

Сандра Самарџић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

ПРАВА ИСТОПОЛНИХ ПАРТНЕРА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И СРБИЈИ У ОБЛАСТИ БРАЧНОГ ПРАВА¹

Сажетак: Рад настоји да прикаже историјски њуџ који су, у области права истополних партнера, ирешле поједине европске државе, али и њуџ којим се креџао сџав Европској суда за људска права по овом иџишању, као моџуће моделе који би у виду захџева у процесу иридруживања моџли биџи посџављени и иред Србију. Даџи је и ириказ законских решења одређених држава Европске уније и ананализирано је иџишање да ли су иредложена решења ирихвалџива и да ли моџу нанети поџенцијалну иџиешу о којој у овом моменџу заџговорници истополних бракова не размишљају.

Кључне речи: брак, регистровано партнерство, истополне заједнице, истополни бракови.

1. Увод

Брак је дуго представљао централни део породичног права. Услови за закључење, дејства, престанак и правне последице престанка брака, биле су теме коју су одувек привлачиле ауторе. Данас, чини се да је родитељско, односно дечје право, заузело водеће место, док је брак престао бити толико значајан институт у истраживањима.

Овакво стање узроковано је чињеницом да брак више не представља посебност којој сви, или макар већина, тежи. Можемо рећи да је брак као институција, данас веома угрожен, а издвојили бисмо две чињенице које, чини се, томе највише доприносе. Најпре, то је појава проширења дефиниције самог брака, која и закључење, али и престанак брака, третира мање формално, па самим тим изузетност овог института се доводи у питање.

¹Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета у Новом Саду „Теоријски и практични проблеми у стварању и примени права (ЕУ и Србија)“.

Са друге стране, све је више законодавстава која и лицима која живе у ванбрачној заједници признају иста права као и брачним партнерима. Парови се данас врло често одлучују за заједнички живот без формалности које брак захтева, уживајући при том иста права као и брачни партнери. Такође, поред ванбрачне заједнице, многа законодавства дозвољавају хетеросексуалним партнерима регистрацију партнерства, које је готово у свему, изједначено са браком. Све ово отежава одржавање специфичног статуса који је брак некада имао.

Каква ће будућност брака бити, остаје да се види, али се не могу занемарити три кључне чињенице када размишљамо о том питању. Пре свега, просек година старости приликом ступања у брак се повећава, затим, постаје уобичајено да парови одређено време пре ступања у брак живе заједно и на крају, вероватноћа да ће се брак завршити разводом расте последњих година.²

Репродуктивна функција брака такође, не представља више нужно елемент којим дефинишемо брак, с обзиром да постоји велики број хетеросексуалних бракова без деце, и са друге стране велики број хомосексуалних веза у којој постоје деца, било да су то деца из претходног брака, усвојена деца или деца зачета уз помоћ неке од метода асистираних репродукције.³ Данас је, више него икад раније, потпуно прихватљиво бити сам, без партнера, као што је прихватљив и живот у ванбрачној заједници.

Оно што још можемо да запазимо то је тренд смањивања броја закључених бракова. У периоду од 2002. до 2012. године, у Републици Србији број склопљених бракова је у благом опадању. У 2011. години је склопљено 4,9 бракова на 1000 становника, што је мање у односу на број бракова у пописној 2002. години, када је склопљено 5,6 бракова на 1000 становника.⁴ Исти тренд приметан је и у државама Европске уније.⁵

Међутим, и поред наведених чињеница и података, не можемо занемарити чињеницу да симболична природа брака, као слике онога што представља идеалну породицу, и даље игра значајну улогу. Управо је то можда разлог што представници истополних заједница све гласније за себе захтевају признавање права на закључење брака. Не можемо а да не приметимо да се овом захтеву све више удовољава и да се број држава које ово право признају повећава. Захтеви представника истополних заједница

²Jonathan Herring, *Family Law*, fifth edition, 2011. p. 40.

³Baroness Ruth Deech, *Same-Sex Unions and Marriage- Is There any Difference?*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, vol. 1, 2011.

⁴Статистички годишњак Републике Србије, 2012, Републички завод за статистику, Београд.

⁵Тако је у УК забележен пад од 40% у броју склопљених бракова између 1972 и 2008. године. Jonathan Herring, *op.cit.*, p. 40.

све су присутнији и крећу се најпре према праву на склапање брака, али коначно ка праву на усвајање деце, односно могућности приступа различитим техникама асистираних репродукције, укључујући и право коришћења сурогат мајки.

Напоследку, не можемо, а да се не запитамо, да ли је захтев за склапање истополних бракова, као нешто чему се тежи у циљу изједначавања, оправдан, имајући у виду две чињенице. Најпре, чини се да је право на склапање брака, далеко мање битно, ако се у обзир узму нека друга људска права за која се вреди борити. И друго, реални недостатак често употребљаваног аргумента, да велика већина хомосексуално оријентисаних лица, заиста жели ово право.⁶

2. Развојни пут права истополних партнера

Право на склапање брака између истополних партнера постало је актуелно последњих година, али тај пут је започет давно. Наиме, још 1973. године је у шведском парламенту дискутовано о предлогу да се укине брак у корист регистроване кохабитације која би била доступна свим паровима. Иако је предлог одбијен, изнет је став да је кохабитација два лица истог пола, са становишта друштва, сасвим прихватљив облик породичне заједнице.⁷ Први законски акт у вези са правима хомосексуалаца био је холандски закон о ренти из 1979. године. Овим законом било је предвиђено да у ситуацији где је само један партнер имао статус закупца, након две године живота у заједничком домаћинству, оба лица добијала су статус закупца. Чак и пре овог закона, имиграциона пракса, односно правила појединих земаља, укључујући ту Шведску и Холандију, још 1970. године издавале су боравишне дозволе партнерима својих држављана без обзира на пол.⁸

