања проистекла из истополних заједница живота закључених у иностранству.¹¹⁰⁸ Што се тиче одређивања меродавног права, сматрамо да се одредбе Нацрта могу делимично узети као *de lege ferenda* предлози колизионих норми за имовинскоправна питања истополних заједница живота закључених у иностранству. То заправо значи да ћемо одредбе Нацрта, које не оценимо прикладним за ову област, кориговати и предложити додатна решења.

Најзад, када Србија буде постала пуноправна чланица ЕУ, примењиваће Уредбе ЕУ које се односе на одредбе о међународној надлежности и колизионе норме у области

¹¹⁰⁶ Право одређено чл. 99. ст. 1. до 3. Нацрта важи и за дејства усвојења.

¹¹⁰⁷ Члан 43. Нацрта гласи:

Одредба страног права се не примењује ако је њено дејство очигледно супротно јавном поретку Републике Србије.

Приликом примене става 1 овог члана, нарочито се узима у обзир интензитет повезаности односа са правним поретком Републике Србије и значај последица до којих би довела примена одредбе страног права.

Ако се одредба страног права не може применити због супротности јавном поретку, уместо ње се, уколико је потребно, примењује одредба права Републике Србије.

¹¹⁰⁸ Нарочито види члан 86. Нацрта, који се односи на међународну надлежност суда РС у вези са имовинским односима у нерегистрованој и регистрованој ванбрачној заједници.

имовинских дејстава регистрованих партнерстава, односно брачноимовинских режима. То значи да ће приликом одређивања међународне надлежности и меродавног права за ова питања доћи до примене Уредбе 1104/2016 и Уредбе 1103/2016.¹¹⁰⁹

3.1. Брачноимовински режим (истополан брак)

Меродавно право за брачноимовински режим одређено је у одредбама чл. 79 – 85. Нацрта, којима су регулисани: избор и промена избора меродавног права за одлучивање о брачно-имовинском режиму, форма споразума о избору меродавног права, одређивање права у одсуству избора, форма брачног уговора, обим меродавног права и прилагођавање непознатог стварног права и правни односи са трећим лицима.

Према Нацрту, за брачноимовински режим предвиђено је да супружници или будући супружници могу изабрати право државе уобичајеног боравишта или држављанства једног од њих у тренутку избора (чл. 79. ст. 1). Ово решење има сличности са чл. 22. Предлога Уредбе о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу одлука у стварима брачноимовинских режима из 2011. године^{1110/1111}. Са друге стране, Уредба 1103/2016 има скоро идентично колизионо решење за одабир меродавног права за брачноимовински режим од стране странака. То је право државе у којој брачни другови, будући брачни другови или један од њих има уобичајено боравиште у тренутку када је споразум склопљен или право државе чије држављанство има један од брачних другова или будућих брачних другова у тренутку када је споразум склопљен (чл. 22. ст. 1. Уредбе 1103/2016).

У случају да супружници нису изабрали меродавно право, према Нацрту се на брачноимовински режим примењује право државе заједничког уобичајеног боравишта супружника у тренутку склапања брака. Уколико то није могуће, примењује се право државе првог заједничког уобичајеног боравишта супружника после склапања брака, а ако то није могуће, право државе заједничког држављанства супружника у тренутку склапања брака, а ако ни то није могуће, право државе са којом супружници имају најближу везу, узимајући у обзир све околности (чл. 81). Ово решење подсећа на одредбу чл. 26. ст. 1. Предлога Уредбе о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу одлука у стварима брачноимовинских режима из 2011. године¹¹¹².

Одредба чл. 79. Нацрта може се *de lege ferenda* делимично уважити и за истополни брак. Наиме, одабир права уобичајеног боравишта једног од супружника може бити

¹¹⁰⁹ Детаљније о наведеним одредбама ових уредби види Део I, тачке 4.2.2 и 4.2.3.

¹¹¹⁰ Brussels, 16.03.2011, COM (2011) 126 final, 2011/0059 (CSN).

¹¹¹¹ Према Предлогу Уредбе из 2011. године, супружници или будући супружници могу одабрати за брачно-имовински режим - право државе заједничког уобичајеног боравишта супружника или будућих супружника или право државе уобичајеног боравишта једног од њих у тренутку избора или право државе држављанства било ког супружника или будућег супружника у време избора (чл. 16.).

¹¹¹² У одсуству избора меродавног права у складу са чл. 22, меродавно право за брачно-имовински режим је право државе:

- а) првог заједничког уобичајеног боравишта супружника након закључења брака или, ако то није могуће,
- б) заједничко држављанство супружника у тренутку закључења брака или, ако то није могуће,
- в) са којом супружници заједно имају најближу везу у време закључења брака, узимајући у обзир све околности.

добро решење, али је упитно да ли је друга могућност (држављанство једног од супружника) погодна тачка везивања за брачно-имовински режим, узимајући у обзир неприкладност ове тачке везивања за брачно-имовинска питања истополног брака закљученог у иностранству, у оквиру тренутно важећег ЗРСЗ. Опреза ради, сматрамо да би *de lege ferenda* требало додати и могућност избора права државе у којој је истополни брак закључен (*lex loci registrationis/lex loci celebrationis*), као још једну могућност приликом одабира меродавног права аутономијом воље супружника, поред наведених у чл. 79. Нацрта.

Што се тиче супсидијарног везивања у одсуству аутономије воље из чл. 81. Нацрта, може настати проблем ако тако одређено меродавно право не познаје институт истополног брака. Према томе, уместо решења из Нацрта могла би се, бар из перспективе овог истраживања, *de lege ferenda* користити решења, која смо предложили у оквиру позитивног права Србије, односно решења којима би се попунила правна празнина за брачно-имовински режим истополног брака закљученог у иностранству (у складу за чл. 2. ЗРСЗ). У том смислу је креирано ново колизионо правило које почива на тачки везивања места закључења брака као примарно правило, уз додатно правило које је настало „моделирањем“ решења из чл. 26. ст. 3. Уредбе 1103/2016¹¹¹³.

3.2. Имовински односи у регистрованој и нерегистрованој ванбрачној заједници

Нацрт садржи колизиону норму (чл. 87.) која се односи на одређивање меродавног права за имовинске односе у регистрованој и нерегистрованој ванбрачној заједници. Оба ова решења захтевају кратку елаборацију.

Меродавно право за имовинске односе у *регистрованој* ванбрачној заједници одређује се аналогном применом колизионих норми из чл. 79. до 85. Нацрта (како је наведено чл. 87. ст. 2). Као што смо рекли, ове колизионе норме важе за брачно-имовински режим, при чему се члан 79. Нацрта односи на избор меродавног права од стране супружника. Ванбрачни партнери могу, поред права из чл. 79. Нацрта¹¹¹⁴ (право државе уобичајеног боравишта или држављанства једног од њих у тренутку избора), изабрати и право државе у којој је ванбрачна заједница регистрована (како је наведено

¹¹¹³ Новокреирана колизиона норма у складу са чл. 2. ЗРСЗ: „За лична и законска имовинска дејства истополног брака меродавно је право државе у којој је брак закључен:

Изузетно и на захтев једног брачног друга, суд може одлучити да за брачно-имовински режим буде меродавно право које није право из ст. 1. овог члана и ако подносилац захтева докаже да су брачни другови имали последње заједничко држављанство или последње заједничко пребивалиште у тој другој држави током знатно дужег временског периода него у држави чије би право било меродавно у складу са ст. 1. овог члана и ако су се оба брачна друга ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа.

Право те друге државе примењује се од тренутка закључења брака, осим ако се томе успротиви један брачни друг. У погоњем случају право те друге државе производи дејства од настанка последњег заједничког држављанства односно последњег заједничког пребивалишта у тој другој држави.“

¹¹¹⁴ Према чл. 79. ст. 1. Нацрта, реч је о ограниченој аутономији воље, јер он гласи:

„За брачноимовински режим супружници или будући супружници могу изабрати право државе уобичајеног боравишта или држављанства једног од њих у тренутку избора.“

одредбом чл. 87. ст. 3). Аутономија воље партнера предвиђена је и у Уредби 1104/2016 (чл. 22. Уредбе), али није била предвиђена Предлогом Уредбе Савета о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу одлука у области имовинских дејстава регистрованих партнерстава из 2011. године¹¹¹⁵, што је и била једна од замерки овом Предлогу.

Међутим, ако право које су ванбрачни партнери изабрали као меродавно не познаје установу регистроване ванбрачне заједнице, примењује се право које је одређено у складу са чл. 81. Нацрта (меродавно право за брачно-имовински режим у одсуству споразумног избора)¹¹¹⁶. Одредба чл. 81. Нацрта предвиђа да је за брачно-имовински режим меродавно право заједничког уобичајеног боравишта супружника у тренутку склапања брака. Уколико то није могуће, меродавно је право заједничког уобичајеног боравишта супружника после склапања брака, а ако то није могуће, меродавно је право заједничког држављанства супружника у тренутку склапања брака. Ако ниједно од ових права није могуће одредити, примењује се принцип најближе везе.¹¹¹⁷

Ипак, ако право које је одређено у складу са чл. 81. Нацрта не познаје установу регистроване ванбрачне заједнице, примењује се право државе у којој је она регистрована (чл. 87. ст. 5 - *lex loci registrationis*). Примена права државе у којој је регистровано партнерство засновано (принцип *lex loci registrationis*) постоји као колизионоправно решење у одсуству аутономије воље како у Уредби 1104/2016 (чл. 26. ст. 1), тако и у Предлогу Уредбе Савета о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу одлука у области имовинских дејстава регистрованих партнерстава из 2011. године.¹¹¹⁸ На крају, Нацрт решава и проблем када је ванбрачна заједница регистрована у више држава – у том случају меродавно је, сходно чл. 87. ст. 6 Нацрта, право државе у којој је она последњи пут регистрована.

