

ПРАВНИ ЕФЕКТИ ПРИЗНАЊА ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА – ПРИМЕНА ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА

DOI: 10.5937/zrpfno-62063

UDK: 347.62-055.3(4-672EU)
UDK: 341.645.5(4)

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

Примљен: 09.10.2025.

Исправљен: 29.11.2025.

17.12.2025.

Прихваћен: 18.12.2025.

Апстракт: Вековна дефиниција брака у делу који се односи на различитост полова, доведена је у савремено доба под знак питања. У упоредном праву наводе се три приступа проблему признања права истополним заједницама: систем признања одређених права на основу регистроване заједнице, систем непризнавања никаквих права, систем закључења брака.

Традиционално, повреда права ових особа, према пракси ЕСЉП, тумачена је као повреда права на приватни живот. Међутим, овакав приступ важио је до 2010. године, када ЕСЉП, у случају Шалк и Коф против Аустрије, пресуђује да се однос између особа истог пола може подвести под појам породичног живота. Овом пресудом у потпуности је још једном дат смисао ставу да је ЕКЉП жив инструмент који се развија у зависности од друштвених околности и конкретних услова савременог (породичног) живота.

На основу анализираних пракси ЕСЉП произлази следеће: Суд тражи да особе истог пола буду у стабилној трајној заједници да би утврдио постојање породичног живота међу њима; стабилност и трајност хомосексуалне заједнице манифестује заједнички живот; да би постојао породични живот, није довољно да ове особе буду

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, имејл: uros.novakovic@ius.bg.ac.rs, ORCID ID: 0009-0002-9749-7369

у краткотрајној, пролазној и нестабилној вези, већ је потребна стабилна заједница, што се може показати кроз заједничко место пребивалишта, дељење трошкова становања, заједничко привређивање, стицање имовине у заједници.

За разлику од претходне праксе до 2010. године, када је ЕСЉП одбијао да призна однос између особа истог пола као однос који се може сматрати породичним животом, у новијим пресудама Суд, по правилу, сматра овај однос породичним животом, те непостојање правне регулације и правне заштите ових односа карактерише као повреду права на поштовање породичног живота.

Кључне речи: брак, истополна заједница, породични живот, регистрована заједница, Европски суд за људска права.

1. Увод

За разлику од законске форме, броја особа које ступају у брак (начело моногамије), спорно питање око дефинисања брака тиче се само питања полности. У европским правним системима, од три конститутивна елемента брака – пола, форме и броја субјеката – једино је полност постала спорна. Породично право почело је да умањује значај чињенице полности, али и сексуалних односа, како између партнера, тако и у случају прокреације, и више пажње усмерава на избегавање дискриминације на основу полности и сексуалности.¹ У неким областима породичног права биолошка чињеница вршења сексуалних односа задржава и даље примат. То је област издржавања, где чињеница зачећа детета, природним, сексуалним путем, без обзира на то да ли постоји или не постоји заједнички живот између родитеља, или било која форма неке заједнице између њих, рађа правну обавезу издржавања детета, под условом да се роди. У овој области, ЕСЉП већ више од двадесет година, на основу пресуде у случају *Goodwin* против Уједињеног Краљевства, стоји на становишту да прокреација није услов за брак.²

Са друге стране, поред неких користи, питање полности може изазвати проблеме у стицању породичних права у случајевима хомо-

1 *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association* (2001) 1 FLR 571; 1 AC 27. За транссексуалне особе видети случај *Z. Bellinger v. Bellinger* (2002) 1 FLR 1043. О томе и дефиницији породице, Probert, 2003: 1.

2 *Christine Goodwin v. United Kingdom*, представка број 28957/95, пресуда од 11. јула 2002. године.

сексуалности и транссексуализма.³ Традиционално, повреда права наведених категорија особа, према пракси Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП), тумачена је као повреда права на приватни живот. У већини случајева радило се о томе да не постоји породични живот између особе хомосексуалне оријентације и неке друге особе (детета), као што је то случај у осталим аспектима код права на поштовање породичног живота. Неспорно је да приватни живот постоји између хомосексуалних партнера. Оно што је предмет расправе јесте да ли њихов однос спада у домен породичних односа. У раду ће бити анализирани савремени и некадашњи ставови ЕСЉП у погледу признања породичног живота хомосексуалних особа. Применићемо компаративни, упоредноправни, као и метод анализе садржаја судских одлука. Намера нам је да утврдимо да ли међународни стандарди ЕСЉП изједначавају брак и истополну заједницу.

2. Брак – заједница жене и мушкарца?!

Вековна дефиниција брака у делу који се односи на различитост полова доведена је у савремено доба под знак питања. Одатле почиње пут брачног и породичног права на *terra incognita* и траже се одговори на питање ко може закључити брак (Новаковић, 2015: 455). Упоредноправно посматрано, знамо да се више са сигурношћу не може тврдити да се брак односи само на жену и мушкарца, али, ипак, не можемо рећи шта је извесно у савременом европском породичном праву.⁴ Проблематика брака и услова различитости полова своди се на питање да ли савремени појам брака подразумева (и) заједницу живота две особе истог пола, поред оног традиционалног схватања.

Право на поштовање породичног живота уско је повезано са дискриминацијом, а с тим у вези ЕСЉП стоји на становишту да је дискриминација на основу сексуалног опредељења супротна Европској конвенцији о људским правима (даље: ЕКЉП) (Eekelaar, 2006: 88). ЕКЉП предвиђа

3 Наводи се и да кастрати, као особе без пола, могу бити спорни (Панов, 2011: 68).

4 Све различите савремене форме породичних односа имају основ у компаративном или моделу разлика. Први модел истиче поређење свих нових породичних форми (ванбрачне заједнице, хомосексуалне заједнице, породице једног родитеља и детета) са традиционалном (нуклеарно-брачном) породицом. Традиционална породица је основ, матрица за поређење и стварање нових форми. Модел разлика признаје мноштво породичних форми и не издваја нити једну од њих. Традиционална породица је само једна од многобројних равноправних форми. О томе, Mazzotta, 2005: 202. За хомосексуалне заједнице видети још Singer, 2010: 394; Novales, 2005: 221-240; Cottier, 2005: 181-200.