Упркос краху некада свете слике брака, истополни парови желе тај статус за себе, иако се можемо запитати да ли у циљу његовог реформисања, на чему су инсистирале многе феминисткиње или да би 'фантазију брака', како се до сада описивала, приуштили и себи.⁹

Постојали су, и сада постоје, аргументи за и против признавања права на склапање брака истополним партнерима. Присталице ове идеје тврде да се забраном признавања брака, али и решењем према којем им се признаје

⁶Rosemary Auchmuty, What's so special about marriage? The impact of *Wilkinson v Kitzinger*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol 20, No 4, 2008.

⁷Anna Singer, Equal Treatment of Same-sex Couples in Sweden, *The International Survey of Family Law 2010 Edition*, p. 393-399.

⁸Kees Waaldijk, Others May Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage for Same-Sex Couples in European Countries, *Judicial Studies Institute Journal*, Vol. 5, pp. 104-127, Dublin, 2005.

⁹Baroness Ruth Deech, *op.cit.*, p. 3.

само право на регистрацију, шаље хомофобична порука. Тако је судија у једном јужноафричком случају *Home Affairs v Fourie*¹⁰ истакао да:

„Искључивање истополних партнера из права и обавеза, предвиђених за брачне парове, које је резултат старих истраживања јавног мњења, није мала непријатност, која ће нестати као јутарња роса. ... На тај начин појачава се схватање према којем се ова лица поимају као биолошка неправилност, као промашај или посрнула људска бића која се не уклапају у друштво и као таква, нису квалификовани да им буде пружена пуна морална подршка и поштовање коме тежи Устав ове земље. Тако се истиче да је њихова способност да воле, да буду предани и да прихвате одговорности, мање вредна него у случају хетеросексуалних партнера.“

Има наравно, и оних чија мишљења су дијаметрално супротна. Већином су овакви ставови засновани на религијским убеђењима. У екстремнијим изјавама, наводило се да забрана говора мржње као и исти третман хомосексуалних и хетеросексуалних парова, представља „културни геноцид“. Аутор Lynn Wardle један је од оних који свој став не заснива на религијским схватањима, али се такође противи овој идеји. Он сматра да:

„Заједница два лица супротног пола представља заједницу која има јединствену снагу и јединствену вредност за друштво. То је интеграција свих разлика које међу половима постоје – оних дубоких и суптилних, биолошких и културолошких, психолошких и генетских – повезаних са сексуалним идентитетом, које чине језгро и суштину самог брака. Као што су мушкарци и жене другачији, тако и заједница два мушкарца или две жене не може бити иста као заједница мушкарца и жене.“¹¹

Приклањајући се ставу присталица или противника истополних бракова, неминовно је да се ствари по питању њихових права крећу само узлазном путањом. Можемо рећи да у области права истополних партнера постоји одређен пут, који су неке државе у потпуности прешле, неке су на половини, а неке су тек на почетку или га чак нису ни започеле. Тај пут састоји се од неколико фаза, а почиње најпре декриминализацијом хомосексуалности. Следећи корак је признавање одређеног круга права овим лицима, затим пружање статуса сличног, али ипак различитог у односу на брак и на крају признавање права на склапање брака.¹² У складу са овим путем, можемо издвојити три основна концепта која државе предвиђају за лица истог пола. Наиме, како је већ напоменуто, најпре долази до призна-

¹⁰ *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005). <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html> (приступљено дана: 10.11. 2013. године.)

¹¹ Lynn Wardle, *The „End“ of Marriage*, *Family Court Review*, Vol. 44 No. 1, January 2006 45–59.

¹² Jonathan Herring, *op.cit.*, p. 75

вање одређених права, те се у том случају ради о концепту *de facto* грађанског партнерства, по коме се не захтева никаква форма за настанак овог облика партнерства. Затим, другу групу држава чине оне које овим лицима омогућавају склапање регистрованог партнерства¹³ и на крају неке државе признају највиши могући статус – право на склапање брака.¹⁴ Такође, неке државе дозвољавају постојање два концепта, на начин што је истополним партнерима омогућено да закључе и регистровано партнерство, које није укинута оног момента када им је дозвољено закључење брака. На основу доле наведене анализе појединих законодавстава, али и праксе Европског суда за људска права, чини се да у будућности можемо очекивати само већи број држава који ће им признавати право на склапање брака, односно да ће бити тешко задржати *status quo* у овој области.

3. Упоредноправни приказ

3.1. Нордијске државе

Пре више од две деценије, појавила су се прва законодавства која су признавала одређена права и лицима која се налазе у истополној заједници. Тако је Данска била прва држава на свету која је 1989. године донела Закон о регистрованом партнерству. Правне последице регистрованог партнерства биле су готово идентичне са браком. Изостала је могућност венчања у цркви, право на усвојење детета и право на заједничко старање над дететом. Сличан правац имале су и остале Нордијске земље.¹⁵ Иако је Данска била прва држава која је донела овакав закон, била је међу последњим која је дозволила склапање брака овим лицима.¹⁶

Иако је у Шведској истополни брак омогућен тек 2009. године, питање права хомосексуалних партнера актуелно је већ више од 30 година. Шведска је 2009. године унела измене у Закон о браку којим је дозволила

¹³У оквиру овог концепта, неке државе признају регистрованим партнерима сва права као и брачним, осим самог назива, док у другу групу спадају оне државе које за парове који су регистровали своје партнерство, предвиђају права и обавезе која се доста разликују од оних предвиђених за брачне partnere.