Правна категорија „регистрована ванбрачна заједница“ у оквиру чл. 87. ст. 2-6. Нацрта формулисана је родно неутрално и могла би обухватити регистровано партнерство, као непознати правни институт. Одредбама чл. 87. ст. 2-6. Нацрта се суштински ништа не може замерити, јер ће у сваком случају довести до примене *lex loci registrationis*. Зато сматрамо да одредбе чл. 87. ст. 2-6. могу *de lege ferenda* важити и за имовинска дејства регистрованих партнерстава. Поред овог доброг решења из чл. 87. ст. 2-6. Нацрта, можемо као решење за имовинска дејства регистрованих партнерстава у одсуству аутономије воље *de lege ferenda* предложити и решења која су креирана у позитивном праву Србије (у складу са чланом 2. ЗРСЗ). Реч је додатном

¹¹¹⁵ Brussels, 16.03.2011, COM (2011) 127 final, 2011/0060 (CSN).

¹¹¹⁶ Чл. 87. ст. 4. Нацрта.

¹¹¹⁷ Чл. 81. Нацрта гласи:

Ако супружници нису изабрали меродавно право, на брачноимовински режим примењује се:

а) право државе заједничког уобичајеног боравишта супружника у тренутку склапања брака, или, ако то није могуће,

б) право државе првог заједничког уобичајеног боравишта супружника после склапања брака; или, ако то није могуће,

в) право државе заједничког држављанства супружника у тренутку склапања брака; или, ако то није могуће,

г) право државе са којом супружници имају најближу везу, узимајући у обзир све околности.

¹¹¹⁸ Чл. 15. Предлога Уредбе из 2011. године је гласио „Меродавно право за имовинска дејства регистрованог партнерства је право државе у којој је партнерство регистровано“.

правилу поред колизионе норме која води до *lex loci registrationis*, односно о колизионом правилу које је настало моделирањем чл. 26. ст. 2. Уредбе 1104/2016¹¹¹⁹. Према томе, овај предлог би могао важити и *de lege ferenda*, поред решења из чл. 87. ст. 2-6. Нацрта.

За одређивање меродавног права за имовинске односе у *нерегистрованој* ванбрачној заједници аналогно се примењују одредбе чл. 79. до 85. Нацрта (меродавно право код брачно-имовинског режима), како је наведено одредбом чл. 87. ст. 1. Нацрта. У складу са одредбама чл. 79. до 85. Нацрта, меродавно право се одређује аутономијом воље (чл. 79. ст. 1.)¹¹²⁰, а у одсуству аутономије воље супсидијарном колизионом нормом (чл. 81. Нацрта)¹¹²¹. Правна категорија *нерегистроване* ванбрачне заједнице из чл. 87. ст. 1. Нацрта такође је постављена родно неутрално, те би могла обухватити и истополна *нерегистрована*, односно фактичка партнерства (*de facto* истополне заједнице).

Начелно се могућности за избор меродавног права из чл. 79. ст. 1. Нацрта (право државе уобичајеног боравишта или држављанства једног од партнера у тренутку избора) могу применити и *de lege ferenda* на имовинска дејства *de facto* истополне заједнице. Путем аутономије воље, партнери могу изабрати право уобичајеног боравишта једног од њих у тренутку избора (арг. из чл. 79. у вези са чл. 87. ст. 1. Нацрта), јер се може претпоставити да ће партнери заједнички живети махом у држави која правно признаје фактичку истополну заједницу.

У одсуству аутономије воље, аналогном применом супсидијарне колизионе норме из члана 81. Нацрта, меродавно право за имовинске односе у *нерегистрованој ванбрачној заједници* ће бити право државе заједничког уобичајеног боравишта партнера у тренутку настанка заједнице (арг. из чл. 81. ст. 1. тач. а. у вези са чл. 87. ст. 1. Нацрта), или, ако то није могуће, право државе првог заједничког уобичајеног боравишта након настанка заједнице или, ако то није могуће, право заједничког држављанства у тренутку настанка заједнице или ако то није могуће, право државе са којом партнери имају најближу везу, узимајући у обзир све околности¹¹²². И у овом случају се на врху „лествице“ појављује заједничко уобичајено боравиште. Наведено колизионо решење би могло важити и *de lege ferenda* за имовинска дејства *de facto* истополне заједнице, јер се претпоставља да партнери заједнички живе у држави која тај институт познаје и из којег „црпе“ права и обавезе.

¹¹¹⁹ „Изузетно и на захтев једног регистрованог партнера, суд може одлучити да за имовинска дејства проистекла из регистрованог партнерства буде меродавно право које није право из ст. 1. овог члана, ако право те друге државе институту регистрованог партнерства придаје имовинска дејства и ако подносилац захтева докаже да су регистровани партнери имали последње заједничко држављанство или последње заједничко пребивалиште у тој другој држави током знатно дужег временског периода него у држави у којој је партнерство регистровано и ако су се оба регистрована партнера ослањала на право те друге државе у уређивању или планирању својих имовинских односа.

Право те друге државе примењује се од настанка регистрованог партнерства, осим ако се томе успротиви један партнер. У потоњем случају право те друге државе производи дејства од настанка последњег заједничког држављанства, односно последњег заједничког пребивалишта тој другој држави“.

¹¹²⁰ Према чл. 79. ст. 1. Нацрта, реч је о ограниченој аутономији воље, јер он гласи:

„ За брачноимовински режим супружници или будући супружници могу изабрати право државе уобичајеног боравишта или држављанства једног од њих у тренутку избора.“

¹¹²¹ Види одредбу чл. 81. Нацрта у фн. 1118.

¹¹²² Види одредбу чл. 81. Нацрта у фн. 1118.

Што се тиче меродавног права за обавезе издржавања између истополних партнера из истополне заједнице закључење у иностранству, *de lege ferenda* се може подржати примена Хашког Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања, што је јасно наведено и у Нацрту (чл. 110)¹¹²³.

¹¹²³ Овај Протокол је детаљније анализиран у IV делу дисертације.

ЗАКЉУЧАК

Истополни људски односи имају дугу историју, која је вероватно стара колико и људско друштво. Емоционална, физичка, сексуална привлачност према особама истог пола, обично означена као истополност или хомосексуалност кроз историју је углавном наилазила на оштру осуду друштва, религије и власти. Истополност се неретко и дуго изједначавала са менталним поремећајем и сматрала се табу темом. Другачији поглед и декриминализација хомосексуалности нема дугу историју и почиње тек током прошлог века¹¹²⁴. Америчка психијатријска асоцијација је 1973. године уклонила хомосексуалност са списка менталних поремећаја, што је 1990. године следила и Светска здравствена организација¹¹²⁵. Данас је велики број држава у свету декриминализовао добровољне односе истополних партнера. Наравно, још постоје државе где се овакви односи законски кажњавају, некада и врло драстичним санкцијама¹¹²⁶. Насупрот тим државама постоји велики број земаља у којима закон признаје право појединцима истополне оријентације да законски, правоваљано заснују одређени облик истополне заједнице живота.

Проблеми и питања са којима се суочавају истополни парови додатно се компликују уколико их прате елементи иностраности, на које су истраживања спроведена у дисертацији циљно усмерена. Она су полазила од чињенице да у правном систему Републике Србије није могуће легално закључити било који облик истополне заједнице живота. Међутим, такво фактичко стање нашег правног система не може искључити могућност да се пред судовима појаве захтеви за одлучивање о правним питањима, која су проистекла из истополних заједница живота легално закључених у иностранству. Овим радом је учињен покушај да се домаћим судовима и другим надлежним органима олакша овај ни мало лак подухват третирања истополних заједница живота закључених у иностранству.

Резултати спроведеног истраживања у другом делу дисертације указују на то да у нашем правном систему нема потребе за концептом „суштинске (не)надлежности“, као основом којим би домаћи поступајући органи оправдали своју одлуку о незаснивању међународне надлежности у споровима поводом непознатих правних института. Наиме, иако су одређени институти непознати домаћем правном систему (као што су истополне заједнице живота) то не искључује, барем теоријски, могућност да се домаћи судски органи њима „прилагоде“. То подразумева еластичнију квалификацију или аналогну примену постојећих одредби о међународној надлежности из ЗРСЗ за брачне спорове, за спорове о законском издржавању између брачних другова и бивших

¹¹²⁴ За декриминализацију у источној Европи види Kraljić, S. (2017). Same-sex partnerships in Eastern Europe: Marriage, Registration or on regulation?, у: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia, 56. и даље.

¹¹²⁵ О Светској здравствених организацији види <https://www.slobodnaevropa.org/a/lgbt-diskriminacija-bolest-who-popis-prava/30710024.html>, приступљено 25.05.2021.

¹¹²⁶ Пример Ирана, Јемена и неких других земаља, о томе више на <https://www.usatoday.com/story/money/2019/06/14/countries-where-being-gay-is-legally-punishable-by-death/39574685/>, приступљено 25.05.2021.

брачних другова, за спорове о имовинским односима брачних другова и за остале спорове о издржавању¹¹²⁷. Екстензивније тумачење ових одредби омогућило би решавање спорова проистеклих из истополних заједница живота закључених у иностранству (део II тач. 5. и део IV дисертације).