да хомосексуалне активности не могу бити предмет кривичног гоњења (Stark, 2006: 399).

3. Унификација европског породичног права и права хомосексуалних особа

У упоредном праву наводе се три приступа проблему признања права истополним особама.⁵ Најпре, системи који признају одређена права особама истог пола на основу регистроване заједнице (Хрватска,⁶ Мађарска, Грчка, Кипар, Чешка, Италија, Словенија), затим мањи број система који не признају права особама истог пола (Србија, Русија, Словачка, Пољска, Северна Македонија, Босна и Херцеговина,) и системи који дозвољавају закључење брака између особа истог пола (Данска, Малта, Холандија, Немачка,⁷ Шведска, Финска, Белгија, Француска, Шпанија,⁸ Луксембург, Португал,⁹ Ирска, Исланд) (Новаковић, 2015: 459; Павловић, 2022: 828). Канада је у јулу 2005. године омогућила закључење брака између две особе независно од њиховог пола (Brinig, 2006: 283).¹⁰

Србија је 2021. година имала Нацрт закона о регистрованим заједницама, али тај Закон није ушао у скупштинску процедуру. Услед ограничености обима овог рада, нисмо у могућности да поред анализе европских стандарда извршимо и анализу предложених норми у српском праву.¹¹

5 Boele-Woelki, Fuchs, 2012: 72.

6 Хрватска је 2014. године донела Закон о животном партнерству особа истог пола, *Народне новине РХ*, бр. 92/14, 98/19, који је у примени од 1. 1. 2020. године.

7 Sanders, 2012: 925, за цивилно партнерство у Немачкој. Међутим, Немачка више не дозвољава склапање регистрованих грађанских заједница.

8 Lamacsa, 2014: 45.

9 Boele-Woelki, Fuchs, 2012: 41.

10 О процесу легализовања брака између особа истог пола у Канади, Eekelaar, 2006: 152. У овој држави најзначајнији извор представља судска одлука Врховног суда Канаде у случају *M. v. H.* (*M. v. H.* (1999) 171 DLR 577 (SCC), (1999) 2 SCR 3) поводом супружничког издржавања, којом је суд законску дефиницију супружника проширио и на лица истог пола. О начину на који Врховни суд САД проширује појам брака и на хомосексуалне партнере, Conkle, 2014: 34. У погледу стицања права на породичну пензију у Канади, примењена је слична аргументација као у случају *M. v. H.*, тако да је и то право проширено на заједнице истог пола, *Rosenberg v. Canada* (1998), 38 OR (3d) 577. Обе одлуке имале су далекосежне последице. Већ 2000. године савезна влада изменила је 68 одредби закона који се тичу права особа истог пола, а затим је 2005. године донета нова дефиниција брака која гласи: „Брак је законска заједница две особе која искључује све остале“ (Young, 2009: 95).

11 Више о овом Нацрту закона, Симовић, Прлаиновић Јовић, 2021: 1095–1118.

Једно од значајних питања у предметној области постаје и признање закључених форми хомосексуалних заједница у другој јурисдикцији.¹² Хашка конференција не предвиђа надлежност за униформно регулисање заједница особа истог пола на европском тлу (Baagma, 2011: 300). Слично је и са Европским удружењем за породично право (Pintens, 2003: 32). У области признања судских и управних одлука подвлачимо значај *Brussels II ter* препоруке на плану уједначавања норми брачног права, тачније развода брака.¹³ Ова препорука не прописује дефиницију брака и оставља домаћим правима да предвиде материјалноправне норме о закључењу брака. По аналогији, ова препорука се примењује и на област развода брака. Поставља се питање како ће и да ли ће бити могуће развести брак пред судом једне државе која не предвиђа брак особа истог пола, а тај брак је закључен у другој држави која дозвољава бракове између особа истог пола.¹⁴ Препорука не предвиђа решење за овај случај. Уједно, јавља се следећи проблем – како дозволити развод таквог брака, или, ако се не дозволи развод, то доводи до колизије са намером уједначавања правила брачног права *Brussels II ter* препоруке. Аналогна примена *Brussels II ter* препоруке на друге форме заједница особа истог пола, као нпр. регистроване заједнице или ванбрачне заједнице, није могућа с обзиром на то да се наведена препорука искључиво односи на брачне односе (Baagma, 2011: 161).

4. Признање заједнице особа истог пола

Истополне заједнице само су још једна од заједница у читавом низу савремених приватних односа које пледирају да буду правно регулисане. Приступ признавања нових породичних форми повлачи за собом извесне последице. Није могуће у исто време постићи изједначавање заједница особа истог пола, те ванбрачне заједнице и брака, а, са друге стране, сачувати брак као базну институцију породичног права и друштва уопште (Glennon, 2005: 166). Та два циља међусобно се искључују.

12 Seuffert, 2009: 144. Дискриминација на основу Имиграционог закона Новог Зеланда иде толико далеко да прави разлику по питању боје коже партнера регистрованих заједница. Закон ове државе признаје улазак особама хомосексуалне оријентације које су своје регистроване заједнице закључиле у пет држава (Финска, Велика Британија, Немачка, Њу Џерси и Вермонт) које се претежно сматрају „белим“ државама. За признање хомосексуалног брака закљученог у Канади од стране енглеских власти, видети случај *Wilkinson v. Kitzinger* (2007) 1 FLR 295.

13 За инструменте ЕУ и Савета Европе у овој области, Цвејић Јанчић, 2019: 65.

14 О овом питању говори случај закљученог брака између два мушкарца холандског и немачког држављанства (*Boele-Woelki, Fuchs*, 2012: 235).