¹⁴Гордана Ковачек-Станић, Компарација различитих европских правних концепата о заједници лица истог пола, Европско законодавство, стр. 106-119, 2007.

¹⁵Пример Данске, следиле су и Норвешка која је Закон о регистрованом партнерству донела 1993., затим Шведска 1994., Гренланд и Исланд 1996. и Финска 2001. године.

¹⁶Још једино Гренланд и Финска нису омогућиле склапање истополног брака, али је Министарство правде у Финској предузело одређене припремне радње у циљу реформисања постојећег Закона о браку, али и у циљу омогућавања усвојења деце од стране лица истог пола. (Ingrid Lund-Andersen, *The Nordic Countries: Same Direction – Different Speeds, Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives*, Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (eds), p. 11, 2012.)

и лицима истог пола да закључе брак. Пре ових измена у закону се наводи-ло да: „Брак је закључен између мушкарца и жене. Двоје који су се венчали постају супружници.“ Изменама је уведена одредба у којој се наводи да Закон садржи одредбе о заједничком животу у браку: „Две особе које су међусобно закључиле брак постају супружници.“¹⁷ Јасно је видљиво да је из дефиниције изостављен пол лица која закључују брак, те је тако омогућен брак и лицима истог пола. Ова измена је међутим, само формална, с обзиром да је Закон о регистрованом партнерству из 1994. године (који је био намењен само лицима истог пола) давао партнерима иста права која је Закон о браку предвиђао за супружнике. Коначном изменом Закона о браку је дошло и до, за неке, главне измене, односно до финалног корака којим су истополне заједнице у Шведској доведене у исти правни положај као и хетеросексуални партнери.

Од 2009., односно 2010. године склапање истополног брака дозвољено је и у **Норвешкој** те на **Исланду**. Занимљиво је поменути пример Исланда где питање истополних бракова никада није сматрано контроверзним. Закон је у Парламенту усвојен једногласно, одмах је ступио на снагу, а истог дана је и премијерка Исланда закључила брак са својом партнерком.

Све нордијске државе су омогућиле регистрованим партнерима да конвертују свој статус везе у брак и истовремено ускратиле, до тада постојећу, могућност регистрања истополних партнерстава.

Поред нордијских земаља, већина држава Европске уније, унеле су у своје законодавство одређена права за лица истог пола. Изузетак су државе источне и југоисточне Европе, које махом, још немају такво законодавство.

3.2. Државе западне Европе

Нордијске државе одавно представљају синоним за поштовање људских права, односно права мањина, тако да не чуди чињеница да су махом готово све ове државе, дозволиле склапање истополних бракова. Али сличан тренд увелико је присутан и у осталим деловима Европе. Државе које географски припадају западној Европи, такође су учиниле велике помаке. Прва држава на свету која је дозволила склапање брака истополним партнерима била је **Холандија**. Закон је донет 2001. године, а убрзо после ње то је учинила и **Белгија** 2003. године.

У **Уједињеном Краљевству** дуго је цитирана чувена дефиниција брака из случаја *Hyde v Hyde and Woodhouse*¹⁸ према којој је: „Брак добровољ-

¹⁷Anna Singer, *op. cit.*, p. 393.

¹⁸Hyde v. Hyde and Woodman see [L.R.] 1 P. & D. 130, <http://www.uniset.ca/other/th/LR1PD130.html> (приступљено дана: 5.11. 2013. године.)

на, доживотна заједница живота једног мушкарца и једне жене уз искључење свих осталих“. Ово се можда ипак пре могло схватити као идеал него као права дефиниција, с обзиром да су промене у области породичног права, односно породичног живота, довеле до тога да већ дуго ниједан део ове дефиниције не представља реалност у области брачног права Уједињеног Краљевства.¹⁹ Наиме, брак је „дживотна“ институција, али само до момента док неки од супружника не искористи право на развод. Такође, и „искључење свих осталих“ не може се безусловно прихватити, с обзиром да не доводи свака прељуба нужно и до развода. Чак се и добровољност, као карактеристика брака може довести у питање, с обзиром да је сада и ванбрачна заједница два лица супротног пола, која је такође заснована на добровољности, правно регулисана.²⁰ Данас и последњи елемент ове дефиниције, који се најдуже одржао - да се ради о заједници једног мушкарца и једне жене, не представља важећу законску дефиницију. Наиме, ове 2013. године у јулу, донет је закон којим је истополним партнерима признато право на склапање брака.²¹ Пре доношења овог закона, на снази је био Закон о цивилном партнерству који је ступио на снагу 2005. године. Овим законом, истополним партнерима призната су била готова сва права која су имали и супружници. Како су неки аутори описали, регистровано партнерство јесте право на склапање брака, али без формалног назива.²² Једино је брак могао бити поништен на основу неконзумирања или у случају да супружник пати од заразне полне болести, а у Шкотској, брак је ништав на основу неизлечиве импотенције. Закон који је донет и који сада пружа могућност склапања брака, ипак садржи неке разлике у односу на хетеросексуални брачни пар. Наиме, прељуба подразумева само однос два лица супротног пола, неконзумирање не може бити разлог за развод истополног брака и не може се примењивати претпоставка *pater est*.