Међутим, имајући у виду став Врховног суда Србије из 1982. године може се претпоставити да домаћи поступајући орган неће засновати међународну надлежност за развод или поништај страног истополног брака (између наших држављана или нашег држављанина и странца), јер такав брак не може бити уписан у домаће матичне књиге венчаних. Такав упис не може постојати ни за страног регистровано партнерство. Међутим, ми сматрамо да надлежност наших органа може постојати како за престанак страних истополних заједница живота, тако и за дејства која из такве заједнице проистичу.

У складу са таквим приступом се **Хипотеза 1**, према којој *„судови у Србији могу засновати надлежности на основу одредаба ЗРСЗ, за одлучивање о правним питањима проистеклих из истополних заједница живота, закључених у иностранству“*, сматра потврђеном.

Супституција стране истополне заједнице живота у домаћи брак или ванбрачну заједницу зависи од тога о којој страног истополној заједници живота је реч, тј. коју функцију она врши у страном правном систему и у ком поступку се супституција испитује. Барем начелно, и то у области наслеђивања, супституција страног истополног брака у домаћи хетеросексуални брак би била могућа уколико нема повреде домаћег јавног поретка. Како смо за лична и имовинска дејства брачних другова креирали нове колизионе норме које би требало довести до (страног) права, а које познаје истополни брак, супституција се код ових питања у дисертацији није постављала. Супституција страног регистровано партнерства у домаћу ванбрачну заједницу код наслеђивања није могућа, јер ванбрачни партнери у нашем правном систему не могу да наследе. По нашем мишљењу, ни супституција страног регистровано партнерства у домаћи брак није могућа, као што ни супституција стране фактичке истополне заједнице у домаћу ванбрачну заједницу код наслеђивања није могућа (део III тач. 2. и део V дисертације дисертације).

Сагласно томе, **Хипотеза 2**, која гласи да *„када је меродавно домаће право, супституција страних истополних заједница живота је могућа у оквиру домаће правне норме која у својој диспозицији садржи појам хетеросексуалног брака или појам ванбрачне заједнице“*, сматра се делимично потврђеном.

Колизионе норме српског ЗРСЗ које се односе на лична и имовинска дејства и престанак брака не могу се аналогно или путем квалификације применити на лична и имовинска дејства (укључујући и издржавање) и на престанак страног истополног брака и регистровано партнерства. Наиме, колизионе норме чл. 35-38. ЗРСЗ (за развод, лична и имовинска дејства брака) нису адекватне за ова питања, јер се њихов *ratio legis* не поклапа са страним истополним браком или регистрованим партнерством. Поједностављено, тачке везивања из ових колизионих норми нису адекватне за наведене институте. То значи да постоје правне празнине које су у дисертацији

¹¹²⁷ Чл. 67. ст. 2. ЗРСЗ, чл. 68. ЗРСЗ.

попуњене у складу са овлашћењем из чл. 2. ЗРСЗ. У том смислу су креиране нове колизионе норме за наведена питања. Новокреирана колизиона норма за развод истополног брака почива на месту закључења брака као тачки везивања. Иста тачка везивања је предвиђена и у оквиру новокреиране колизионе норме за лична и законска имовинска дејства истополног брака (укључујући и издржавање), при чему је за брачно-имовински режим, мада изузетно, предвиђена и могућност примене права последњег заједничког пребивалишта, односно последњег заједничког држављанства истополних супружника, настала моделирањем одредаба чл. 26. Уредбе 1103/2016. За раскид, лична и имовинска дејства регистрованог партнерства креирана је нова колизиона норма која упућује на право државе у којој је партнерство регистровано (*lex loci registrationis*). За имовинска дејства регистрованог партнерства, мада изузетно, предложена је и могућност примене права последњег заједничког пребивалишта, односно последњег заједничког држављанства партнера (ако оно признаје имовинска дејства институту регистрованог партнерства), настала моделирањем одредаба чл. 26. Уредбе 1104/2016.

У складу са тим, није потврђена **Хипотеза 3**, према којој „*колизионе норме српског ЗРСЗ, које се односе на лична и имовинска дејства и престанак брака, могу се аналогно или путем квалификације, применити на лична и имовинска дејства (укључујући и издржавање) и на престанак страног истополног брака и регистрованог партнерства*“.

Колизионе норме српског ЗРСЗ, које важе за наследноправне односе, примењују се и на наследноправна питања која проистичу из страних истополних заједница живота. Да ли ће истополни партнер имати право на наслеђивање зависи од меродавног наследног статута, до којег се долази путем домаће колизионе норме чл. 30. ст. 1. ЗРСЗ (за законско наслеђивање). Ако је за наслеђивање меродавно страном право које предвиђа да истополни супружник може бити наследник, он би у поступку расправљања заоставштине могао наследити, осим ако није повређен домаћи јавни поредак. Са друге стране, када је за наслеђивање меродавно домаће право, тада треба спровести методолошко средство супституције. У случају позитивног теста функционалне еквивалентности и ако нема повреде домаћег јавног поретка, истополни супружник би у таквом случају могао наследити (део V дисертације). Сагласно томе, потврђена је **Хипотеза 4**, према којој: „*колизионе норме српског ЗРСЗ, које важе за наследноправне односе, могу се применити исто тако на наследноправна питања која проистичу из страних истополних заједница живота*“.

Резултати анализе су потврдили да се колизиона норма српског ЗРСЗ, која важи за имовинске односе лица у ванбрачној заједници (чл. 39. ЗРСЗ), не може аналогно или путем квалификације применити на имовинске односе *de facto* истополне заједнице. Поред тога, утврђено је да се за лична дејства и престанак *de facto* истополне заједнице не могу аналогно или путем квалификације применити ни колизионе норме ЗРСЗ које се односе на брак (чл. 35-38. ЗРСЗ). Колизиона норма из чл. 39. ЗРСЗ, по нашем мишљењу, није прикладна за имовинска дејства *de facto* истополне заједнице, а колизионе норме из чл. 35-38. ЗРСЗ нису прикладне за лична дејства и престанак овакве заједнице, с обзиром да она не одговара *ratio legis* наведених колизионих

норми. То значи да постоје правне празнине, које смо попунили у складу са чл. 2. ЗРСЗ и креирали нову колизиону норму за престанак, лична и имовинска дејства *de facto* истополне заједнице која упућује на право државе заједничког пребивалишта партнера у тренутку када су се стекли услови за њено заснивање.

У складу са тим, није потврђена **Хипотеза 5**, према којој „*колизиона норма српског ЗРСЗ, која важи за имовинске односе лица у ванбрачној заједници, може се аналогно или путем квалификације применити на имовинске односе de facto истополне заједнице, док се за лична дејства и престанак de facto истополне заједнице могу аналогно или путем квалификације применити колизионе одредбе тренутно важјећег ЗРСЗ које се односе на брак.*“

Поред тога, према расположивим сазнањима, у нашој судској пракси не постоје примери *признања страних судских одлука* у статусним и имовинским питањима истополних заједница живота. Међутим, како наши судови до сада нису одлучивали о питањима проистеклим из иностраних истополних заједница живота, у страним правним системима се није ни постављало питање признања одлука српских судова у овој материји. Следствено томе, не постоје примери одбијања признања наших одлука у овој области у иностраној судској пракси. Како се фактички реципроцитет претпоставља, наша држава би могла начинити „први корак“ приликом одлучивања о признању страних судских одлука у области истополних заједница живота. У овој области највећи проблем представља јавни поредак као сметња признању, у ком случају се мора ценити блиска веза правног односа, који представља подлогу стране судске одлуке, са домаћом државом (део VII дисертације).

Усвојење од стране истополних партнера није могуће у домаћем правном систему. Чини се да тако нешто није могуће ни путем поступка који је предвиђен Хашком Конвенцијом о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења из 1993. године, без обзира да ли се Србија појављује као држава порекла или држава пријема детета (део VI). Ова Конвенција предвиђа признање одлука о усвојењу по сили закона, при чему је једина брана признању јавни поредак имајући у виду најбољи интерес детета. Не видимо разлог за посезање за клаузулом јавног поретка у домаћем правном систему у ситуацијама незнатне блиске везе са домаћом државом, поготову што се у обзир узима и најбољи интерес детета (део VII тач. 2.2.4. дисертације).

Постојеће колизионе норме из ЗРСЗ, иако веома напредне за период његовог доношења, делују прилично анахроно у данашње време ако се имају у виду велике промене које се дешавају на европском и светском нивоу. У складу са свим наведеним и констатовањем неприкладности постојећих колизионих норми ЗРСЗ за брак (чл. 34-38. ЗРСЗ) и ванбрачну заједницу (чл. 39. ЗРСЗ) за истополне заједнице живота, у раду смо прибегли попуњавању правних празнина у ЗРСЗ применом чл. 2. овог закона. Колизионе норме за неважност истополног брака, регистрованог партнерства и *de facto* истополне заједнице базирају се на примени права која су примењена приликом њиховог склапања (део II тач. 1. дисертације).

Опште колизионо правило за развод, лична и законска имовинска дејства истополног брака јесте примена права државе у којој је брак закључен, а изузетак од наведеног правила креиран је у случају брачно-имовинског режима, по узору на

решење из чл. 26. Уредбе 1103/2016. Уговорна имовинска дејства настала у истополном браку подлежу оном праву које је меродавно за законска имовинска дејства, само у тренутку закључења уговора, уз могућност избора права путем изведене аутономије воље (део II тач. 1.3.1. и тач. 1.3.4. дисертације).