Истицање дискриминације особа истог пола које живе у одређеним облицима заједничког живота формирало је у теорији нов термин „хетеронормативности“, под којим се подразумева скуп правних норми којима се регулишу само односи између особа различитог пола (Seuffert, 2009: 143). Међутим, иако се особе хомосексуалне оријентације позивају на вредности особа различитог пола, као што је брак, оно што је занимљиво је да се теоријска концепција истополних заједница декларише као „отпор режиму нормалног“ (Seuffert, 2009: 132). Својеврстан парадокс огледа се у томе да се отпор од традиционалних вредности оличава управо у позивању на права, односно форму једног института традиционалне природе као што је брак. Особе у истополним заједницама истичу да желе успостављање односа заснованог на извесној форми брака. Тенденције савременог породичног права показују намеру да се разобличи форма и успоставе флексибилни обрасци породичних односа. Отуда се оправдано намеће питање како заједница која нема карактеристике општеприхваћене традиционалне формалне заједнице – хомосексуална заједница – не пронађе специфичан назив и начин правне регулације унутрашњих права и обавеза, већ има намеру да буде уређена по угледу на једну традиционалну установу као што је брак (Новаковић, 2015: 471).

Ако се појам брака не везује искључиво за заједницу живота жене и мушкарца, према аргументацији *pro* дозвољавање закључења хомосексуалних бракова, у теорији се поставило питање да ли се и заједнице две особе истог пола, као што су пријатељство или цимерство, које споља испуњавају извесне одлике брака (постојање заједничког живота) могу према неким правима и обавезама изједначити са браком. Неки аутори, као *Eekelaar*, породичноправне односе поистовећују са овим и сличним односима личне природе (Eekelaar, 2006: 31). Чак и ако одређени однос испуњава неке функције, карактеристике одређеног односа, то не значи да се може изједначити са тим односом, посматрано са правне стране. Питања закључења брака између особа истог пола и добијања потомства показују се као неодвојива, с обзиром на то да се након признавања права на брак особама истог пола може (оправдано) поставити захтев да се додели право на добијање потомства, идентично како то право имају и особе различитог пола. Међутим, овде долазимо до једног великог (правног) проблема. Особе истог пола не могу између себе зачети дете, тачније не могу без учешћа треће особе која је различитог пола у односу на две хомосексуалне особе. Утолико пре се поставља као нужно питање да ли се сврха брака код особа истог пола тумачи на исти начин као и код особа различитог пола, а своди се на чињеницу рађања деце. Забрана закључења брака особама истог пола дискриминише

њихову децу да уживају све предности које имају деца чији су родитељи у браку (Stark, 2005: 46).

Правно признање хомосексуалних истополних заједница у себи садржи вредносне елементе. Наиме, признање права особама у истополним заједницама подразумева уважавање чињенице да ове особе добијају правни статус захваљујући истим вредностима које постоје у њиховим заједницама – вредностима неге, заштите, помагања, привређивања, а које су својствене и у (ван)брачним заједницама код особа различитог пола (Bottomley, 2009: 5).

Права хомосексуалних особа традиционално нису била предмет повреде права на поштовање породичног живота заштићеног чл. 8 ЕКЉП. Претежно је хомосексуалним особама заштита пружана кроз повреду права на приватни живот. Међутим, овакав приступ важио је све до 2010. године, када је ЕСЉП, први пут у својој историји, у случају *Шалк и Конф против Аустрије*, пресудио да се однос између особа истог пола може подвести под појам породичног живота. Овом пресудом у потпуности је још једном дат смисао ставу да је ЕКЉП жив инструмент који се развија у зависности од друштвених околности и конкретних услова савременог (породичног) живота (Cooper, 2011: 1747). Сматрано је да би било вештачки задржати став, у светлу нарастајућег европског консензуса поводом признања права из заједница особа истог пола, да, за разлику од особа различитог пола, хомосексуални партнери не могу уживати породични живот. Однос хомосексуалног пара који живи заједно у стабилном *de facto* односу ни по чему се не разликује од истог односа особа различитог пола. ЕСЉП примећује да постоји нарастајући европски консензус, посебно последњих неколико деценија, према правном признању заједница особа истог пола. Упркос томе, имајући у виду да је ово једно од конвенцијских права у развоју, државе и даље уживају широко поље слободне процене у погледу правне регулације хомосексуалних заједница.¹⁵ На тај начин је одвојено постојање породичног живота особа у хомосексуалним заједницама од позитивне обавезе државе да тај однос заштити доношењем норми којима се признају права из хомосексуалних заједница.¹⁶

¹⁵ Тако се у ирском праву заједница две особе истог пола, са или без деце, без обзира на постојање посвећености или трајања заједнице, не сматра породичним односом (Mahon, 2012: 53).

¹⁶ О овој пресуди, Grabenwarter, 2014: 194.

На основу савремене праксе ЕСЉП, особе у хомосексуалним заједницама имају имовинска права, попут права на породичну пензију, станарског права, права наслеђивања преминулог партнера.¹⁷

Посматрано у односу на право на закључење брака, истиче се потенцијални сукоб ове одлуке Суда са чл. 12 ЕКЉП, који изричито предвиђа да право на закључење брака подразумева особе различитог пола. Насупрот оваквом тумачењу чл. 12 ЕКЉП, стоје ставови у теорији да ЕСЉП види брак као институцију која није изричита тапија особа различитог пола (Соорег, 2011: 1754). Ипак, наведена одлука у случају *Шалк и Конф против Аустрије* представља велико одступање од дотадашње праксе ЕСЉП, с обзиром на то да се као *de facto* породица сматра заједница две особе истог пола без деце.

5. Стандарди ЕСЉП – признање одређене форме хомосексуалних заједница

У овом делу рада посматраћемо какав став има ЕСЉП када је реч о признању брака особа хомосексуалне оријентације у домаћој држави, а који је закључен у иностраној држави.