Поред Уједињеног Краљевства, и **Француска** је ове године, после дугих расправа и протеста становништва, дозволила склапање истополних бракова, и истом приликом овим лицима признато је и право на усвојење деце.

У **Луксембургу** још увек није донет закон, али је израђен пројекат којим се настоји реформисати одредбе о браку и усвојењу.

Ирска је 2010. године донела Закон о цивилном партнерству, који се односи само на лица истог пола.

¹⁹Baroness Ruth Deech, *op.cit.*, p. 2.

²⁰*Ibidem*.

²¹Закон се односи на Енглеску и Велс. У Шкотској је закон ушао у парламентарну процедуру, док је у Северној Ирској истакнуто да не постоји намера да се такав закон донесе.

²²Welstead, *Reshaping Marriage and the Family – the Gender recognition Act 2004 and the Civil Partnership Act 2004*, in: *The International Survey of Family Law 2006 Edition*, p. 195-197.

3.3. Државе централне и источне Европе

Што се тиче држава централне Европе, можемо приметити да овде постоји највећи отпор у погледу признања одређених права истополним партнерима. Изузетак су, Немачка и које имају либералнија законодавства, али ипак ниједна од њих не дозвољава склапање брака. У већини држава о правима хомосексуалаца тек почиње да се дискутује. Тако рецимо, једино Мађарска, Чешка, Хрватска и Словенија имају одговарајуће законе, док Естонија, Летонија, Литванија, Пољска, Румунија и Словачка немају специјалне одредбе, али се истополни партнери у неким случајевима, могу позвати на одредбе које гарантују одређена права „лицима која су блиска“, а које нису ограничене само на лица у сродству²³.

У Словенији је 2006. године донет *Закон о регистрацији истополне партнерске скупности*. Закон дефинише регистровано партнерство као заједницу између две жене или два мушкарца који су регистровани код надлежног органа и где макар један од партнера мора бити држављанин Словеније.²⁴ Овај закон се превасходно односи на регулисање имовинских односа између истополних партнера, док је питање наслеђивања изостало. Међутим, Уставни суд Словеније 2009. године, прогласио је неуставном забрану међусобног наслеђивања истополних регистрованих партнера.

Између осталих права, истополни партнери, имају право на издржавање, право на стицање заједничке имовине, право да уговором регулишу имовинске односе у регистрованом партнерству, право да добију информације о здрављу свог партнера, као и да га посећују у здравственој установи и, од 2009. године, имали су право на наслеђивање дела заједничке имовине. Међутим и та одредба је касније проглашена неуставном, па је истополним регистрованим партнерима дозвољено да се наслеђују на исти начин као и лица која се налазе у браку. Последњи корак, учињен је почетком 2013. године, када је Уставни суд прогласио неуставним Закон о наслеђивању који не предвиђа право на наслеђивање умрлог партнера у *дуготрајнијим заједницама* особа истог пола, какво имају хетеросексуални партнери у ванбрачној заједници. На тај начин, истополни партнери су у погледу наслеђивања, у потпуности изједначени са лицима различитог пола.

Почетком 2012. године у Словенији је организован и референдум где су се грађани изјашњавали о предлогу Породичног закона којим је, између

²³ Monika Jagielska, Eastern European Countries: From Penalisation to Cohabitation or Further?, Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives, Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (eds), p. 64, 2012.

²⁴ Видети члан 1 и 2 Закона о регистрацији истополне партнерске скупности, Урадни лист РС, шт. 65/2005.

осталог, било предвиђено да хомосексуални парови добију право да усвајају децу, односно усвојење би, како је било предвиђено законом, било могуће само у ситуацији када је један од партнера раније био у хетеросексуалној вези из које има своје биолошко дете. Тада би други партнер могао да усвоји то дете, док истополни партнери без биолошког потомства не би могли да усвоје туђе дете. Предложене промене, међутим, нису подржане на овом референдуму.

Што се тиче **Хрватске**, још 2003. године донет је *Закон о истополним заједницама*, којим је предвиђен концепт *de facto* истополне ванбрачне заједнице.²⁵ Према наведеном закону истополна заједница, је животна заједница две особе истог пола које нису у браку, ванбрачној или другој истополној заједници, а која траје најмање три године.²⁶ Правна дејства истополне заједнице су право на издржавање и право на стицање и уређивање међусобних односа у вези имовине и право на узајамно помагање. У Хрватској је почетком децембра 2013. године, такође организован референдум, на којем су се грађани изјашњавали да ли су за то да се у Устав унесе одредба по којој је брак животна заједница мушкарца и жене. Резултати су показали да је око 65% изашлих гласача било за, а око 33% је било против. На тај начин, онемогућено је увођење истополних бракова, али је Влада Хрватске најавила да ће ускоро у скупштинску процедуру упутити Закон о животном партнерству који би, како је објашњено, мањинским групама требало да обезбеди права која никог другог не угрожавају. Према поменутом закону, хомосексуални парови моћи ће да склапају бракове код матичара, само што се та заједница неће звати брак већ животно партнерство. Они ће имати иста права као и да су у браку с тим што неће моћи да усвајају децу, али ће моћи да им буду старатељи.²⁷

Аустрија и Немачка поседују систем који истополним партнерима, у односу на хетеросексуалне, пружају такозвану „одвојену, али исту“ заштиту.²⁸ Један од разлога, који објашњава овакав приступ, је страх од уставних промена до којих би неминовно морало доћи уколико би лицима истог по-

²⁵ Гордана Ковачек-Станић, *Породично право: партнерско, дечје и старатељско право*, Нови Сад, 2009, стр. 202.

²⁶ Видети Закон о истополним заједницама (Народне Новине, бр. 116/03).

²⁷ <http://www.tanjug.rs/novosti/108351/zakon-o-zivotnom-partnerstvu-ubrzo-u-saboru.htm> (приступљено дана 6.12. 2013.)

²⁸ Поред Аустрије и Немачке, овакав систем присутан је и у Холандији, где након увођења права на склапање брака, није укинута и могућност регистравања партнерства која је постојала раније, те тако данас у овој држави постоји тзв. плуралистички систем. Видети више о томе у: Frederik Swennen and Sven Eggermont, *Same-Sex Couples in Central Europe: Hop, Step and Jump, Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives*, Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (eds), p. 23, 2012.

ла било дозвољено склапање брака. Сматра се наиме, да уставни прећутно забрањују увођење истополних бракова, јер само хетеросексуални бракови заслужују заштиту државе.²⁹

Одређене разлике, у односу на брак, ипак постоје. Ни у једној држави није дозвољена диспенсација у погледу минималног узраста за регистрацију партнерства. Такође, у Немачкој, за лица која се налазе у регистрованом партнерству, не постоји обавеза формирања заједнице живота, укључујући ту и сексуалне односе. У Аустрији не постоји обавеза верности, а прељуба не представља основ за престанак регистрованог партнерства. У случају ништавог брака, у Аустрији, поступак може да покрене само јавни тужилац, док када се ради о ништавом партнерству, то могу да учине и сами партнери. Такође, суд мора да раскине регистровано партнерство у случају када су лица била раздвојена више од три године, док је у случају брака, дужан да супружнике разведе тек када се ради о раздвојености дужи од 6 година.

Када говоримо о **Србији**, све до изгласавања законских промена у оквиру кривичног закона, хомосексуалност је представљала кривично дело. Законодавац је 1994. године декриминализовао хомосексуалност у Србији, али је законска граница за ступање у сексуалне односе за истополне парове била 18 година, док је за хетеросексуалне парове граница била 14. Ова разлика је избрисана 2006. године када је на снагу ступио данас важећи Кривични законик.³⁰ Тренутно, истополним партнерима нису призната никаква права у области брачног, односно партнерског права. У Србији преовладава генерално негативан став о лицима хомосексуалне оријентације, што може бити последица утицаја религије, доминантног схватања да је традиционална породица најприхватљивији облик породице, али и чињенице да се наша држава суочава са доста проблема због којих јавност сматра да се треба бавити важнијим питањима. Међутим, посматрајући развој осталих држава Европе, чини се неизбежним да се у ближој или даљој будућности посветимо овом питању, односно његовом законском регулисању.

Ове године, у Србији је припремљен и Модел закона о регистрованим истополним заједницама.³¹ Одредбе овог модела готово у потпуности изједначавају хомосексуалне и хетеросексуалне partnere. За partnere који живе у вишегодишњој заједници, предвиђено је право да се међусобно издржава-

²⁹ *Ibidem*, p. 25

³⁰ Кривични законик ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009 и 121/2012).

³¹ Модел закона о регистрованим истополним заједницама приредиле су партнерске организације - Центар за унапређење правних студија и Лабрис – Организација за лезбијска људска права у сарадњи са АИРЕ центром из Лондона. Модел закона је настао са циљем отварања дијалога о будућим законским решењима везаним за обезбеђивање пуне једнакости ЛГБТ заједнице у сфери породичних односа.

ју, да стичу заједничку имовину, наслеђују, да у случају смрти уживају пензију или неку социјалну помоћ дотадашњег партнера, да могу једни друге да посећују у болници као чланови најуже породице и др. Модел закона не предвиђа могућност усвајања деце. Такође, у моделу закона се наводи да ће се на сва питања која се тичу издржавња, имовинских односа, престанка регистрованог партнерства, а која нису уређена овим моделом, примењивати одредбе Породичног закона, односно, одредбе Закона о парничном поступку. Како сада ствари стоје, за овакав корак је још увек рано, а чини се да ће бити потребно доста времена да се свест и мишљење људи промени. Било би најприхватљивије кренути постепено и евентуално признати партнерима истог пола живот у ванбрачној заједници, али се задржати на имовинском и личноимовинском дејству, односно праву на издржавање.³² Регистрација партнерства, наслеђивање, а нарочито право на склапање брака, које касније неминовно води и ка праву на усвајање деце, са ове тачке гледишта, делују као неприхватљив корак, за који наше друштво још увек није спремно.

3.4. Државе јужне Европе

Што се тиче држава јужне Европе, издвојићемо Португал и Шпанију, с обзиром да законодавство Италије и Грчке³³ не признаје никаква права истополним партнерима.

Шпанија је 2005. године, после Холандије и Белгије, трећа земља која је дозволила склапање брака истополним партнерима.³⁴ Оно што је било изненађујуће, јесте чињеница да се ради о држави са доминантним утицајем католичке цркве. Противљење је било врло изражено, како унутар Парламента, тако и ван њега, међу становништвом. Сам закон донет је само на основу чињенице да је социјалистичка партија имала већину у Доњем дому (шпански посланички конгрес). Наиме, закон је изгласан у Доњем дому, али је у Горњем дому (Сенату), стављен вето на овај предлог, чиме је он враћен у Доњи дом, где је коначно изгласан са 187 гласова за и 147 против.³⁵ Међутим, убрзо након тога представник конзервативне Народне партије, поднео је захтев за испитивање законитости Уставном суду,

³² Гордана Ковачек-Станић, *op.cit.* стр. 119.

³³ Грчка тренутно не признаје никаква права истополним партнерима, међутим, ситуације би се ускоро могла променити имајући у виду пресуду Европског суда за људска права *Vallianatos and Others v. Greece*. Више о случају у одељку 4. Пракса европског суда за људска права.

³⁴ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, (“Boletín Oficial del Estado”, “BOE”).

³⁵ Cristina González Beilfuss, All or Nothing: The Dilemma of Southern Jurisdictions, Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives, Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (eds), p.41, 2012.

истичући да закон није у складу са уставним концептом брака.³⁶ Уставни суд је пресудом од новембра 2012. године подржао наведени закон којим је омогућено склапање истополних бракова.³⁷

Пет година после Шпаније, закон са истим решењем донео је и Португал. Као и у Шпанији и у Португалу је пред Уставни суд изнет исти захтев, с тим што је суд одлучио по овом питању, наводећи да Устав ове државе не спречава законску реформу, о којој ће се одлучивати у Парламенту у оквиру његове уобичајене законодавне надлежности.

Обе ове државе, пружају одређену заштиту и лицима која се налазе у ванбрачној заједници, без обзира да ли се ради о лицима истог или различитог пола. Наиме, пре него што су дозвољени бракови лицима истог пола, обе државе донеле су законе о ванбрачном партнерству. Решења предвиђена овим законима, разликују се од оних садржаних у законима о регистрованом партнерству, која се могу срести у осталим европским државама. Наиме, да би лица потпала под примену овог закона, није потребан никакав формални акт, већ само чињеница заједничког живота. У складу са наведеним, примена овог закона односи се на сва лица која испуњавају тај захтев, а не само на она лица која су добровољно пристала на то.

Највећа разлика између ове две државе је што Португал не дозвољава истополним партнерима усвајање деце, док таква могућност у Шпанији постоји.

³⁶Устав Шпаније, међутим, приликом дефинисања брака наводи да „мушкарци и жене имају право да закључе брак под истим условима“, чиме формално нису искључена и лица истог пола. (Cristina González Beilfuss, *All or Nothing: The Dilemma of Southern Jurisdictions*)

³⁷ Уставни суд је изнео занимљиво образложење приликом оцене уставности Закона 13/2005. Он је нагласио потребу да се гарантује потпуна једнакост у браку без обзира на сексуалну оријентацију имајући у виду одредбе Устава којима се штите достојанство и личност (члан 10, став 1). Даље, Суд се приликом тумачења уставног текста позвао на пример доктрине „живо дрво“ (*living tree*) канадског Врховног суда. Према Уставном суду Шпаније, члан 32, став 1, Устава имао је посебну историјску сврху 1978. године у успостављању правне једнакости између мушкараца и жена. Међутим, од тада је институција брака развијена у другачији, више либерални оквир. Као што је Суд истакао, еволуција друштвеног концепта брака и паралелно, законско признавање истополних бракова у великој већини европских правних поредака, доводи до потребе за измењеним тумачењем Устава Шпаније, које не сме бити „замрзнуто“ у времену. Користећи слично образложење, Суд је подржао и усвајање од стране истополних брачних парова, истичући да се усвајање мора обављати водећи се најбољим интересом детета, а не сексуалном оријентацијом родитеља.

На другом нивоу, ова пресуда је од историјског значаја због увођења канадске доктрине „живо дрво“ у Европску судску праксу. Иако је доктрина која истиче да су правни акти живи инструменти већ усвојена и примењивана од стране Европског суда у Стразбуру, овакав потез Уставног суда Шпаније, наглашава значај ове доктрине и за потребе националног правног поретка, доктрине која је у упоредном и међународном праву већ прихваћена за заштиту уставних права и слобода.

4. Пракса Европског суда за људска права

Став Европског суда за људска права у погледу права истополних партнера са једне стране и обавезе држава са друге, мењао се поступно, без неких већих осцилација, ослањајући се углавном на чињеницу да међу државама не постоји консензус о овом питању. Прва пресуда којом је овај Суд започео праксу признавања појединих права лицима хомосексуалне оријентације, била је *Smith and Grady v UK*.³⁸ У овом случају, Суд је истакао да је истрага, а потом и отпуштање четири подносиоца представке из Краљевске ратне морнарице, само на основу тога што су били хомосексуалне опредељености, представљало кршење члана 8 Конвенције, односно права на поштовање приватног и породичног живота. Суд се међутим, није упуштао у расправу о члану 14 Конвенције, тачније о забрани дискриминације по било ком основу.

Овај случај, као изразито контроверзан у то време, довео је до тога да Уједињено Краљевство измени Кодекс о оружаним снагама, тако што је из текста изостала хомосексуална оријентација као забрана за вршење дужности у Оружаним снагама Уједињеног Краљевства.

Чини се да се у досадашњој пракси суд више фокусирао на поједина права истополних партнера (која нису подразумевала право на склапање брака). Тако, у случају *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*³⁹ национални судови, забранили су подносиоцу представке да врши родитељско право након развода, због његове хомосексуалне опредељености и чињенице да живи са својим партнером. Европски суд истакао је да оваква одлука представља мешање у право подносиоца представке на поштовање породичног живота. Такође, суд је утврдио да је било разлике у поступању у погледу подносиоца представке и његове бивше супруге само због његове сексуалне опредељености, а таква разлика је дискриминаторна према члану 14 Конвенције и нема никакво објективно, разумно оправдање. Суд је на основу овога истакао да је у овом случају дошло до повреде члана 8 у вези са чланом 14 Конвенције.