Опште колизионо правило за раскид, лична и законска имовинска дејства регистрованог партнерства почива на принципу *lex loci registrationis*, од кога се може одступити у случају имовинских дејства регистрованих партнерстава, када је предложено колизионо решење по узору на одредбу чл. 26. Уредбе 1104/2016. За уговорне имовинске односе (регистрованих) партнера меродавно је право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства (део II тач. 1.3.2. и тач. 1.3.4. дисертације). На крају, питања престанка, личних и законских имовинских дејстава *de facto* истополне заједнице подлежу праву државе заједничког пребивалишта партнера у тренутку када су се стекли услови за њено заснивање, док уговорни имовински односи оваквих заједница потпадају под право које је у време закључења уговора било меродавно за законска имовинска дејства (део II тач. 1.3.3. и тач. 1.3.4. дисертације).

Изложена колизионоправна решења која смо предложили у оквиру постојећег законодавног оквира могу важити и *de lege ferenda* за статусна и имовинска питања истополних заједница живота пуноважно закључених у иностранству. Такође, поједине одредбе Нацрта новог ЗМПП које се односе на питања брака, регистрованих и нерегистрованих ванбрачних заједница прихватљиве су *de lege ferenda* и за истополне заједнице живота (део VIII дисертације).

ЛИТЕРАТУРА

Књиге, дисертације и научни часописи:

1. Ајзнер, Б. (1953). Међународно приватно право I, Школска књига, Загреб,
2. Amos T., Rainer, J. (2017). Parenthood for same-sex couples in the European Union: Key challenges, у: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia,
3. Andrae, M. (2014). Internationales Familienrecht, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden,
4. Baker H., Groff, M. (2016). The impact of Hague Conventions on European family law, у: European Family Law, Volume I: The Impact of Institutions and Organizations in European Family Law (Ed. by Jens M. Scherpe), Cheltenham-Northampton,
5. Baratta, R. (2007). Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in EC, 27 Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax), Heft 1,
6. Барић, С., Винцан, С. (2013). Уставноправно начело једнакости и правно уређење истосполних заједница, у: Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 50, 1/2013,
7. Basedow, J. (1992), Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im internationalen Zivilverfahrensrecht, у: Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, Gieseking-Verlag, Bielefeld,
8. Biagioni, G. (2014). On recognition of foreign same-sex marriages and partnerships, у: Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions (Eds. Daniele Gallo, Luca Paladini, Pietro Pustorino), Springer,
9. Binderm, S., Kiehnle A. (2017). „Ehe für alle“ – und Frauen als Väter, NZFam,
10. Birk (2010), Art. 25. EGBGB, у: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11 (Redakteur: Hans Jürgen Sonnenberger), 5. Auflage,
11. Björgvinsson, D. T. (2017). Registered partnerships in Iceland, у: The future of registered partnerships-Family Recognition Beyond Marriage? (Eds. by Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia,
12. Bogdan, M. (2015). Sweden: Private international law – Suppl. 45 (2015), Wolters Kluwer,
13. Boele-Woelki, K. (2001). Brüssel II: Die Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen, ZfRV 42 Jg, H4,
14. Boele-Woelki, K. (2008). The legal recognition of same-sex relationships within the EU, Tulane Law Review (Vol. 82:1949), Number 5, May, 2008,
15. Бордаш, Б. (2000). Породичноправни односи у међународном приватном праву, Форум-Нови Сад, Нови Сад,
16. Бордаш, Б., Ђундић, П. (2013). Хашки Протокол праву меродавном за обавезе издржавања – најновији извор Међународног приватног права Србије, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2013,

17. Братковић, М. (2011). Развргнуће брака у римском, канонском и савременом хрватском обитељском праву, Зборник ПФЗ, 61, (1) 109-148,
18. Brattström, M., Sörgjerd, C. (2017). Registered partnerships in Sweden, у: The future of registered partnerships-Family Recognition Beyond Marriage? (Eds. by Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia,
19. Briscoe, E. (2009). Comment: The Hague Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption: Are Its Benefits Overshadowed by Its Shortcomings, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, vol. 22., Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers,
20. Бубић, С. (2013). Утицај европског права на породично право у Босни и Херцеговини, у: Зборник радова – Научни скуп: Развој породичног права – од националног до европског, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“, Мостар, (26-55),
21. Coester-Waltjen, D. (2006). Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, IPRax, 2006, Heft 4,
22. Coester-Waltjen, D. (2018). Die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in ausgewählten Rechtsordnungen, ZEuP 2/2018,
23. Cubeddu Wiedemann, M. G., Wiedemann A. (2017). Italien, у: Ehe recht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), Zerb Verlag, 3. Auflage,
24. Curry-Sumner, I. (2005). All's well that ends registered?, Intersentia, Antwerp-Oxford,
25. Curry-Sumner, I. (2016). Same-sex relationships in a European perspective, у: European family law volume III: Family law in a European perspective (Ed. Jens M. Scherpe),
26. Dannemann, G. (2004). Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, Mohr Siebeck, Tübingen,
27. D'Amico, M., Nardocci, C. (2017). Homosexuality and human rights after Oliari v. Italy, у: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia,
28. Deana, F. (2019). Cross-border continuity of family status and public policy concerns in the European Union, DPCE online, 2019/3-Saggi,
29. De Boer Th. M., Strikwerda, L. (2016). Private international law, у: Introduction to Dutch law (Eds. by Jeroen Chorus, Ewoud Hondius, Wim Voermans), Kluwer,
30. Döbereiner, C. (2017). Frankreich, у: Ehe recht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage,
31. Dölle, H. (1962-1963). Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, RabelsZ, H. 2,
32. De Götzen, E. (2017). Recognition of same-sex marriages, overcoming gender barriers in Italy and the Italian law No. 76/2016 on civil unions. First remarks, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 9, N° 2,
33. De Groot, GR. (2007). Private international law aspects relating to homosexual couples, Netherlands comparative law association, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3. (December),

34. Dethloff, N. (2005). Same-Sex Parents in a Comparative Perspective, *International Law FORUM du droit international* 7,
35. Дика, М. et al (1991). Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд,
36. Дураковић, А. (2014). Колизионоправна проблематика истосполних заједница живота, у: Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, бр. 12, Правни факултет у Мостару, Мостар,
37. Дураковић, А. (2016). Међународно приватно право развода брака у Европској унији и Босни и Херцеговини, Мостар,
38. Ђорђевић, С. (2007). Установа узвраћања и преупућивања (*renvoi*) у међународном деликтном праву, Правни систем Србије и стандарди ЕУ и Савета Европе, Књ. 2, Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Крагујевац,
39. Ђорђевић, С. (2010а). Квалификација као узрок противречности правних норми – Примена прилагођавања у Међународном приватном праву, Правни живот број 11/2010, Београд,
40. Ђорђевић, С. (2010б). Прилагођавање у међународном приватном праву, докторска дисертација, Правни Факултет Универзитета у Београду,
41. Ђорђевић, С. (2011). О транспозицији у међународном приватном праву, у: Савремена питања међународног приватног права и европског приватног права: [зборник реферата са Међународног научног скупа одржаног 20. маја 2011. године, на Правном факултету у Крагујевцу] у част др Kriste Jesel-Holst = Contemporary Issues of Private International Law and European Private Law : in honor to Dr. Christa Jessel-Holst (Ур. Милена Петровић, Славко Ђорђевић), Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу,
42. Ђорђевић, С. (2014). Кратак критички осврт на признање и извршење страних јавнобележничких исправа према Закону о јавним бележницима Србије, Нова правна ревија, број 1/2014.
43. Ђорђевић, С. (2015). Одређивање меродавног права за директан захтев оштећеног према штетниковом осигуравачу у међународном приватном праву Републике Србије, Европска ревија за право осигурања, број 1/2015.
44. Ђорђевић, С., Мешкић, З. (2016). Међународно приватно право – општи део, Крагујевац,
45. Ђорђевић, С. (2019). Телеолошка редукција колизионих норми и попуњавање правних празнина у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2/2019,
46. Ђорђевић, С. (2020). Утврђивање и попуњавање правних празнина у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац,
47. Ђорђевић, Ср., Палевић, М. (2017). Заштита људских права, Крагујевац,
48. Ђурђевић, Д. (2001). Проблем одређивања наследног дела супружника у случају полигамног брака, Билтен Округног суда у Београду, 56/2001,
49. Ђурић, В. (2007). Устав и међународни уговори, Институт за упоредно право, Београд,