У случају *Валианатос и други против Грчке*¹⁸, ЕСЉП је приметио да се жалба подносилаца представке не односи на општу обавезу грчке државе да обезбеди облик правног признања у домаћем праву за истополне везе. Подносиоци су се жалили да је Закон бр. 3719/2008 предвиђао грађанске заједнице само за парове различитог пола, чиме су истополни парови аутоматски искључени из његовог делокруга. Суд је поновио да су истополни парови подједнако способни као и парови супротног пола да ступе у стабилне чврсте везе. Стога је сматрао да су подносиоци представке у сличној ситуацији са паровима различитог пола у погледу њихове потребе за правним признањем и заштитом њихових

¹⁷ За разлику од ЕСЉП, Европски суд правде (ЕСП) није се у много случајева изјашњавао о правима особа истог пола. Слична, економска аргументација, иницијално је примењена и пред ЕСП у додели права особама хомосексуалне оријентације. У случају *Grant v. South West Trains*, C-249/96, 17. фебруар 1998. године, ЕСП је права из пензионог осигурања, у складу са начелом равноправности, проширио и на радника железничке компаније хомосексуалног опредељења (McGlynn, 2007: 250). У случају *P v. S and Cornwall County Council*, C-13/94, 30. април 1996. године, ЕСП је пресудио да је отпуштање транссексуалне особе из разлога претходне промене пола довело до неравноправног третирања те особе. Толерисање такве дискриминације било би неподношљиво и представљало би пропуст поштовања достојанства транссексуалне особе (Harper, Downs, Landells, Wilson, 2005: 12).

¹⁸ *Vallianatos and others v. Greece*, представке број 29381/09 и 32684/09, пресуда од 7. новембра 2013. године.

веза. Понављајући принципе утврђене његовом судском праксом, ЕСЉП је нагласио да је циљ заштите породице у традиционалном смислу прилично апстрактан и да се широк спектар конкретних мера може користити за његову имплементацију. Пошто је ЕКЉП живи инструмент који треба тумачити у садашњим условима, држава, према чл. 8, треба да узме у обзир развој догађаја у друштву, као и чињеницу да не постоји само један начин или један избор када је у питању вођење породичног или приватног живота. Стога је на држави био терет да покаже да је било неопходно, у циљу остваривања легитимних циљева на које се позива – признавања права паровима који живе заједно ван брака и могућности да ове особе региструју своју везу у флексибилнијем правном оквиру од оног који пружа брак – да забрани истополним паровима да склапају исте такве грађанске заједнице.

Чак и под претпоставком да је намера законодавца била да побољша правну заштиту деце рођене ван брака и индиректно да ојача институцију брака, чињеница је остала да грађанске заједнице представљају облик грађанског партнерства који искључује истополне парове, док дозвољава паровима различитог пола, без обзира на то да ли имају децу или не, да регулишу бројне аспекте своје везе. Суд није био уверен да постизање наведених циљева путем законодавства о грађанским заједницама претпоставља искључивање истополних парова из његовог делокруга. Суд је даље приметио да је Национална комисија за људска права сматрала да је закон дискриминаторски. На крају, Суд је приметио да, према грчком закону, парови различитог пола, за разлику од парова истог пола, могу имати правно признату везу чак и пре доношења Закона бр. 3719/2008, било у потпуности на основу институције брака или у ограниченијем облику према одредбама Грађанског законика које се односе на *de facto* партнерства. Сходно томе, истополни парови су имали интерес да склопе грађанску заједницу, јер би им то дало једини основ у грчком праву на основу којег би њихова веза била правно призната. Поред тога, Суд је приметио да не постоји консензус међу државама чланицама Савета Европе – од 19 држава које су дозволиле неки облик регистрованог партнерства, осим брака, Литванија и Грчка су биле једине које су овај облик резервисале искључиво за парове различитог пола. Из тога је следило да су, уз два изузетка, државе чланице Савета Европе, када су се одлучиле да донесу закон којим се уводи нови систем регистрованог партнерства, као алтернатива браку, имале намеру да укључе истополне парове у његов делокруг. Суд је сматрао да домаћа држава није понудила убедљиве и јаке разлоге који би могли да оправдају искључење истополних парова из делокруга Закона бр. 3719/2008, те стога утврдио да је дошло до повреде чл. 14, у вези са чл. 8 ЕКЉП.

Занимљиво је да се питање дискриминације парова различитог пола поставило у погледу права која су резервисана само за особе истог пола. У случају *Раценбок и Сејдл против Аустрије*¹⁹, ЕСЉП је прихватио да су парови различитог пола у принципу у сличној или упоредивој ситуацији са истополним паровима у погледу њихове опште потребе за правним признањем и заштитом њихове везе. Међутим, искључење парова различитог пола из регистрованог партнерства у Аустрији морало се посматрати у контексту целокупног правног оквира који регулише признавање истополних заједница. Регистровано партнерство је уведено као алтернатива браку, како би се истополним паровима који су остали искључени из брака омогућила суштински слична институција за правно признање. Закон о регистрованом партнерству из 2010. године је тако уравнотежио претходно искључење истополних парова из било каквог правног признања. У својој пресуди у случају *Шалк и Конф против Аустрије*, ЕСЉП је утврдио да је правни статус предвиђен Законом о регистрованом партнерству једнак или сличан у многим аспектима. Од тада, правни оквири који регулишу два облика правног признања везе су додатно хармонизовани, тако да нису остале значајне разлике. Чињеница да су подносиоци захтева као пар различитог пола имали приступ браку задовољила је њихову главну потребу за правним признањем. Штавише, нису тврдили да су били посебно погођени било каквом разликом у праву између ова два облика. Подносиоци, стога, нису били у релевантно сличној или упоредивој ситуацији са истополним паровима који нису имали право да се венчају у Аустрији и којима је регистровано партнерство било потребно као алтернативни начин да се њихова веза правно призна. Сходно наведеном, није било кршења чл. 14, у вези са чл. 8 ЕКЉП.