Занимљива су и два случаја која су вођена против Француске, где се може приметити промена у размишљању Суда, а тицала су се права на усвојење деце од стране лица хомосексуалне оријентације. Наиме, 2002. године у случају *Frette v France*⁴⁰ подносилац представке био је човек хо-

³⁸Case of *Smith and Grady v. The United Kingdom* (Applications nos. 33985/96 and 33986/96) Judgment Strasbourg 27 September 1999 Final27/12/1999.

³⁹Case of *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, (Application no. 33290/96), Judgment, Strasbourg, 21 December 1999, Final, 21/03/2000.

⁴⁰Case of *Frette v. France* (Application no. 36515/97), Judgment, Strasbourg, 26 February 2002, Final, 26/05/2002.

мосексуалног опредељења (без партнера) који је поднео захтев за усвојење у Француској. Његов захтев је био одбијен, што је потврђено и у судским поступцима у Француској. Случај је изнет пред Европски суд за људска права, који је такође потврдио став домаћих судова. Суд је истакао да сврха усвојења није да се породицама обезбеди дете, веће да се деци обезбеди породица. У складу са тим држава има слободу да, водећи се искључиво најбољим интересом детета, одлучи ко је подобан да усвоји децу, а ко не. По мишљењу Суда, није било никакве сумње да је одлука да се захтев подносиоца одбије имала легитиман циљ, а то је заштита здравља и права деце која могу бити укључена у процедуру усвајања. Такође, истакнуто је да је различито поступање у односу на лица хетеросексуалне опредељености оправдано и пропорционално, имајући у виду поље слободне процене које је државама остављено у овој области. Још једном је истакнуто да не постоји европски консензус о томе да ли су лица хомосексуалне опредељености подобни да буду родитељи.

Шест година касније, сличан случај појавио се пред истим судом. Подносиатељка представке у случају *EB v France*⁴¹ била је овог пута жена, која је радила у вртићу, а којој је такође одбијено право да усвоји дете. Она се за поступак усвојења пријавила сама, без своје партнерке, из разлога што истополни партнери нису имали право да усвајају децу. Међутим, након што је одбијена пред свим домаћим инстанцама, обратила се Европском суду који је заузео неочекиван став. Наиме, истакнуто је да су домаћи органи одбили захтев за усвојење само због сексуалне опредељености подносиатељке и да то представља кршење Конвенције, тачније кршење члана 14 у вези са чланом 8. Суд је истакао квалитете подносиатељке представке, односно њено искуство у раду са децом, за разлику од случаја *Frette v France*, где се сматрало да је подносилац представке имао потешкоће у сагледавању практичних последица доласка детета. Од нарочитог значаја је случај *EB v France* јер је истакнуто да разлике у поступању које се заснивају само на сексуалној опредељености лица, представљају кршење Конвенције.

Чини се да Суд није превише одступао од својих ставова у погледу права истополних партнера. Наиме, Суд никада није истакао да постоји обавеза државе да дозволи склапање брака. Ово питање одувек је посматрано као питање које спада у поље слободне процене националног законодавца, тачније државе су биле слободне да је регулишу онако како сматрају да је адекватно приликама које у њој владају. Тако је и у скоријем случају *Schalk and Kopf v Austria*⁴² из 2010. године суд истакао да немогућ-

⁴¹Case of E.B. v. France (Application no. 43546/02) Judgment Strasbourg, 22 January 2008.

⁴²Case of Schalk and Kopf v. Austria, (Application No. 30141/04), Judgment, Strasbourg, 24 June 2010, Final, 22/11/2010

ност лица истог пола да закључе брак не представља повреду Конвенције. Наиме, истакнуто је да не постоји консензус међу државама у погледу овог питања, те се не може наметати оваква обавеза било којој држави. Подносиоци представке су такође тврдили да се однос између лица истог пола мора окарактерисати као породични живот и тиме се подвести под заштиту члана 8 Конвенције. Оно што представља новину у овом случају је управо прихватање овакве тврдње од стране Суда, те ово представља први случај у којем је однос два лица истог пола окарактерисан као породични, а не само приватни, како је то до тада била пракса. Подносиоци представке су се позивали и на однос Европске конвенције са осталим међународним документима, пре свега на Повељу о основним правима Европске уније, која у члану 9 не наводи да је брак однос између мушкарца и жене.⁴³ Међутим, за суд је од велике важности био обавезујући коментар ове Повеље, где се наводи да државе чланице могу саме да одлуче да ли ће дозволити склапање истополних бракова или не. У међувремену, Аустрија је донела Закон о регистрованом партнерству, а Суд је и у погледу тога, истакао да не постоји одговорност државе због тога што закон није донет раније.