50. Живковић, М. (2013). О примени Хашког Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Републике Србије, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 65, година LI,
51. Живковић, М. (2015). Опште установе међународног приватног права и ЗРСЗ: поглед двадесет година касније и *de lege ferenda*, у: Двадесет година Закона о међународном приватном праву (Ур. Проф. Мирко Живковић), Правни факултет у Нишу, Ниш,
52. Fenwick, H. (2017). An ECHR right to access a registered partnership?, у: *The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia,
53. Fenton-Glynn, C. (2016), *Adoption in a European perspective*, у: *European family law volume III: Family law in a European perspective* (Ed. Jens M. Scherpe),
54. Ferrari, I. (2017). *Family relationships in Italy after the 2016 Reform: the New Provisions on Civil Unions and cohabitation*, у: *International Survey of family law, 2017. Edition* (General Editor Margaret F Brinig, Associate Editor, Africa, Fareda Banda),
55. Francoz Terminal L. (2016). *The changing concept of 'family' and challenges for family law in France*, у: *European family law volume II: Family law in a European perspective* (Ed. Jens M. Scherpe), Edward Elgar, UK-USA
56. Francoz-Terminal, L. (2017). *Registered partnerships in France*, у: *The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia,
57. Forkert, M. (2003). *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB*, Tübingen,
58. Fulli-Lemaire, S. (2017). *Legal recognition of same-sex relationships in Central Europe: Steady progress*, у: *Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition* (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia,
59. Funken, K. (2009). *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen,
60. Gonzales Beilfuss, C. (2017). *Southern jurisdictions: Consolidation in the West, progress in the East*, у: *Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition* (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia,
61. Gus, L. (2013) *Legalizing Same-Sex Marriage: An Obligation Not a Decision*, *Tulane Journal of International Affairs*, Fall 2013,
62. Hay, P., Tobias, K. (2010). *Internationales Privat – und Zivilverfahrensrecht*, München,
63. Haunhorst, S. (1992). *Die „wesenseigene (Un-) Zuständigkeit“ deutscher Gerichte*, Osnabrück,
64. Hausmann, R. (2000). *Überlegungen zum Kollisionsrecht registrierter Partnerschaften*, FS für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag (Hrsg. Peter Gottwald, Erik Jayme, Dieter Schwab),
65. Hausmann, R. (2018). *Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Auflage*, München,
66. Haunhorst, S. (1992). *Die „wesenseigene (Un-) Zuständigkeit“ deutscher Gerichte*, Osnabrück,

67. Herring, J. (2015). Family Law, Seventh Edition, Pearson Education Limited,
68. Hills, L. (1998). Intercountry Adoption under the Hague Convention: Still an attractive Option for Homosexuals seeking to adopt?, Indiana Journal of Global Legal Studies, Volume 6, Issue 1, Article 8, Maurer School of Law: Indiana University,
69. Хошко, Т. (2016). Посвојење у међународном приватном праву, докторска дисертација, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб,
70. Hug, S. (1983). Die Substitution im Internationalen Privatrecht – anhand von Beispielen aus dem internationalen Familienrecht, München: Florentz,
71. Hustedt, V., Schür, G. (2017). Belgien, у: Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage,
72. Huzel, E. (2017). Portugal, у: Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage,
73. Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 2008, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, IPRspr. 2008
74. Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 2010, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, IPRspr. 2010
75. Jakob, D. (2002). Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht, Köln,
76. Јакшић, А. (1994). Правна сигурност у међународном приватном праву и проблем прилагођавања, Правни живот 11-12/1994,
77. Јакшић, А., Ђорђевић, С. (2004). Практикум за међународно приватно и међународно грађанско процесно право, Досије, Београд,
78. Јакшић, А. (2004). Члан 9 ЗМПП-а и основни појмови међународног приватног права, у: Зборник радова „Двадесет година Закона о међународном приватном праву” (Ур. М. Живковић), Правни факултет Универзитета у Нишу,
79. Јакшић, А. (2016). Међународно грађанско процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд,
80. Јакшић, А. (2017). Међународно приватно право – општа теорија, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд,
81. Јакшић, А. (2018). Грађанско процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд,
82. Јауме, Е. (1990). Dänisches Partnerschaftgesetz und Internationales Privatrecht, IPRax,
83. Јовановић, М. (2016). Иностране регистроване истополне заједнице живота пред колизионим правилима српског међународног приватног права: црно-бели одраз слике дугиних боја?, у: Liber amicorum Гашо Кнежевић (Ур. Тибор Варади, Добросав Митровић, Драгор Хибер, Владимир Павић, Милена Ђорђевић, Марко Јовановић), Београд.
84. Johansson. E (2015). Schweden, у: Erbrecht in Europa, 3. Auflage (Herausgegeben von Rembert Süß),
85. Junker, A. (2017). Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck München,
86. Јувенал, Д. Ј., Сатире, превод Пакиж, М. (2009). Београд
87. Kegel, G., Schurig, K. (2000). Internationales Privatrecht, 8. Auflage, München,

88. Kegel, G., Schurig, K. (2004). *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, München,
89. Kiestra, L. (2014). *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Springer,
90. Класичек, Д. (2013). Законско наслеђивање истосполних партнера у Републици Хрватској у постојећем законском оквиру, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, в. 34, број 2,
91. Кнежевић, Г. (1994). Практични проблеми узвраћања и преупућивања у нашем праву, Правни живот, број 6-7/1984, Удружење правника Србије, Београд,
92. Кнежевић, Г., Павић В. (2005). Хомосексуални бракови у међународном приватном праву Србије, *Collection of papers European Judicial Area*, August 2005,
93. Knorre, K. – F- v. (2017). *Finland, y: Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption* (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage,
94. Koffeman, N. (2015). *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships*, Intersentia,
95. Kogovšek Šalomon, N. (2017). *LGBT people as refugees and immigration rights, y: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU*, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia,
96. Костић, М. (2001). Генерална клаузула одступања од редовно мјеродавног права, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду,
97. Kraljić, S. (2017). *Same-sex partnerships in Eastern Europe: Marriage, Registration or on regulation?*, y: *Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU*, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia,
98. Крешић, Б. (2012). Правно уређење заједнице особа истога пола у праву земаља Европске Уније и перспективе легализације у праву Босне и Херцеговине, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Тузли, Тузла,
99. Крешић, Б. (2015.) *Заједнице живота особа истог пола у праву земаља Европске Уније*, Сарајевски отворени центар, Сарајево;
100. Kronbichler, J. (2017). *Das italienische Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft und die faktischen Lebensgemeinschaften*, ZfRV,
101. Kropholler, J. (2006). *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage, Mohr Siebek,
102. Leipold (2020), §1931 BGB, y: *Münchener Kommentar zum BGB*. 8. Auflage,
103. Linke, H., Nau, W. (2015). *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6. Auflage, Köln, Schmidt,
104. Lima, D. (2017). *Registered Partnerships in Greece and Cyprus, y: The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. Jens M. Schepre, Andy Hayward), Intersentia,
105. Lund-Andersen, I. (2017a). *Registered Partnerships in Denmark, y: The future of registered partnerships-Family Recognition Beyond Marriage?* (Eds. by Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia,
106. Лукић, Р., Кошутић, Б. (2003), Увод у право, 12. издање, Службени гласник, Београд,
107. Looschelders, D. (2004). *Internationales Privatrecht – Art. 3-46 EGBGB*, Springer,

108. Lund-Andersen, I. (2017b). Northern Europe: Same-sex relationships and Family Law, y: Same-sex relationships and Beyond - Gender Matters in the EU, 3rd edition (Eds. by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), Intersentia,
109. Mankowski (2016), Art. 13. HUP, y: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Sellier – de Gruyter, Berlin,
110. Mansel, H.-P. (1991). Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht – Zur funktionellen Rechtsvergleichung bei der Sachrechtsauslegung, Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen,
111. Марјановић, С. (2014). Заштита деце у Хашким Конвенцијама о међународном приватном праву, докторска дисертација, Правни факултет Ниш,
112. Martin, S. (2017). Registered partnerships in Australia, y: The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage? (Eds. Jens M. Scherpe, Andy Hayward), Intersentia,
113. Martiny (2020), Art. 17b EGBGB, y: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (Herausgegeben von Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 15. Auflage,
114. Martiny (2018), Art. 17b EGBGB, y: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (Herausgegeben von H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich), 13. Auflage, Luchterhand Verlag
115. Martiny D. (2011). Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften, IPRax 2011, Heft 05,
116. Martiny D. (2012). Private International Law Aspects of Same-sex Couples under German Law, y: Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives, (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia,
117. Martiny, D. (2016). The changing concept of ‘family’ and challenges for family Law in Germany, y: European Family Law, Volume II, The changing concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law (Ed. by Jens M. Scherpe), Edward Elgar Publishing Limited, UK-USA,
118. Мешкић, З., Самарџић, Д. (2012). Право Европске уније I, Сарајево,
119. Miles, J. (2016). Unmarried cohabitation in a European perspective, y: European family law volume III: Family law in a European perspective (Ed. Jens M. Scherpe),
120. Мршевић, З. (2008). Правна регулатива истополних заједница у Сједињеним Америчким Државама, y: Увод у право САД (Ур. Јован Ћирић), Институт за упоредно право, Београд,
121. Мршевић, З. (2009). Ка демократском друштву - истополне породице, Београд,
122. Муминовић, Е. (1988). О значају квалификације код утврђивања и преиспитивања међународне надлежности, Годишњак ПФС XXXVI/88,
123. Neuhaus, P. H. (1976). Die Grundbegriffe des Internationalen privatrecht, 2. Auflage, Tübingen,
124. Novak B. (2016). Možnosti da istopolni partnerji v slovenskem pravnem redu postan jostarši, Podjetje in delo - 2016, številka 6-7, stran 1054 | GVZaložba