У случају *Федотова и други против Русије*²⁰, ЕСЉП је приметио да се овај случај односи на одсуство било какве могућности за законско признање истополних парова у руском праву, без обзира на облик таквог признања. Судска пракса показује да је чл. 8 ЕКЉП већ био тумачен као захтев државе потписнице да обезбеди законско признање и заштиту истополних парова успостављањем „специфичног правног оквира“. Суд се позвао на своје пресуде у случајевима *Олиари и други против Италије* и *Орланди и други против Италије*. Међутим, Суд подвлачи да чл. 8 ЕКЉП није био тумачен као наметање позитивне обавезе државама потписницама да брак учине доступним истополним паровима. Ова судска пракса ЕСЉП у вези са чл. 8 ЕКЉП, из које је следило да државе

19 *Ratzenböck and Seydl v. Austria*, представка број 28475/12, пресуда од 26. октобра 2017. године.

20 *Fedotova and others v. Russia*, представке број 40792/10, 30538/14 и 43439/10, пресуда од 17. јануара 2023. године.

потписнице имају позитивну обавезу да обезбеде законско признање и заштиту истополним паровима, била је у складу са опипљивим и континуираним развојем домаћег законодавства и међународног права држава потписница. Неуспех ЕСЉП да одржи динамичан и еволутиван приступ ризиковао би да га учини препреком реформи или побољшању положаја грађана. Суд је, кроз своју праксу, приметио континуирани тренд ка правном признавању и заштити истополних парова у државама потписницама.²¹ Исти тренд који је ЕСЉП већ приметио у поменутим случајевима сада је јасно потврђен. Неколико тела Савета Европе нагласило је потребу да се обезбеди правно признање и заштита истополних заједница унутар држава чланица. Узимајући у обзир своју судску праксу, консолидовану јасним континуираним трендом у државама чланицама Савета Европе, ЕСЉП је потврдио да су, у складу са својим позитивним обавезама према чл. 8 ЕКЉП, државе биле дужне да обезбеде правни оквир који омогућава истополним паровима да добију адекватно признање и заштиту своје везе. Када је био у питању суштински или посебно важан аспект постојања или идентитета појединца, поље слободне процене државе је обично било ограничено. Међутим, тамо где није постојао консензус у државама чланицама Савета Европе, слобода процене је била шира, посебно тамо где је случај покретао осетљива морална или етичка питања. Суд је већ утврдио да су суштински или посебно важни аспекти идентитета појединца у питању у случајевима који се тичу правног односа родитељ–дете, приступа информацијама о пореклу и идентитету родитеља, етничком или родном идентитету. Што се тиче питања које је покренуо овај случај, ЕСЉП је утврдио да захтев истополних партнера за правно признање и заштиту њихове везе дотиче посебно важне аспекте њиховог личног и друштвеног идентитета. ЕСЉП је већ приметио јасан континуирани тренд на европском нивоу ка правном признању и заштити истополних парова унутар држава чланица

21 На овом месту, ЕСЉП се позвао на аргументацију из два своја случаја. Суд је у случају *Шалк и Конф против Аустрије* приметио: „Постоји нови европски консензус о правном признавању истополних парова. Штавише, ова тенденција се брзо развијала током последње деценије. Ипак, још увек не постоји већина држава која обезбеђује правно признавање истополних парова. Предметна област се, стога, и даље мора сматрати једним од права у развоју без утврђеног консензуса, где државе такође морају имати маргину слободне процене у времену увођења законских промена.“ Суд је у случају *Валијантос и други против Грчке* приметио да „иако не постоји консензус међу правним системима држава чланица Савета Европе, тренутно се појављује тренд у погледу увођења облика правног признавања истополних веза.“ Суд је у случају *Олиари и други против Италије* приметио да се тренд ка правном признавању истополних парова „наставио брзо развијати у Европи од пресуде Суда у случају *Шалк и Конф*.“

Савета Европе. Сходно томе, с обзиром на то да су посебно важни аспекти личног и друштвеног идентитета особа истог пола били у питању и да је, поред тога, примећен јасан континуирани тренд унутар држава чланица Савета Европе, ЕСЉП је сматрао да је маргина процене држава чланица значајно смањена када је у питању пружање заштите истополним паровима. Утврђена је повреда чл. 8 ЕКЉП.

У случају *Бухуцеану и други против Румуније*²², ЕСЉП је поновио да су државе чланице дужне да обезбеде правни оквир који омогућава адекватно признавање и заштиту односа истополних парова. У вези са тим, позвао се на пресуду Великог већа у случају *Федотова и други против Русије* и јасан континуирани тренд унутар држава чланица. Државе су имале извесну дискрециону оцену у погледу облика признања и врсте додељене заштите. Према румунском закону, само један облик породичне заједнице – брак особа супротног пола – био је законски признат. Неколико покушаја да се ова правна ситуација промени пропало је у румунском парламенту, а Влада није дала никакве назнаке о својој намери да прошири приступ правној заштити за друге односе, наводећи да је „преовлађујући интерес“ био да се таквим заједницама не пружи заштита према чл. 8, што је у потпуној супротности са ситуацијом у великом броју других држава ЕКЉП. Подносиоци, као и други парови у њиховој ситуацији, нису могли да приступе бројним социјалним и грађанским правима која су законом доступна брачним паровима, нити да регулишу области као што су имовина, издржавање и наслеђивање.²³ Суд је уважио аргумент Владе да се ова права могу уредити приватним уговорним аранжманима, али је утврдио да аргументу недостају детаљи и да је у сваком случају већ одбачен у судској пракси ЕСЉП. Штавише, ЕСЉП је навео да негативни ставови хетеросексуалне већине не могу да надјачају интересе подносилаца захтева да се њихове везе признају. Дозвољавање признавања истополних заједница не би штетило институцији брака, јер парови различитог пола и даље могу да се венчавају. Генерално посматрано, ниједан од аргумената које је домаћа држава изнела да би оправдала ограничење законских заједница на хетеросексуалне бракове не може да надјача интерес подносилаца захтева да се њихове везе на неки начин признају, стога је дошло до кршења чл. 8 ЕКЉП. Суд није сматрао да је потребно посебно испитати жалбе по чл. 14, с обзиром на то да је утврдио повреду чл. 8. На овај начин, ЕСЉП је поставио стандард да чл. 8 има већу тежину у приватним и породичним односима у односу на чл. 14 ЕКЉП.