Међутим, када се ради о обавези увођења права на регистрацију партнерства, важно је поменути случај *Vallianatos and Others v. Greece*. Наиме, у новембру 2013. године Велико веће је заузело став, да непризнавање права на регистрацију партнерства представља кршење члана 14 Конвенције (забрана дискриминације) у вези са чланом 8 (право на поштовање приватног и породичног живота). У овом случају прву представку поднела су два мушкарца која су живела заједно дуже времена. Другу представку поднела су још шесторица грчких држављана и једна непрофитна организација. У Грчкој је, наиме, 2008. године донет Закон о реформама које се односе на породицу, децу и друштво. Тим законом била је предвиђена могућност регистрације партнерства, али само за лица различитог пола. Подносиоци представке нису истицали генералну обавезу Грчке да обезбеди неки облик правног признања истополних веза. Они су се жалили на поменути Закон, који је увео могућност регистрованог партнерства, али који је био забрањен за лица истог пола. Суд је заузео став да искључивање истополних партнера нема никакав легитиман циљ и да је Конвенција жив инструмент који се мора тумачити у складу са тренутним околностима. Такође, истакнуто је да од 19 држава Савета Европе које у свом законодавству познају институт регистрованог партнерства, једино га Грчка и Литванија ограничавају на partnere различитог пола. На тај начин утврђен је став ве-

⁴³ Право на заснивање брака и право на оснивање породице јемчи се у складу са националним законима који уређују остваривање ових права.

ћине држава чланица, који је за Суд такође био од великог значаја. Имајући у виду наведену пресуду, можемо очекивати да и Грчка промени своје законодавство у погледу наведених питања.

5. Завршна разматрања

Дуг је пут који су лица хомосексуалне оријентације прешла, док нису стигли до тренутка када је почело да се расправља о њиховим правима, а негде чак да им се поједина права и законски признају. Можемо слободно рећи да је њихов положај значајно побољшан и да у скорој будућности можемо очекивати само кораке унапред. Међутим, ово питање и даље изазива доста контроверзи и приликом регулисања положаја истополних партнера морамо водити рачуна о великом броју фактора, односно о условима и ставовима који владају у једном друштву. Било би неозбиљно, па чак и опасно, доносити законе стихијски, непланирано о једном овако осетљивом питању. Као што је већ напоменуто, у Европској унији, али и шире, не постоји консензус по питању права која треба да буду додељена истополним партнерима. У држави као што је Исланд, било је сасвим очекивано, дозволити склапање брака овим лицима, с обзиром на велико одобравање од стране јавности. У државама у којима доминира црква, можемо запазити велико противљење од стране јавног мњења, што резултира тиме да нпр. у Италији истополним партнерима нису призната никаква права. Са друге стране, Шпанија, где је утицај католичанства изразито велик, била је међу првима која је дозволила склапање истополних бракова, али је то изазвало велики револт народа. Исти резултат настао је и у Француској где је закон изгласан само на основу политичке заступљености одређене партије у Парламенту. Сматрамо да такви приступи нису добри и да се у оваквим случајевима мора ићи корак по корак, уважавајући и ставове већине. Поред тога, и са статистичким подацима, са друге стране, треба бити нарочито опрезан. Интересантно је напоменути резултате различитих истраживања о ставу већине по питању истополних бракова.

Наиме, у истраживању Еуробарометра из 2006. наводи се да се 46 одсто испитаника сложило да треба дозволити хомосексуалне бракове у целој Европи, док се 45 одсто слаже са тим. Такође 2009. Године, Популус је спровео анкету према којој се 61 одсто испитаника сложило у извесној мери са изјавом: "Истополни парови треба да имају једнако право да се венчају, а не само да закључе регистровано партнерство." Око 33 одсто, се није сложило са овом изјавом. У скороје време, YouGov, је спровео сличну анкету у октобру 2011. године која је дала идентичне резултате онима у истраживању Еуробарометра: 46 одсто испитаника сматра да истополним

паровима треба да буде дозвољено склапање брака, док је 45 одсто било против.⁴⁴

Наведени резултати сведоче само о томе, да подаци који се јавно објављују, представљају резултат интерпретације оног истраживања које конкретној групи највише одговара. Имајући то у виду, приликом евентуалног регулисања овог питања у Србији, став већине мора бити утврђен на недвосмислен начин и како је напоменуто, кренути најпре од права на издржавање и имовинских права.⁴⁵ Сваки други пут, био би преурањен и неадекватан у тренутним условима.

На крају, можемо се запитати и да ли овакав пут и овакви захтеви имају и своју лошу страну. Представљање брака као института који је пожељан и важан сам по себи, може поново оживети конзервативне идеје о примату брака и инфериорности свих осталих облика породице, водећи ка прошлости и данима када су они изван ове привилеговане институције – лица без партнера, разведени, самохрани родитељи – били критиковани, па чак посматрани и као патолошке појаве. У тренутку када је живети ван брака лакше него икад пре, чини се да улагање оволике енергије и трошкова у овом смеру, у најбољем случају представља расипање, а у најгорем, делује потпуно контрапродуктивно.⁴⁶

⁴⁴ http://fullfact.org/factchecks/gay_marriage_civil_partnerships_public_support-3335 (приступљено дана: 10.11. 2013. године.)

⁴⁵Гордана Ковачек-Станић, *op.cit.* стр. 119.

⁴⁶Rosemary Auchmuty, *op.cit.*, p. 498.

*Sandra Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Rights of Same-Sex Partners in the European Union and Serbia in the Field of Marriage Law

***Abstract:** This paper tries to present the historical path that some European countries have crossed in the area of same-sex partners, but also to present the way in which the attitude of the European Court of Human Rights has moved on this issue, as a possible models which may be placed before the Serbia as requirements in the future. Also, it is given the review of the legislation of certain countries of the European Union and posed a question whether the proposed solutions are acceptable and whether it can lead to harmful consequences about which proponents of same-sex marriages are not thinking now.*

***Keys words:** marriage, registered partnerships, same-sex unions, same-sex marriage.*