125. Novak, B. (2017). Das neue slowenische Familienrecht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Jg. 64, 2017, Heft 18,
126. Paladini, L. (2014). Same-Sex Couples Before Quasi-Jurisdictional Bodies: The Case of the UN Human Rights Committee, у: Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdicions (Eds. Daniele Gallo, Luca Paladini, Pietro Pustorino), Springer,
127. Павловић, Ма. (2018). Развитак права, Крагујевац
128. Павловић, М. (2018). Уредба Савета (ЕУ) 1104/2016 у стварима имовинских дејстава регистрованих партнерстава – корак до циља, Ревија за Европско право, Удружење за Европско право, Крагујевац, бр. 2-3/2018,
129. Павловић, М. (2019). Хашка Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења из 1993. године: преглед најважнијих одредби, у: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске Уније (Ур. Миодраг Мићовић), Књ. 7., Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу,
130. Palandt (2018). Einl v §1297, у: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 77. Auflage
131. Parra-Aranguren, G. (1993). Explanatory report on the Convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption, доступно на <https://assets.hcch.net/upload/expl33e.pdf>,
132. Parra-Aranguren, G. (1996). History, Philosophy and General Structure of the Hague Adoption Convention, у Зборнику: Children on the Move: How to Implement Their Right to Family Life, Hag,
133. Pintens, W., Scherpe, J. M. (2017). Same-sex marriages, у: Encyclopedia of Private International Law, Volume 2 (Eds. Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio), Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton,
134. Петровић, М. (1985). Сукоб закона код тестаменталног наслеђивања са страним елементом, магистарски рад, Правни факултет Универзитета „Светозар Марковић“ у Крагујевцу,
135. Петровић, М. (2003). Да ли чл. 6. ЗРСЗ ограничава право уговорних страна у избору меродавног права, у: Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије (Ур. Станко Бејатовић), Крагујевац,
136. Петровић, М. (2004). *Renvoi* у упоредном праву и ЗРСЗ, у: Двадесет година Закона о међународном приватном праву (Ур. Проф. Мирко Живковић), Правни факултет у Нишу, Ниш,
137. Поњавић, З. (2007). Породично право, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац,
138. Поњавић, З. (2013). О еволуцији породичног права, у: Зборник радова – Научни скуп: Развој породичног права – од националног до европског, Правни факултет Универзитета „Демал Биједић“, Мостар, 2013 (11-25),
139. Поњавић, З., Влашковић, В. (2019). Породично право, Шесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд,

140. Поповић, Д. (2007). Увод у упоредно право, треће издање, Службени гласник, Београд,
141. Поповић, Д. (2011). Утицај Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода на српско законодавство и судску праксу, Правни записи број 2, 2011,
142. Познић, Б., Ракић – Водинелић, В. (2015). Грађанско процесно право, Службени гласник, Београд, 2015,
143. Рааре, L., Sturm, F. (1977). Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, Verlag Franz Vahlen München
144. Rijpma, J., Koffeman, N. (2014). Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?, y: Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions (Eds. Daniele Gallo, Luca Paladini, Pietro Pustorino),
145. Ring, G., Olsen-Ring, L. (2017). Dänemark, y: Ehe recht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), Zerb Verlag, 3. Auflage,
146. Röthel, A. (2000). Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht, IPRax, Heft 2,
147. Röthler, A. (2002). Gleichgeschlechtliche Ehe und ordre public, IPRax, Heft 6,
148. Röthel, A. (2006). Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen nach deutschem und europäischem Recht, IPRax 2006, Heft 3,
149. Rumenov, I. (2016). Recognition and enforcement of foreign judgements regarding family matters, doctoral dissertation, Pravna Fakulteta, Univerza v Ljubljani, Ljubljana,
150. Scherpe, M. J. (2010). The legal status of same-sex relationships, y: German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law, Washington, 2010, Mohr Siebek, Tübingen,
151. Schack, H. (2006). Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck München
152. Schmidt, R. (2017). Familienrecht (Ehe, Verwandtschaft, Vormundschaft, Betreuung, Pflegschaft), 7. Auflage – Grasberg bei Bremen,
153. Siehr, K. (1973). Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht, RabelsZ H 2/3,
154. Silberman, L. (2005). Same-sex marriage: refining the conflict of law analysis, University of Pennsylvania law review, Vol. 153: 2195,
155. Smolin, M. D. (2004). Intercountry Adoption as Child Trafficking, Valparaiso University Law Review, Vol. 39, N. 2, Winter 2004,
156. Sosson, J. (2010). Recent evolutions (or revolutions) in Belgian Family law, y: The International Survey of Family Law, Edition (General Editor Bill Atkin, Associate Editor, Africa, Fareda Banda),
157. Sörgjerd, C. (2016). Marriage in a European perspective, y: European family law volume III: Family law in a European perspective (Ed. Jens M. Scherpe),

158. Spernat, T. (2011). Die gleichgeschlechtliche Ehe im Internationalen Privatrecht Unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses des EG – Vertrages, Peter Lang, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main,
159. Spickhoff, A. (1989). Der ordre public im internationalen Privatrecht, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt,
160. Staiano, F. (2017). (In)Comparable Situations: Same-Sex Couple's Right to Marriage in European Case Law, Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, 22. Marzo 2017, n. 6/2017,
161. Stamatiadis, D. Tsantinis, S. (2017). Griechenland, y: Ehe recht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage,
162. Станивуковић, М., Живковић, М. (2010). Међународно приватно право: општи део, Службени гласник; 4. издање, Београд,
163. Станивуковић, М., Живковић, М. (2015). Међународно приватно право: општи део, Службени гласник; 6. издање, Београд,
164. Станивуковић, М., Ђундић, П. (2015), Међународно приватно право: посебан део, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад,
165. Станчић, М. (2015). Наследна права супружника из истополног брака закљученог у иностранству и јавни поредак, Гласник права, год. VI, бр. 1-2,
166. Станчић, М. (2016). Наследна права супружника из истополног брака закљученог у иностранству и примена супституције, Ревизија за европско право, Удружење за европско право, број 2-3,
167. Станчић, М. (2017). Кратак осврт на правни положај истополних парова у Републици Србији и потенцијална решења de lege ferenda за нека међународноприватноправна питања истополних заједница, закључених у иностранству, Нова правна ревија, број 1/2017.
168. Станковић, Е. Владетић, С. (2020). Римско право, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац,
169. Станковић, Е. (2019). Савремени правни системи, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац,
170. Стојановић, С. (1986). *Renvoi* – узвраћање и преупућивање –у југословенском законодавству, Анали Правног факултета у Београд 5/1986,
171. Sumner, I. (2017). Registered partnerships in the Netherlands, y: The future of Registered Partnerships-Family Recognition Beyond Marriage? (Eds. Jens M. Schepre, Andy Hayward), Intersentia,
172. Сврака-Имамовић, А. (2018). Концепт брака у исламском, јеврејском, енглеском и велшком праву, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, LXI - 2018,
173. Swennen, F. Eggermont, S. (2012). Same-Sex Couples in Central Europe: Hop, Step and Jump, y: Legal recognition of Same-Sex Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives, (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia,
174. Symeonides, S. (2014). Codifying Choice of Law Around the world, an international comparative analysis, Oxford University Press,

175. Thorn, K. (2004). Besondere Kollisionsnormen und allgemeine Lehren des IPR, у: FS für Erik Jayme Band I (Eds. Heinz-Peter Mansel, Thomas Pfeiffer, Herbert Kronke, Christian Kohler, Rainer Hausmann),
176. Thorn, K., Paffhausen, P. (2017), Eine Ehe ist keine Ehe ist eine Ehe – Zur Qualifikation gleichgeschlechtlicher Ehen nach altem und neuem Kollisionsrecht (zu BGH, 20.04.2016. – XII ZB 15/15, unten S. 631, Nr. 53), IPRax, Heft 6,
177. Tobin, B (2017). Registered partnerships in the Republic of Ireland, у: The future of Registered Partnerships –Family Recognition Beyond Marriage? (Eds. Jens M. Schepre, Andy Hayward), Intersentia, Cambridge,
178. Чворовић, З. (2014). Право и православље, Catena Mundi, Београд,
179. Vaige, L. (2012). The problematic of recognition of same-sex marriages originating from Member States according to the EU legal regulation, Societal Studies, 4(2)
180. Варади, Т. (1990). Међународно приватно право, Форум, Нови Сад,
181. Варади, Т. et al (2010). Међународно приватно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд,
182. Видић, Ј. (2011). Наследноправни положај сродника у правој нисходној линији супружника и ванбрачног партнера – упоредноправни преглед“, у: Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Ур. Милијан Поповић) 2/2011,
183. Vlaardingerbroek, P. (2016). Family law у: Introduction to Dutch law (Eds. by Jeroen Chorus, Ewoud Hondius, Wim Voermans), Kluwer,
184. Влашковић, В. (2014). Начело најбољег интереса детета у породичном праву, докторска дисертација, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац,
185. Влашковић, В. (2012). "Најбољи интерес детета" као критеријум за заснивање усвојења, у: Зборник "Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног", Међународни научни скуп Пале, 29. јун 2012. године, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
186. von Hein (2020), Art. 3. EGBGB, у: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage
187. Von Hoffmann, B., Thorn K. (2007). Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München,
188. Вукадиновић, Р. (2014). Увод у институције и право Европске Уније, Удружење за европско право, 6. издање, Крагујевац,
189. Вучковић-Шаховић, Н. (2011). Међународно усвојење и Србија, Правни записи, год. II, бр. 1, Правни факултет Унион,
190. Waltjen, D. (2000). Der Eheschutz des Art. 6. Abs. 1 GG und Auslandsehen, у: FS für Dieter Henrich (Eds. Peter Gottwald, Erik Jayme, Dieter Schwab),
191. Wardle, D. L. (2008). The Hague Convention on intercountry adoption and american implementing law: implications for international adoptions by gay and lesbian couples or partners, IND. INT'L & COMP. L. REV., [Vol. 18:1 2008],
192. Watgen, M. (2017). Luxemburg, у: Eherecht in Europa - mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption (Herausgegeben von Rembert Süß, Gerhard Ring), 3. Auflage,
193. Wautelet, P. (2012). Private International law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe – Divided we stand?, у: Legal recognition of Same-Sex

- Relationships in Europe-National, Cross-border and European perspectives (Eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 2. ed., Intersentia,
194. Weber, H. (1986). Die Theorie der Qualifikation, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen,
195. Weber, J. (2016a). Die Europäischen Güterrechtsverordnungen: Eine erste Annäherung, DnotZ 2016, Heft 9,
196. Weber, J. (2016b). Erwerb von Grundstücken durch Ehegatten mit ausländischem Güterstand – Teil I: Ermittlung des anwendbaren Güterrechts und Prüfung durch das Grundbuchamt, MittBayNot 2016, Heft 06,
197. Vlaardingerbroek, P. (2016). Family Law, y: Introduction to Dutch law (Eds. by Jeroen Chorus, Ewoud Hondius, Wim Voermans), Kluwer,
198. Зорица, Л. (2016). Повијесни приказ хомосексуалних особа као маргинализиране скупине, Essehist, број 8,
199. Жупан, М. (2016). Темелјна људска права и прекограничне животне заједнице – регистрирано партнерство у фокусу, у: Liber amicorum: Гашо Кнежевић (Ур. Тибор Варади, Добросав Митровић, Драгор Хибер, Владимир Павић, Милена Ђорђевић, Марко Јовановић), Београд,
200. Шаула, В. (2007). Хашка конференција и међудржавно усвојење, у зборнику: Држављанство и Међународно приватно право – Хашке Конвенције, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд,

Електронски извори

201. Explanatory report on the Convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption, састављен од Gonzalo Parra-Aranguren, доступно на <https://assets.hcch.net/upload/expl33e.pdf>, приступљено 03.04.2018
202. Outline Hague intercountry adoption, The Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption, January 2013, доступно на <https://assets.hcch.net/docs/e5960426-2d1b-4fe3-9384-f8849d51663d.pdf>,
203. Hague Conference on Private International Law, Globalisation and international mobility: habitual residence and the scope of the 1993 Convention, састављен од Сталног Бироа, припремни документ број 4. за Посебну комисију 2015, доступно на <https://assets.hcch.net/docs/d10d006d-0f68-4246-94a4-9f1d1b9e88b1.pdf>,
204. Hague Conference on Private International Law, Information Brochure, The 1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, Permanent Bureau, March 2017, доступно на <https://assets.hcch.net/docs/994654cc-a296-4299-bd3c-f70d63a5862a.pdf>,
205. Outline Hague intercountry adoption, The Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption, January 2013, доступно на <https://assets.hcch.net/docs/e5960426-2d1b-4fe3-9384-f8849d51663d.pdf>,

206. The Implementation and operation of the 1993 Hague intercountry adoption Convention: Guide to good practice, Guide No 1, 2008., доступно на https://assets.hcch.net/upload/adoguide_e.pdf.
207. Taiwan legalizes same-sex marriage in historic first for Asia, <https://edition.cnn.com/2019/05/17/asia/taiwan-same-sex-marriage-intl/index.html>
208. Information guide for citizens regarding procedures established by the civil union law, Ministry of Interior, 2016, 3, доступно на: [http://www.moi.gov.cy/MOI/moi.nsf/0/E0FCB722CC_73BB8FC2257F470_026E71C/\\$file/01-INFORMATION%20GUIDE%20FOR%20CITIZENS.pdf](http://www.moi.gov.cy/MOI/moi.nsf/0/E0FCB722CC_73BB8FC2257F470_026E71C/$file/01-INFORMATION%20GUIDE%20FOR%20CITIZENS.pdf)
209. Пресуда *Obergefell v. Hodges*, доступно на http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf
210. Образложење Нацрта Закона о међународном приватном праву, доступно на <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>
211. Ђорђевић, С., Примена међународног приватног права у јавнобележничкој пракси (кратка упутства и објашњења), доступно на http://www.beleznik.org/images/pdf/obavestenje/uputstvo_za_primenu_mpp_u_jb_praksi.pdf
212. Извештај о објашњењима Протокола од 23.11.2007. о праву меродавном за обавезе издржавања, састављен од Андреа Бономија (Andrea Bonomi), Стални биро Хашке Конференције, доступно на <https://assets.hcch.net/docs/9975314d-3097-41e3-91b8-f5913d14ffb7.pdf>
213. Van Loon, Hans, Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption, *The International Journal of Children's Rights* 3 : 463-468, 1995, доступно на http://www.iss-ssi.org/2007/Resource_Centre/Tronc_CI/thcvloon.pdf

Закони и подзаконски акти Републике Србије:

214. Устав Републике Србије (Службени гласник РС, број 98/2006)
215. Породични Закон Републике Србије (Службени гласник РС, број 18/2005 и 72/2011 – др. закон)
216. Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских Заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране („Сл. Гласник РС“ –Међународни уговори, бр. 83/2008)
217. Закон о забрани дискриминације (“Службени гласник РС“, број 22/2009)
218. Закон о матичним књигама (Сл. гласник РС, број 20/2009, 145/2014 и 47/2018)
219. Закона о наслеђивању („Службени гласник РС“, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015)
220. Закон о ратификацији међународног пакта о грађанским и политичким правима („Службени гласник СФРЈ“, бр. 7/71).
221. Закон о легализацији исправа у међународном промету (Сл. лист СФРЈ, бр. 6/73 и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља)

222. Законом о парничном поступку (Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020)
223. Закон о потврђивању протокола о меродавном праву за обавезе издржавања (Сл. гласник РС – Међународни уговори, 1/2013)
224. Законом о потврђивању Конвенције о заштити и сарадњи у области међународног усвојења, "Службени гласник РС - Међународни уговори", број 12/13 од 31.10.2013. године
225. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (Сл. лист СФРЈ", бр. 43/82 и 72/82 – испр. "Сл. лист СРЈ", бр. 46/96 и "Сл. гласник РС", бр. 46/2006 - др. закон.)
226. Закон о извршењу и обезбеђењу (Сл. гласник РС, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019)
227. Закон о ванпарничном поступку (Сл. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС“, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон)
228. Уредба о ратификацији Конвенције о укидању потребе легализације страних јавних исправа (Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми, број 10/62)
229. Уредба о ратификацији Конвенције о грађанском поступку („Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми“, број 6/62)
230. Уговор о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима између СФРЈ и ДНР Алжир из 1982, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 2/1981.
231. Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске из 1956, Службени лист ФНРЈ-додатак број 1/1957
232. Уговор о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима између СФР Југославије и Републике Кипар из 1984, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 2/1986
233. Уговор са Мађарском о узајамном правном саобраћају између СФРЈ Југославије и НР Мађарске из 1986 године, са изменама и допунама из 1986 године, Службени лист СФРЈ-додатак број 3/1968; измене и допуне-Службени лист СФРЈ СФРЈ-Међународни уговори, број 1/1987
234. Уговор са Монголијом о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Монголске Народне Републике из 1981, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 7/1982
235. Уговор са Пољском о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНРЈ Југославије и НР Пољске из 1960 године, Службени лист ФНРЈ-додатак број 5/1963,
236. Уговор са Румунијом о правној помоћи између ФНРЈ Југославије и Румунске народне Републике из 1960. године, Службени лист ФНРЈ-додатак број 8/1961
237. Уговор са Русијом о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између ФНРЈ Југославије и СССР-а из 1962 године, Службени лист ФНРЈ-додатак, број 5/1963

238. Уговор са Словачком о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке СР из 1964 године и Уговор са Чешком о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФРЈ Југославије и Чехословачке СР из 1964 године, Службени лист СФРЈ-додатак, број 13/1964
239. Споразум са Аустријом о узајамном признавању и извршењу одлука о издржавању између ФНРЈ Југославије и Републике Аустрије из 1961.године, Службени лист СФРЈ, број 2/1963
240. Конвенција са Белгијом о признавању и извршењу судских одлука о издржавању између СФРЈ Југославије и Краљевине Белгије из 1973 године, Службени лист СФРЈ-додатак, број 45/1976
241. Споразум са Грчком о узајамном признавању и извршењу страних судских одлука између ФНРЈ Југославије и Краљевине Грчке из 1959 године, Службени лист ФНРЈ-додатак, број 6/1960,
242. Конвенција са Француском о признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима између Владе СФР Југославије и Владе Републике Француске из 1971. године, Службени лист СФРЈ-додатак број 7/1972,

Уредбе и акти права ЕУ:

243. Директива Савета 2000/78/ЕЗ од 27. Новембра 2000, објављена у Службеном листу Европских заједница L 303/16 од 2.12.2000.
244. Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, Brussels, 16.03.2011, COM (2011) 126 final, 2011/0059 (CSN)
245. Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, Brussels, 16.03.2011, COM (2011) 127 final, 2011/0060 (CSN)
246. Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183, 8.7.2016, p. 1–29, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1496063203482&uri=CELEX:32016R1103>,
247. Council regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, Службени лист Европске Уније, број OJ L 183, 8.7.2016.
248. Уговор о функционисању Европске Уније, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016ME/TXT&from=HR>
249. Уредба Савета број 2201/2003 од 27.11.2003. године у области надлежности и признања и извршења судских одлука у брачним споровима и у стварима повезаним са родитељском одговорношћу, којом се мења Уредба број 1347/2000 (Брисел IIa; Службени лист ЕУ број L 338/1 од 23.12.2003.)

250. Уредба ЕУ број 1259/2010 од 20.12.2010. године о успостављању појачане сарадње у области избора меродавног права за развод и раставу брака (Рим III; ОЈ L 343, 29.12.2010, р. 10–16)
251. Уредба ЕУ 650/2012 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и аутентичних исправа у материји наслеђивања и о Европском сертификату о наслеђу (Сл. лист 2012, L 201/107).

Остали међународни извори

252. Хашки Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године
253. Хашка Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења из 1993. године
254. Европска Конвенција о људским правима из 1950. године
255. Конвенција о правима детета из 1989. године
256. Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године

Инострани закони

257. Canadian Marriage Act, (Канада)
258. Civil Union Act 2004 (NZ), (Нови Зеланд)
259. Dutch civil code, Book 1 Law of Persons and Family Law, (Холандија)
260. Холандски грађански законик, књига 4, доступно на <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm> (Холандија)
261. Закон од 19. маја 2011. године, Official Gazette 2011, 272. - Dutch Civil Code Book 10 – on the conflict of laws (19 may 2011), (Холандија)
262. The Constitution of the Kingdom of the Netherlands 2008, published by the Ministry of the Interior and Kingdom Relations, Constitutional Affairs and Legislation Division in collaboration with the Translation Department of the Ministry of Foreign Affairs (Холандија)
263. Закон о животном партнерству особа истог пола (НН 92/14, 98/19 (Хрватска))
264. Закон о наслијеђивању Републике Хрватске (НН 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19)
265. Обитељски закон Републике Хрватске (НН 103/15, 98/19)
266. Закона о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима (НН 53/91, 88/01, на снази до 28.01.2019. године)
267. Закон о међународном приватном праву Хрватске (НН 101/17)
268. Zakon o partnerski zvezi, Uradni list št. 33/2016 (Словенија)
269. Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, BGBl. 2017 I 2787 (Немачка)
270. Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (LPartG), Закон о регистрованом партнерству (Немачка)
271. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (ЗМПП Немачке)
272. Bürgerliches Gesetzbuch (Грађански законик Немачке)

273. Registered Partnership Act, Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt) vol. I, no. 135/2009 (Аустрија)
274. LEGGE 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. (GU n. 118 del 21-5-2016), (Италија)
275. LAW OF 16 JULY 2004 HOLDING THE CODE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, доступно на <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf> (Белгија)
276. Указ о проглашењу Закона о животном партнерству лица истога пола, број 01-1337/2 од 03.07.2020. године (Црна Гора)
277. Kooseluseadus, RT I, 16.10.2014, 1, (Registered Partnership Act) (Естонија)

Пресуде Европског Суда за људска права:

1. *Karner v. Austria*, представка број 40016/98, пресуда од 24.07.2003., правноснажна 24.10.2003. године
2. *Schalk and Kopf v. Austria*, представка број 30141/04, пресуда од 24.06.2010, правноснажна 22.11.2010.
3. *Vallianatos and Others v. Greece*, представке број 29381/09 и 32684/09, пресуда од 07.11.2013.
4. *Oliari and Others v. Italy*, представке 18766/11 и 36030/11, пресуда од 21.07.2015., правноснажна 21.10.2015.
5. *Orlandi and Others v. Italy*, представке број 26431/12, 26742/12, 44057/12 и 60088/12, пресуда од 14.12.2017. године, правноснажна 14.03.2018. године
6. *Fretté v. France*, представка број 36515/97, пресуда од 26.02.2002., правноснажна 26.05.2002.
7. *E. B. v. France*, представка број. 43546/02, пресуда од 22.01.2008.
8. *Gas and Dubois v. France*, представка број 25951/07, пресуда од 15.03.2012., правноснажна 15.06.2012.
9. *X. and Others v. Austria*, представка број 19010/07, пресуда од 19.02.2013.
10. *Saccoccia v. Austria*, представка број 69917/01, пресуда је од 18.12.2008., правноснажна 04.05.2009. године
11. *Négrépontis-Giannisis v. Greece*, представка број 56759/08, од 03.05.2011., правноснажна 28.11.2011.
12. *Wagner and J.M.W.L. v. Luxemburg*, представка број 76240/01, пресуда од 28.06.2007., правноснажна од 28.09.2007.

Интернет сајтови

1. <http://laws-lois.justice.gc.ca> (Влада Канаде),
2. <http://www.dutchcivillaw.com> (Холандско грађанско право),
3. <http://www.government.se>,
4. <http://www.legislation.gov.uk> (УК),
5. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=> (претраживање пресуда Европског суда за људска права),

6. <https://www.hcch.net/> (Хашка Конференција за међународно приватно право),
7. <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html> (EUR-lex),
8. <https://www.gesetze-im-internet.de/index.html> (претрага немачких прописа).

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Мина Павловић (дев. Станчић) рођена је 06.11.1988. године у Крагујевцу, где је завршила основну и средњу школу са одличним успехом. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу завршила је 2012. године. Све испите предвиђене наставним планом и програмом положила је са просечном оценом 9,77 (девет и 77/100) и проглашена за студента генерације.

После завршетка основних академских студија засновала је радни однос у адвокатској канцеларији „Владимир Јанковић“ у Крагујевцу, као адвокатски приправник (од 2012. до 2014. године). У септембру 2014. године је положила правосудни испит, а у марту 2015. године и адвокатски испит. Од 01.10.2014. до 30.09.2016. године била је ангажована као сарадник у настави на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, на ужој међународноприватноправној области (предмет Међународно приватно право). Од 01.10.2018. године изабрана је за асистента на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, на ужој међународноприватноправној области (предмет Међународно приватно право). На истом радном месту је и данас ангажована.

Период од 01.10.2016. до 30.09.2017. године провела је на Правном факултету Универзитета у Пасау, СР Немачка, као стипендиста Баварског високошколског центра за централну, источну и југоисточну Европу „Bayhost“. Супервизор истраживања био је проф. др Денис Соломон (Dennis Solomon), са Правног факултета Универзитета у Пасау (руководилац Катедре за грађанско право, међународно приватно право и упоредно право).

Докторске академске студије је похађала на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу на ужој међународноприватноправној научној области, које је уписала 2012/2013. године. Као стипендиста је на Макс Планк Института за упоредно и међународно приватно право у Хамбургу (*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*) провела период од три месеца (од 01.07.2018. до 30.09.2018. године).

Добро познаје рад у Windows оперативном систему и MS Office софтверском пакету, као програме за претраживање правних база података (*Paragraf Lex, Intermex* и других). Поседује одлично знање (говор, читање и писање) енглеског и немачког језика.

Написала је и објавила више научних радова и учествовала и излагала на више научних конференција из области Међународног приватног права.

ИЗЈАВА АУТОРА О ОРИГИНАЛНОСТИ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ

Ја, Мина Павловић, изјављујем да докторска дисертација под насловом:

ИСТОПОЛНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ЖИВОТА У МЕЂУНАРОДНОМ
ПРИВАТНОМ ПРАВУ

која је одбрањена на Правном факултету
Универзитета у Крагујевцу представља *оригинално ауторско дело* настало као резултат *сопственог истраживачког рада*.

Овом Изјавом такође потврђујем:

- да сам *једини аутор* наведене докторске дисертације,
- да у наведеној докторској дисертацији *нисам извршио/ла повреду* ауторског нити другог права интелектуалне својине других лица,
- да умножени примерак докторске дисертације у штампаној и електронској форми у чијем се прилогу налази ова Изјава садржи докторску дисертацију истоветну одбрањеној докторској дисертацији.

У Крагујевцу, 19.7.2021. године,



потпис аутора

ИЗЈАВА АУТОРА О ИСКОРИШЋАВАЊУ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ

Ја, Мина Павловић

дозвољавам

не дозвољавам

Универзитетској библиотеци у Крагујевцу да начини два трајна умножена примерка у електронској форми докторске дисертације под насловом:

ИСТОПОЛНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ЖИВОТА У МЕЂУНАРОДНОМ
ПРИВАТНОМ ПРАВУ

која је одбрањена на Правном факултету

Универзитета у Крагујевцу, и то у целини, као и да по један примерак тако умножене докторске дисертације учини трајно доступним јавности путем дигиталног репозиторијума Универзитета у Крагујевцу и централног репозиторијума надлежног министарства, тако да припадници јавности могу начинити трајне умножене примерке у електронској форми наведене докторске дисертације путем *преузимања*.

Овом Изјавом такође

дозвољавам

не дозвољавам¹

¹ Уколико аутор изабере да не дозволи припадницима јавности да тако доступну докторску дисертацију користе под условима утврђеним једном од *Creative Commons* лиценци, то не искључује право припадника јавности да наведену докторску дисертацију користе у складу са одредбама Закона о ауторском и сродним правима.

припадницима јавности да тако доступну докторску дисертацију користе под условима утврђеним једном од следећих *Creative Commons* лиценци:

- 1) Ауторство
- 2) Ауторство - делити под истим условима
- 3) Ауторство - без прерада
- 4) Ауторство - некомерцијално
- 5) Ауторство - некомерцијално - делити под истим условима
- 6) Ауторство - некомерцијално - без прерада²

У Крагујевцу _____, 19.7.2021. године,



потпис аутора

² Молимо ауторе који су изабрали да дозволе припадницима јавности да тако доступну докторску дисертацију користе под условима утврђеним једном од *Creative Commons* лиценци да заокруже једну од понуђених лиценци. Детаљан садржај наведених лиценци доступан је на: <http://creativecommons.org.rs/>