22 *Buhideanu and others v. Romania*, представка број 20081/19, пресуда од 23. маја 2023. године.

23 Поводом примене међународних стандарда код обавезе издржавања особа у истополним заједницама, Павловић, 2022: 823 и даље.

У случају *Маимулакин и Маркив против Украјине*²⁴, ЕСЉП је приметио да подносиоци захтева живе заједно у стабилној и посвећеној вези од 2010. године и да су стога у релевантно сличној ситуацији као и било који пар супротног пола у погледу њихове потребе за правним признањем и заштитом њихове заједнице. Док постојећи правни оквир у Украјини признаје две врсте заједница за особе различитог пола – брак и породичну заједницу, где мушкарац и жена „живе као породица без брака“ – истополним паровима су ускраћене обе заједнице. Као резултат тога, истополним паровима је ускраћена свака могућност да регулишу основне заједничке аспекте живота, осим оних везаних за имовину, и то само као приватна лица која склапају уговоре по обичајном праву. ЕСЉП је већ утврдио да се такви приватни уговорни споразуми не могу сматрати признањем и потребном заштитом ових заједница, јер су ограниченог обима и не обезбеђују основна права. Није постојала могућност да се истополни парови позивају на постојање своје заједнице у односима са судским или управним органима, нпр. у вези са правом на заједничку имовину, на законско наслеђивање, на посете партнера у случају хоспитализације, правом да одбију да сведоче једно против другог, на усвајање, на социјалну помоћ, као и на бенефиције за породице са ниским приходима.

Из свега наведеног је произашло да су подносиоци другачије третирани од парова различитог пола услед недостатка било каквог законског признања и заштите за њих. Њихова сексуална оријентација је била једини основ за разлику у третману. ЕСЉП је прихватио да Украјина има слободу да ограничи приступ браку само на парове различитог пола. Истовремено, поновио је да је, тамо где је разлика у третману заснована на полу или сексуалној оријентацији, дискреционо право државе (маргина слободне процене) веома уско. Суд је утврдио да домаћа држава није изнела никакве разлоге, а камоли убедљиве и ваљане, за потпуно искључивање истополних заједница из правне регулативе. Иако је поздравио намеру домаће државе да успостави правни оквир који би омогућио да се истополним заједницама додели адекватно признање и заштита њихове везе, ЕСЉП је приметио да није у могућности да коментарише прописе, тј. закон који још не постоји, и поновио да нема основа за сматрање да би пружање правног признања и заштите истополним паровима у стабилној и посвећеној заједници само по себи могло да наштети породицама конституисаним на традиционалан начин или да угрози њихову будућност или интегритет.

²⁴ *Maymulakhin and Markiv v. Ukraine*, представка број 75135/14, пресуда од 1. јуна 2023. године.

Суд је закључио да разлика у третману у овом случају, која се састојала у неоправданом ускраћивању подносиоцима, као истополном пару, било каквог облика правног признања и заштите у поређењу са паровима различитог пола, представља дискриминацију подносилаца захтева на основу њихове сексуалне оријентације.²⁵ Стога је дошло до кршења чл. 14 и чл. 8 ЕКЉП.

У случају *Przybyszewska и други против Пољске*²⁶, ЕСЉП је поновио да су општи принципи који се тичу дужности држава чланица (позитивне обавезе) у случајевима сличним овом, недавно утврђени у пресуди Великог већа у случају *Федотова и други против Русије*. Конкретно, од држава чланица се захтевало да обезбеде правни оквир који омогућава истополним паровима да добију адекватно признање и заштиту своје заједнице. Што се тиче аргумента домаће државе да има широку дискрецију у том погледу и да традиционални концепт брака као заједнице мушкарца и жене представља друштвено и правно наслеђе Пољске, ЕСЉП је приметио да се овај случај не односи на истополни брак. У складу са праксом ЕСЉП, државе чланице су могле да одреде тачну природу правног режима који треба да буде доступан истополним паровима, али су имале знатно мање дискреционих права када је у питању било правно признање и заштита уопште, што је било очигледно у јасном континуираном тренду ка правном признању истополних заједница који је примећен унутар држава уговорница ЕКЉП. Важно је да заштита коју државе чланице пружају истополним заједницама буде адекватна.

У овом случају, ЕСЉП је закључио да се не може рећи да пољски правни оквир обезбеђује основне потребе признања и заштите истополних парова у стабилној и посвећеној заједници који нису могли да регулишу основне аспекте свог заједничког живота. Такође, у већини ситуација, њихов однос није имао никакву тежину у односима пред судским или управним органима. Приликом испитивања разлога које је домаћа држава изнела како би оправдала недостатак било каквог законског признања и заштите истополних заједница, ЕСЉП је приметио да се наведени разлози нису значајно разликовали од оних на које се позвала Руска Федерација и које је испитао у случају *Федотова и други*. На пример, тврдили су да већина Пољака не одобрава истополне заједнице, али показује толеранцију према хомосексуалцима. Не слажући се, подносиоци захтева су се ослањали на различите статистике које показују да међу пољским грађанима расте подршка истополним заједницама. Истовремено, ЕСЉП

²⁵ О ставу ЕСЉП поводом дискриминације особа хомосексуалне оријентације, Јанчић, 2020: 167 и даље.

²⁶ *Przybyszewska and others v. Poland*, представка број 11454/17, пресуда од 12. децембра 2023. године.

је приметио поднеске и трећих страна које су се умешале и који указују на све непријатељскије и хомофобичније ставове према сексуалним мањинама, које показују високи политичари из владајуће странке, укључујући резолуције „супротстављања ЛГБТ идеологији“ које су усвојила нека локална тела власти у Пољској. Такође, према чл. 14 ЕКЉП, утврдио је да традиције, стереотипи и преовлађујући друштвени ставови у одређеној земљи не могу сами по себи оправдати разлику у третману на основу сексуалне оријентације. Наводно негативан или непријатељски став хетеросексуалне већине не може се супротставити интересу подносилаца да се њихови одговарајући односи адекватно признају и заштите законом. Слично томе, иако је ЕСЉП признао да је заштита породице у традиционалном смислу, у принципу, легитиман разлог који би могао да оправда разлику у третману, такође је утврдио да нема основа за сматрање да пружање правног признања и заштите истополним паровима може, само по себи, наштетити породицама конституисаним на традиционалан начин или угрозити њихову будућност или интегритет.

На крају ЕСЉП је сматрао да је пољска држава прекорачила своје дискреционо право и није испунила своју дужност да обезбеди да подносиоци захтева имају специфичан правни оквир који предвиђа признавање и заштиту њихових истополних заједница. Тај пропуст је резултирао у немогућности подносилаца захтева да регулишу основне аспекте својих живота и представљао је кршење њиховог права на поштовање приватног и породичног живота, те је утврдио повреду чл. 8 ЕКЉП.

6. Закључак

На основу анализиране праксе ЕСЉП можемо извући одређене закључке. Суд тражи да особе истог пола буду у стабилној трајној заједници да би утврдио постојање породичног живота међу њима. Да би постојао породични живот није довољно да особе хомосексуалне оријентације буду у краткотрајној и пролазној вези, већ је потребна стабилна заједница, што се може манифестовати кроз заједничко место пребивалишта, дељење трошкова становања, заједничко привређивање, стицање имовине у заједници. У потпуности смо сагласни са оваквим ставом Суда, с обзиром на то да само стабилне заједнице треба да буду признате у правном поретку у оквиру породичног живота.

За разлику од претходне праксе ЕСЉП, који је до 2010. године и пресуде *Шалк и Конф против Аустрије*, одбијао да призна однос између особа истог пола као однос који се може сматрати породичним животом, у новијим пресудама ЕСЉП, по правилу, сматра овај однос као породични

живот, те непостојање правне регулације и правне заштите ових односа карактерише као повреду права на поштовање породичног живота. И поред тога што се утврђује породични живот, држава нема обавезу да предвиди закључење брака овим особама, али, према преовлађујућој пракси ЕСЉП, има обавезу да на неки начин, тј. кроз одређену форму, призна овакве заједнице. ЕСЉП домаћим државама не намеће начин на који ће то учинити, и у том погледу оставља широко поље слободне процене, али посредно уводи стандард обавезе правног признања истополних заједница. Облик, обим и начин признања ових заједница ЕСЉП оставља домаћој држави и њеним властима. Оваквим поступањем, ЕСЉП се поставља, не као отворени, али као прикривени креатор европских стандарда у унутрашњем праву, и то у области која је до пре само две деценије била у искључивој надлежности домаћих држава, а прешла је на наднационални ниво оличен у стандардима ЕСЉП.

Ипак, и поред донекле прогресивног приступа, ЕСЉП успоставља чврсте критеријуме за признање породичног живота код ових заједница. Оно што сматрамо изузетно значајним јесте став да се разликује постојање стабилне, чврсте и дуготрајне заједнице од пролазних, повремених односа и краткотрајних веза. Ако нема заједничког живота – тада не може бити речи о стабилној и дуготрајној заједници. Такође, уколико истополни парови нису успоставили заједнички живот – тада не може да се говори о постојању породичног живота. Идентично, како код ванбрачне заједнице иста не постоји ако није успостављен заједнички живот, то треба да важи и код истополних заједница. Пролазни престанак заједничког живота или одлазак у иностранство из професионалних разлога нису чињенице које говоре у прилог непостојања стабилности заједнице. ЕСЉП оставља по страни питање закључења брака у складу са чл. 12 ЕКЉП изван своје праксе, са чиме смо сагласни, и питање признања форме истополних заједница оставља унутрашњим правним системима. Са једне стране, Суд посредством чл. 8 сужава поље слободне процене држава и обавезује их на признање права истополним заједницама, док са друге стране, у оквиру чл. 12, непостојањем праксе, појам брака особа истог пола (о) ставља у надлежности унутрашњих права.

ЕСЉП у новијим пресудама знатно проширује појам брака и породичног живота изван традиционалних граница и одбацује приступ дискриминације особа само на основу њихове сексуалне оријентације. Од пресуде *Шалк и Конф против Аустрије* однос између хомосексуалних особа које живе заједно неспорно представља породични живот. Ипак, не сматрамо да признање брака истополних особа у домаћем праву треба да буде императив, већ само, како то и ЕСЉП истиче, признање одређене форме таквих заједница. Имајући у виду скорашње пресуде Суда,

намеће се закључак да је поље слободне процене држава у овој области сужено. Такође, под утицајем праксе ЕСЉП, налазимо да нема сметњи да сваки облик имовинских права особа у истополним заједницама буде признат, попут права на породичну пензију, права наслеђивања, права из социјалног и здравственог осигурања.

Литература

Baarsma, N. A. (2011). *The Europeanisation of International Family Law*. Hague: T.M.C. Asser Press.

Boele-Woelki, K., Fuchs, A. (2012). *Legal, Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*. Cambridge: Intersentia.

Bottomley, A., Wong, S. (2009). *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing* (Oñati International Series in Law and Society). Oxford: Bloomsbury Publishing.

Brinig, M. F. (2006). Domestic Partnership and Default Rules. In: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family* (pp. 269–284). Cambridge.

Glennon, L. (2005). Targeting the Exclusionary Impact of Family Law. In: M. Maclean (Ed.), *Family Law and Family Values* (pp. 157–180). Oxford: Hart Publishing.

Grabewarter, C. (2014). *European Convention on Human Rights – Commentary*. München: C. H. Beck.

Eekelaar, J. (2006). *Family Law and Personal Life*. Oxford: University Press.

Јанчић, М. (2020). *Забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета – теорија и пракса*. Нови Сад: Новосадски хуманитарни центар.

Young, C. (2009). Taking Spousal Status into Account for Tax Purposes: The Pitfalls and Penalties. In: A. Bottomley, S. Wong (Eds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing* (pp. 91–107). Oxford: Hart Publishing.

Lamarca, A. (2014). Regulating Cohabitation in Spain: the unconstitutionality of current legislation. *International Family Law*. 44–47.

Mazzotta, V. (2005). Same-Sex Relationships in Italy. In: M. Maclean (Ed.), *Family Law and Family Values* (pp. 201–220). Oxford: Hart Publishing.

Mahony, C. O'. (2012). Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families. *International Journal of Law, Policy and Family*. 26(1). 31–61.

McGlynn, C. (2007). Families and European Union Law. In: R. Probert (Ed.), *Family Life and the Law Under One Roof* (pp. 247–282). Burlington: Ashgate Publishing.

Новаковић, У. (2015). *Право на поштовање породичног живота* (докторска дисертација). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Novales, T. P. (2005). Cohabitation: The Ideological Debate in Spain. In: M. Maclean (Ed.), *Family Law and Family Values* (pp. 221–240). Oxford: Hart Publishing.

Павловић, М. (2022). Истополне заједнице живота у светлу примене Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године. *Анали Правног факултета у Београду*. 70(3). 819–847.

Панов, С. (2011). *Породично право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Pintens, W. (2003). Europeanisation of Family Law. In: K. Boele-Woelki (Ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe* (pp. 3–33). Antwerpen: Intersentia.

Probert, R. (2003). *Cretney's Family Law*. London: Sweet and Maxwell.

Sanders, A. (2012). Marriage, Same-Sex Partnership and German Constitution, *German Law Review*. 13(8). 911–940.

Seuffert, N. (2009). Same-Sex Immigration: Domestication and Homonormativity. In: A. Bottomley, S. Wong (Eds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing* (pp. 131–149). Oxford: Hart Publishing.

Симовић, Д., Прлаиновић Јовић, О. (2021). Контроверзе правног уређивања истополних заједница у Републици Србији у светлости међународног права и упоредног права. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 55(4). 1095–1118.

Singer, A. (2010). Equal Treatment of Same-Sex Couples in Sweden. *The International Survey of Family Law 2010 edition*. 393–399.

Stark, B. (2006). The Principles on Agreements: “Fairness” and International Human Rights Law. In: R. F. Wilson (Ed.), *Reconceiving the Family* (pp. 392–407). Cambridge.

Stark, B. (2005). *International Family Law*. Burlington: Ashgate.

Harper, M., Downs, M., Landells, K., Wilson, G. (2005). *Civil Partnership: The New Law*. Bristol: Family Law.

Цвејић Јанчић, О. (2019). Заједнице живота лица истог пола – трендови у регулисању породичноправног статуса ових заједница у савременом праву. *Правни живот*. 10. 61–84.

Conkle, D. O. (2014). Evolving Values, Animus, and Same-Sex Marriage. *Indiana Law Journal*. 89(1). 27–42.

Cooper, S. L. (2011). Marriage, Family, Discrimination and Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights. *German Law Journal*. 12(10). 1746–1763.

Cottier, M. (2005). Registered Partnership for Same-Sex Couples in Switzerland: Constructing a New Model of Family Relationships. In: M. Maclean (Ed.), *Family Law and Family Values* (pp. 181–200). Oxford: Hart Publishing.

Судске одлуке

Buhuceanu and others v. Romania, представка број 20081/19, пресуда од 23. маја 2023. године.

Vallianatos and others v. Greece, представке број 29381/09 и 32684/09, пресуда од 7. новембра 2013. године.

Wilkinson v. Kitzinger (2007) 1 FLR 295.

Grant v. South West Trains, C-249/96, 17. фебруар 1998. године.

Z. Bellinger v. Bellinger (2002) 1 FLR 104.

M. v. H. (1999) 171 DLR 577 (SCC), (1999) 2 SCR 3.

Maymulakhin and Markiv v. Ukraine, представка број 75135/14, пресуда од 1. јуна 2023. године.

P v. S and Cornwall County Council, C-13/94, 30. април 1996. године.

Przybyszewska and others v. Poland, представка број 11454/17, пресуда од 12. децембра 2023. године.

Ratzenböck and Seydl v. Austria, представка број 28475/12, пресуда од 26. октобра 2017. године.

Rosenberg v. Canada (1998), 38 OR (3d) 577.

Schalk and Kopf v. Austria, представка број 30141/04, пресуда од 24. јуна 2010. године.

Fedotova and others v. Russia, представке број 40792/10, 30538/14 и 43439/10, пресуда од 17. јануара 2023. године.

Fitzpatrick v. Sterling Housing Association (2001) 1 FLR 571; 1 AC 27.

Christine Goodwin v. United Kingdom, представка број 28957/95, пресуда од 11. јула 2002. године.

Uroš Novaković, LL.D.*

Legal Effects of Recognition of Same-Sex Unions: Application of European Standards

Summary

The European Court of Human Rights (ECtHR) requires evidence that persons of the same sex live in a stable and lasting union in order to recognize the existence of family life between them. In order for family life to exist, it is not enough for persons of homosexual orientation to be in a short-term and transient relationship; same-sex couples are required to be in a stable and lasting union, which may be proven by their common place of residence, shared housing costs, joint business activities, acquisition of community property, etc.

In its previous practice, before the judgment in the case Schalk and Kopf v. Austria (2010), the ECtHR refused to consider this relationship as family life. In its recent judgments, the ECtHR, as a rule, considers the relationship between cohabitating same-sex couples to be family life. Thus, the lack of legal regulation and legal protection of these relationships by the ECHR state parties is deemed to constitute a violation of the right to respect for family life. Despite the fact that family life is established, a state is not obliged to grant same-sex couples the right to marry; yet, in line with the prevailing ECtHR practice, the state has the obligation to recognize these unions in an alternative way (such as civil unions or registered partnerships). In this regard, states enjoy a wide margin of appreciation. Since the judgment in Schalk and Kopf v. Austria, a relationship between cohabiting homosexual persons living together in a stable partnership indisputably constitutes family life.

Key words: marriage, same-sex union, family life, registered partnership, European Court of Human Rights.

* Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade