

Mina Stančić\*

UDK 347.628./65

UDK 347.626

str. 53-79.

## NASLEDNA PRAVA SUPRUŽNIKA IZ ISTOPOLNOG BRAKA ZAKLJUČENOG U INOSTRANSTVU I PRIMENA SUPSTITUCIJE

### Apstrakt

*Rad se bavi analizom naslednopravnog položaja supružnika iz istopolnog braka, zaključenog u inostranstvu, u slučaju kada se o zaostavštini preminulog istopolnog bračnog partnera raspravlja pred sudom u RS i kada se na nasleđivanje primenjuje domaće pravo. Pri tome, posebno se analizira primena metodološkog sredstva supstitucije, kako bi se razrešila dilema da li u našoj državi može doći do "uvažavanja" bračnog statusa koji je nastao zaključenjem punovažnog istopolnog braka u inostranstvu. Radi rešavanja ovog složenog problema kreirani su hipotetički slučajevi, koji ilustruju navedene nedoumice i predstavljaju moguće smernice za postupanje domaćih sudova.*

**Ključne reči:** istopolni brak, istopolna zajednica, supstitucija, javni poredak, status, nasleđivanje.

### 1. Uvod

Pravno uobličavanje položaja istopolnih parova deo je moderne pravne tekovine. Pravni tretman istopolnih parova u svetu nije rešen na jedinstven način, tako da oni u različitim pravnim sistemima uživaju različit korpus prava. Istovremeno, klasično shvatanje braka, kao odnosa muškarca i žene, evoluiralo je tako da su istopolni brakovi postali pravna realnost u velikom broju zemalja sveta. Prema

---

\* Student doktorskih studija prava na međunarodnoprivatnopravnoj užoj naučnoj oblasti na Pravnom fakultetu u Kragujevcu, Univerzitet u Kragujevcu, email: minastancic@gmail.com.

aktuelnoj zakonodavnoj regulativi Republike Srbije (u daljem tekstu: RS), u našoj državi nije moguće zaključiti, priznati ili razvesti istopolni brak. Međutim, vrlo je izvesno da će se pred domaće sudove postaviti pitanje da li strani istopolni brak, zakonito zaključen u inostranstvu, može imati izvesna pravna dejstva u domaćoj državi. Tačnije rečeno, dilema je da li se u postojećem zakonskom okviru može raspravljati o nekim pravnim aspektima stranog istopolnog braka pred sudovima u RS. Fokus naših razmatranja jeste naslednopravni položaj preživelog supružnika iz takvog braka. Preciznije, centralni problem kojim se bavimo u ovom radu je pravno pitanje može li i pod kojim uslovima supružnik iz istopolnog braka, zaključenog u inostranstvu, u RS naslediti preminulog bračnog partnera.

Čak i kad postoje izgledi za priznavanje naslednopravnih efekata stranog istopolnog braka u našoj državi, ostaje otvoreno pitanje na koji način se mogu ta dejstva prihvatiti i da li se to može učiniti metodološkim sredstvom supstitucije, kao osobenim sredstvom međunarodnog privatnog prava. Da bi se na to pitanje odgovorilo, mora se ispitati mogućnost primene supstitucije i razmotriti da li može doći do "uvažavanja" statusa bračnog partnera iz punovažnog istopolnog braka, zaključenog u inostranstvu. Rad je strukturiran tako da se, posle uporednog pregleda načina materijalnopravnog regulisanja zajednica istopolnih parova i kratkog uporednog osvrta na kolizionopravna rešenja (2), težište analize prebacuje na ispitivanje mogućnosti primene supstitucije kod navedenih problema(3). Ispituju se kriterijumi za sprovođenje supstitucije (tačnije rečeno za "test funkcionalne ekvivalentnosti"), koje se ilustruje kroz niz hipotetičkih primera. Pri tome, posebno se razmatra pitanje da li bi strani status (istopolni brak) mogao kod nas biti "uvažen" (ali ne i priznat u smislu upisa u matičnu knjigu venčanih) i ukratko se ukazuje na značaj slobode kretanja u okviru Evropske Unije (u daljem tekstu: EU) za pitanje uvažavanja stranog bračnog statusa, nastalog iz istopolnog braka (4). Rezultati analize i pravci u kojima mogu ići rešenja ove složene pravne situacije su prezentirani u zaključnim razmatranjima (5).

## **2. Istopolni brak i zajednica u uporednom i domaćem međunarodnom privatnom pravu**

Uporednopravno gledano, države imaju različite pristupe u materijalnopravnom regulisanju pravnog položaja istopolnih parova. Iako u praksi paralelno postoji relativno široka lepeza rešenja uređivanja položaja istopolnih parova, ona bi se mogla uopštiti i svesti na četiri pristupa:

Mogućnost zaključenja istopolnog braka,<sup>1</sup> pri čemu se vrlo često sreće samo jedan institut braka, bez obzira da li je zaključen između lica istog ili različitog pola.<sup>2</sup>

Omogućavanje zaključenja istopolne (registrovane) zajednice,<sup>3</sup> pri čemu ta mogućnost nije uvek i na isti način regulisana u različitim državama.<sup>4</sup> Tako se u

---

<sup>1</sup> Neke od država koje omogućavaju zaključenje istopolnog braka su: Holandija (od 2001. godine), Belgija (od 2003. godine), Španija (od 2005. godine), Kanada (od 2005. godine). Opširnije vid. GR. De Groot, *Private international law aspects relating to homosexual couples*, Netherlands comparative law association, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3. (December) 2007, 3 - 4., <http://www.ejcl.org/113/article113-12.pdf>, posećena 01.05.2015; Dalje, pored pomenutih zemalja danas su, u Evropi, istopolni brakovi pravno dopušteni i u: Norveškoj (od 2009. godine), Švedskoj (od 2009. godine), na Islandu (od 2010. godine), u Portugalu (od 2010. godine), u Danskoj (od 2012. godine), u Francuskoj (od 2013. godine), o čemu vid. detaljnije A. Duraković, "Kolizionopravna problematika istospolnih zajednica života", u: Zbornik radova *Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (ur. S. Petrić), br. 12, Pravni fakultet u Mostaru, Mostar 2014, str. 143; Zatim, nedavno su istopolni brakovi dozvoljeni i u Finskoj (od 2014. godine) i u Luksemburgu (od 2014. godine), <http://www.freedomtomyourself.org/landscape/entry/c/international>, posećena 01.05.2015. godine; Zatim, vid. i Art. 1. *Marriage (Same-sex couples) Act 2013* (za oblast Engleske i Velsa), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents/enacted/data.htm>, posećena 01.05.2015; Pored toga, o istopolnom braku u Škotskoj vid. *Marriage and Civil Partnership (Scotland) act 2014*, <http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/contents/enacted>, posećena 01.05.2015; Dalje, 26.06.2015. godine, od strane Vrhovnog suda SAD doneta je revolucionarna presuda *Obergefell v. Hodges*, kojom je zaključenje istopolnog braka dozvoljeno u svim državama SAD, tačnije u još 14 država u kojima do tada zaključenje istopolnog braka nije bilo dozvoljeno. O samoj presudi vid. više na [http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf), posećena 06.08.2015. (Naravno, ovim nije iscrpljena lista zemalja koje dopuštaju zaključenje istopolnog braka).

<sup>2</sup> Vid. o tome, na primer, *The Marriage act Norway, Act 1997-07-04 No. 47, last amended: act-lov-2008-06-27-53 from 2009-01-01*, u kojem je navedeno: "dve osobe različitog ili istog pola mogu sklopiti brak". (Section 1, Chapter I, Part I), <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-marriage-act/id448401/>, posećena 01.05.2015; Dalje, vid. *Dutch civil code, Book 1 Law of Persons and Family Law*: "Brak može biti zaključen između dve osobe istog ili različitog pola." (Ar. 1:30), <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>, posećena 12.04.2015; Povodom holandskog istopolnog braka napominjemo i da "holandsko pravo istopolni brak, kako u pogledu pretpostavki, tako i u pogledu dejstva, posmatra kao brak", A. Duraković (2014), str. 148; Takođe, prema *Canadian Marriage Act* (S.C. 2005, c. 33): "Brak je, u građanskom smislu, punovažna zajednica dva lica koja isključuje sve druge." (Ar. 4), <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.5/page-1.html>, posećena 12. 04.2015. godine; I Švedska poznaje rodno neutralni brak, o čemu detaljnije vid. *Family Law, Information on the rules*, Ministry of Justice, 2013, 9-10, <http://www.government.se/content/1/c6/13/83/44/b557ad95.pdf>, posećena 01.05.2015.

<sup>3</sup> Za istopolne zajednice u uporednoj teoriji i praksi koriste se različiti nazivi. Tako, u Nemačkoj postoji *eingetragene Lebenspartnerschaft*. O institutu *Lebenspartnerschaft* vid. GR. De Groot, *n. delo*, str. 6-7. O *istospolnim zajednicama* u Hrvatskoj pogledati Zakon o životnom partnerstvu osoba istoga spola (*Narodne novine RH*, br. 92/14), <http://www.zakon.hr/z/732/Zakon-o-%C5%BEivotnom-partnerstvu-osoba-istog-spola>, posećena 23.04.2015.

nekim državama istopolnim partnerima daje mogućnost da svoja prava i obaveze urede ugovorom, dok se u drugim zemljama zakonom uređuju prava i obaveze partnera. Pored toga, postoje i diferencirani pristupi u državama, u kojima su prava i obaveze istopolnih partnera određena zakonom, u smislu da li se to čini putem zakona koji se odnosi i na heteroseksualne i na istopolne partnere ili se to čini samo putem zakona koji se odnosi na istopolne partnere.<sup>5</sup>

Uređivanje odnosa između istopolnih partnera kroz pravno regulisanje tzv. *de facto* istopolnih zajednica, koje nisu nastale u formalnoj proceduri.<sup>6</sup>

Nemogućnost zaključenja istopolnog braka ili bilo kakvog oblika istopolne zajednice, ali i pravno nepriznavanje *de facto* zajednice.<sup>7</sup> Ovaj poslednji pristup srećemo u našoj državi.<sup>8,9</sup>

Sa kolizionopravnog aspekta, države u kojima je dozvoljeno zaključenje istopolnog braka predviđaju iste kolizivne norme za heteroseksualne i

---

<sup>4</sup> Nakon Danske (1989), registrovano partnerstvo se legalizuje u Norveškoj (1993), Švedskoj (1994), na Islandu (1996), u Holandiji (1997), Belgiji (1999), Francuskoj (1999), Nemačkoj (2001), Finskoj (2001), Luksemburgu (2004), Engleskoj i Velsu (2004), Švajcarskoj (2004), Andori (2005), Sloveniji (2005), Češkoj (2006), Mađarskoj (2009), Irskoj (2010), Austriji (2010), Lihtenštajnu (2011), Hrvatskoj (2014) i na Malti (2014), Vid. B. Krešić, *Zajednice života osoba istoga spola u pravu zemalja Evropske Unije*, Sarajevski otvoreni centar, Sarajevo, 2015, str. 96-99.

<sup>5</sup> Vid. *Ibid.*, str. 99.

<sup>6</sup> Ovakav koncept prihvaćen je, na primer, u Portugalu, a o tome vid. više A. Duraković, *Jedinstvena pravila o imovinskopравnim aspektima registrirane zajednice u Evropskoj uniji*, *Nova pravna revija*, br. 1/2012, str. 21.

<sup>7</sup> Npr. u propisima Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Distrikta Brčko brak je definisan kao zakonom uređena zajednica života žene i muškarca, tako da u pravu Bosne i Hercegovine ne postoji institut istopolnog braka, niti bilo kakvog oblika istopolne zajednice, vid. B. Krešić, *Pravno uređenje zajednice osoba istoga spola u pravu zemalja Evropske Unije i perspektive legalizacije u pravu Bosne i Hercegovine*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla, 2012, str. 3-4.

<sup>8</sup> Ustav Republike Srbije – URS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, sadrži odredbu član 62, st. 2. "Brak se zaključuje na osnovu slobodno datog pristanka muškarca i žene pred državnim organom." Ipak, u okviru projekta "Borba protiv diskriminacije i izgradnja kulture tolerancije putem dijaloga, pravnih reformi i praćenja diskriminatorne prakse" (koji sprovodi Centar za unapređivanje pravnih studija) predložen je Model zakona o registrovanim istopolnim zajednicama, <http://cups.rs/wp-content/uploads/2010/03/Model-zakona-o-registrovanim-istopolnim-zajednicama.pdf>, posećena 31.01.2015.

<sup>9</sup> U domaćoj teoriji postoje shvatanja da bi homoseksualnim partnerima u RS trebalo priznati pravo na zaštitu od nasilja u porodici po osnovu postojanja emotivne ili seksualne veze. Vid. više o tome V. Vlašković, *Pravo na zaštitu od nasilja u porodici kao subjektivno građansko pravo*, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1(2009), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 260.

homoseksualne brakove.<sup>10</sup> Takva je situacija, na primer, u Holandiji, Belgiji, Švedskoj, Norveškoj i sl.<sup>11</sup>

Generalno, kolizionopravna rešenja za istopolne (registrovane) zajednice mogu se, prema inostranoj literaturi,<sup>12</sup> svesti na nekoliko pristupa: (1) primena prava države gde se istopolna zajednica registruje (*lex loci registrationis*),<sup>13</sup> (2) primena prava države "domaćina" (*law of the host country*), bez razmatranja prava države gde je zajednica zaključena,<sup>14</sup> i (3) analogna primena kolizionih normi koje su predviđene za brak.<sup>15</sup> Što se tiče *de facto* zajednica parova istoga pola, pomenućemo rešenje portugalskog prava, po kojem se materijalni uslovi za stupanje u faktičko partnerstvo cene prema personalnom pravu partnera.<sup>16</sup>

U pravu RS ne postoji specijalna koliziona norma za istopolni brak, ni za istopolnu (registrovanu) zajednicu, niti za *de facto* (istopolnu) zajednicu, zato što naše pravo nijedan od ovih pravnih instituta ne poznaje. U daljim izlaganjima, fokusiraćemo se samo na pravni institut istopolnog braka.

Iz Ustava RS (u daljem tekstu: URS<sup>17</sup>) proizilazi da u RS jedino može postojati brak zaključen "na osnovu slobodno datog pristanka muškarca i žene pred državnim organom" (čl. 62, st. 2), a čl. 3, st. 1. Porodičnog zakona RS<sup>18</sup> (u daljem tekstu: PZ) brak se definiše kao "zakonom uređena zajednica života muškarca i žene" iz čega implicira da u RS nije moguće zaključiti istopolni brak. Istovremeno, ni primenom domaćih kolizionih normi za zaključenje braka (čl. 32. i čl. 33. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja,<sup>19</sup> u daljem tekstu: ZMPP), kod nas nije moguće zaključiti istopolni brak, zbog

---

<sup>10</sup> Vid. A. Duraković (2014), str. 146.

<sup>11</sup> Vid. P. Wautelet, Private International law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe Divided we stand?, *Legal Recognition of Same-sex relationships in Europe*, Intersentia, 2012, str. 4-5.

<sup>12</sup> *Ibid.*, str. 28-38.

<sup>13</sup> Ovakvu rešenje usvojeno je, na primer, u Belgiji, u članu 60. The Code of Private international Law Belgium (Law of 16 July 2004 holding The Code of Private International law), vid. *Ibid.*, str. 28-29.

<sup>14</sup> Na primer, prema Engleskom *Civil Partnership Act* (2004), registrovano partnerstvo zaključeno u inostranstvu i koje može biti priznato u Engleskoj, biće predmet "konverzije". Vid. *Ibid.*, str. 35-36.

<sup>15</sup> Takva je situacija, na primer, u Švajcarskom pravu. Vid. *Ibid.*, str. 38.

<sup>16</sup> Vid. A. Duraković (2014), str. 146.

<sup>17</sup> Službeni glasnik RS, br. 98/2006.

<sup>18</sup> Službeni glasnik RS, br. 18/2005 i 72/2011 - dr. zakon.

<sup>19</sup> *Sl. list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 - ispr.; *Sl. list SRJ*, br. 46/96 i *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006 - dr. zakon.

primene instituta javnog poretka iz čl. 4. ZMPP,<sup>20</sup> čak i kada je takav brak, po principu distributivne kumulacije, dopušten po *lex nationalis*-u oba verenika, zato što pomenute definicije braka spadaju u krug domaćeg javnog poretka. Imajući to u vidu, kao i istraživanje kojim se bavimo u ovom radu, postavlja se kao ključno pitanje da li istopolni brak, punovažno zaključen u inostranstvu, može imati neke imovinskoppravne, tačnije rečeno, naslednopravne efekte u domaćoj državi?

Svojevremeno je francuski ministar pravde dao zvaničan odgovor na pitanje (*No. 16294*, od 09.03.2006. godine) u vezi sa efektima holandskog istopolnog braka u Francuskoj, zaključenog između supružnika koji nisu bili francuski državljani. U tom odgovoru je zauzet stav da bi istopolni brak mogao proizvoditi efekte u Francuskoj, i to u vezi sa imovinom supružnika - bračnom imovinom i nasleđivanjem.<sup>21</sup> Francuska je tada dozvoljavala zaključenje istopolne zajednice (*pacte civil de solidarité*), ali ne i zaključenje istopolnog braka. Mišljenja o takvom stavu su bila podeljena,<sup>22</sup> ali je izvesno da se ovakvo priznavanje dejstava nije odnosilo na situaciju kada bi jedan od bračnih drugova bio francuski državljanin.<sup>23</sup>

Stoga u daljim izlaganjima ispitujemo mogućnost primene metodološkog sredstva supstitucije na pitanje ostvarivanja naslednih prava supružnika iz stranog istopolnog braka u RS. Ovo metodološko sredstvo može se koristiti samo onda kada se kao merodavno pravo pojavljuje domaće pravo (*lex causae* je *lex fori*). Prema čl. 30. st. 1. ZMPP "za nasleđivanje je merodavno pravo države čiji je državljanin ostavilac u momentu smrti". Pri tome, moguće su dve pravne situacije u kojima će *lex causae* za nasleđivanje biti domaće pravo. Prva situacija je kada je preminuli supružnik iz istopolnog braka, zaključenog u inostranstvu, bio državljanin RS u momentu smrti. Druga situacije je onda kada je ostavilac, supružnik iz stranog istopolnog braka, bio strani državljanin u momentu smrti, ali se do domaćeg naslednog statuta dolazi putem pravnog instituta *renvoi*.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> "Ne primenjuje se pravo strane države ako bi njegovo dejstvo bilo suprotno Ustavom SRJ (Srbije - M. S.) utvrđenim osnovama društvenog uređenja."

<sup>21</sup> Vid. P. Wautelet, str. 26 (fn. 96).

<sup>22</sup> *Ibid.*; Naime, autor Wautelet (*Wautelet*) navodi da je jedan raniji ministarski odgovor išao u istom pravcu (odgovor na pitanje N. 41553, od 26.07.2005. godine). Komentatori su bili podeljeni povodom mogućnosti priznavanja nekih dejstava stranog istopolnog braka. Revillard (*Revillard*) je, koristeći doktrinu "*effet atténue*" javnog poretka, smatrao da ima prostora za priznavanje izvesnih dejstava. Fulširon (*Fulchiron*) je bio manje ubeđen u to.

<sup>23</sup> Vid. *Ibid.*, str. 26.

<sup>24</sup> *Renvoi* je u našem pravu regulisan članom 6. ZMPP: "(1) Ako bi po odredbama ovog zakona trebalo primeniti pravo strane države, uzimaju se u obzir njegova pravila o određivanju merodavnog prava. (2) Ako pravila strane države o određivanju merodavnog prava uzvraćaju

### 3. Metodološko sredstvo supstitucije

Metodološko sredstvo supstitucije predstavlja supsumiranje pravnih odnosa i instituta inostranog pravnog poretka pod dispoziciju merodavne domaće materijalnopravne norme.<sup>25</sup> Materijalnopravne norme domaćeg prava izrađuju se shodno nazivima i domašajima pravnih instituta koji su dozvoljeni i koji preslikavaju jednu pravnu sredinu, formiranu socijalnim, ekonomskim i kulturnim uticajima. Međutim, komunikacija između država i između različitih pravnih sistema danas je neminovna i ostvaruje se mnogobrojnim pravnim institutima međunarodnog privatnog prava, pa time i metodološkim sredstvom supstitucije, kojom se strana pravna ustanova "zamenjuje" domaćom. Dakle, potrebno je uporediti stranu i domaću ustanovu i odrediti da li konkretna strana ustanova predstavlja dovoljan generički pandan nekoj domaćoj ustanovi i da li je moguće izvršiti supstituciju (zamenu).<sup>26</sup> Saglasno tome, pretpostavka je da se supstitucijom strani istopolni brak može zameniti najbližim institutom u domaćem pravu – monogamnim brakom različitih polova. Pravni epilog te pretpostavke je da strana ustanova ima ona dejstva koja su predviđena domaćim pravom, pri čemu se zanemaruju dejstva koja strana ustanova ima prema stranom pravu.

Najčešće situacije u kojima dolazi do potrebe za supstitucijom (tzv. supstitucione situacije) jesu prethodno pitanje i situacija kada je u dispoziciji merodavne pravne norme sadržan pravni odnos ili pravna radnja koja je ostvarena pod okriljem stranog prava,<sup>27</sup> što otvara veliki broj pravnih dilema. Nezavisno od

---

na pravo Savezne Republike Jugoslavije (Srbije – M. S.), primeniće se pravo Savezne Republike Jugoslavije (Srbije – M. S.), ne uzimajući u obzir pravila o određivanju merodavnog prava."; Situacija iz čl. 6. st. 2. može se ilustrovati sledećim primerom: ostavilac A je državljanin države X, ali je imao poslednje prebivalište u RS. Za nasleđivanje stranog državljanina u RS merodavno je pravo države X (čl. 30. ZMPP), pod pretpostavkom da postoji nadležnost našeg suda za raspravljanje zaostavštine stranog državljanina. Kolizionopravnim upućivanjem na pravo države X, domaći sudija mora da konsultuje kolizione norme prava države X. Recimo da pravo države X za nasleđivanje predviđa poslednje prebivalište ostavioca kao tačku vezivanja. Time će doći do naknadnog uzvraćanja na naše pravo i primenom člana 6. st. 2. ZMPP, doći će do prekida "lanca" i doći će do primene našeg prava, prava RS.

<sup>25</sup> Vid. S. Đorđević, *Prilagođavanje u međunarodnom privatnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, 2010, str. 198.

<sup>26</sup> Vid. M. Živković, M. Stanivuković, *Međunarodno privatno pravo – opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 362.

<sup>27</sup> Vid. S. Đorđević, "O transpoziciji u međunarodnom privatnom pravu", u: *Savremena pitanja međunarodnog privatnog prava i evropskog privatnog prava* (ur. M. Petrović, S. Đorđević), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2011, str. 200.

razloga koji dovode do primene pravnog instituta supstitucije, sam postupak primene se odvija u nekoliko sukcesivnih koraka:

- 1) utvrđivanje prava koje se primenjuje na sporni pravni institut odnosno pravni odnos, pri čemu su moguće dve situacije. Ako se sporni pravni odnos ili sporni pravni institut javlja kao prethodno pitanje – do merodavnog prava se dolazi putem nezavisnog povezivanja, putem kolizionih normi *lex fori*. U ostalim slučajevima, uzima se u obzir pravo iz kojeg dolazi sporni institut;
- 2) ispitivanje da je li je sporni privatnopravni odnos punovažno nastao prema pravu koje je utvrđeno u prvom koraku, vodeći računa i o materijalnopравnim i formalnopравnim pretpostavkama;
- 3) utvrđivanje funkcionalne ekvivalentnosti, odnosno preispitivanje svih pravnih normi oba pravna poretka (i stranog i domaćeg) koji regulišu institute, koji se supstituišu, da bi se upoređio kvalitet veza, odnosa i dejstava, izgrađenih po jednom i po drugom pravu.<sup>28</sup> Utvrđivanje funkcionalne ekvivalentnosti predstavlja centralnu tačku pravnog instituta supstitucije, jer je moguće zamisliti situaciju da je strani pravni odnos ili pravni institut punovažno zasnovan u inostranstvu, ali nije funkcionalno ekvivalentan istom ili sličnom pravnom institutu ili pravnom odnosu domaćeg prava.

Supstituisanje stranog istopolnog braka domaćim brakom u smislu našeg PZ može za domaćeg sudiju biti manje ili više zahtevan posao. Pretpostavimo da će svaki istopolni bračni par, od nadležnog organa u stranoj državi, dobiti javnu ispravu o punovažno zaključenom braku – venčani list. Domaći sudija će prosto izvršiti uvid u takav legalizovani<sup>29</sup> dokument, što za njega neće biti puno zahtevan zadatak. Međutim, moguće je, barem teorijski, zamisliti situaciju da u toku postupka dođe do osporavanja punovažnosti istopolnog braka. U tom slučaju, domaći sudija će imati nešto složeniji zadatak, jer bi se ispred njega pojavilo prethodno pitanje punovažnosti braka. Pod velikim je znakom pitanja da li bi sudija u RS mogao o takvom pitanju odlučivati, jer je sporno da li iz ZMPP proizilazi osnov za zasnivanje međunarodne nadležnosti za jedno ovakvo pitanje, imajući u vidu da je reč o pravnom institutu istopolnog braka koje naše

---

<sup>28</sup> O postupku primene metodološkog sredstva supstitucije vid. više: S. Đorđević (2010), str. 201. i dalje.

<sup>29</sup> Priznanje dokazne snage javnih isprava reguliše se Zakonom o legalizaciji isprava u međunarodnom prometu (*Sl. list SFRJ*, br. 6/73 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja), Uredbom o ratifikaciji konvencije o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava (*Sl. list FNRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 10/62), te dvostranim međunarodnim ugovorima koje je SFRJ/SRJ zaključila, dostupni na <http://www.mfa.gov.rs/sr/index.php/konzularni-poslovi/overa-dokumenata/potpisniugovori?lang=cyr>, posećena 24.04.2015.



pravo ne poznaje i pri tom je protiv domaćeg javnog poretka. Pri tome je potpuno nebitno da li će o njemu odlučivati prejudicijelno, sa dejstvom samo za taj postupak, ili će uputiti stranke da pokrenu postupak u kojem će se o njemu odlučivati kao o glavnom pitanju. Pod velikim je znakom pitanja i da li će domaći sudija moći da odlučuje o prethodnim pitanjima postojanja i nepostojanja stranog istopolnog braka,<sup>30</sup> uz isti komentar koji je gore iznet. Odgovore na ova pitanja ostavljamo po strani, jer bi prevazišli obim ovog rada, istovremeno iščekujući i odgovore doktrine i sudske prakse na ova pitanja.

Međutim, bez obzira na to što će sudija ispred sebe imati venčani list, on će morati da utvrđuje koje je pravo merodavno za strani istopolni brak, što je prva faza supstitucije. U drugoj fazi, izvršiće uvid u venčani list, a njegova verodostojnost značiće da je istopolni brak punovažno zaključen u inostranstvu. Na samom kraju, treća i poslednja faza supstitucije, podrazumeva upoređivanje normi stranog prava kojima se reguliše pravni institut istopolnog braka, sa pravnim normama našeg prava koje su relevantne za domaći brak. U toj fazi se ispituje da li postoji funkcionalna ekvivalentnost između stranog istopolnog braka i domaćeg braka između lica različitog pola. To podrazumeva preispitivanje svih pravnih normi stranog prava kojima se reguliše odnos nastao u istopolnom braku, u smislu utvrđivanja veza, odnosa i dejstava koji nastaju u stranom istopolnom braku i preispitivanje svih pravnih normi našeg prava, koje su relevantne za brak. Kritičko razmatranje poslednje faze supstitucije zasniva se na utvrđivanju da li se strani istopolni brak smatra brakom u smislu normi stranog prava, odnosno da li ima istu funkciju kao i brak u našem pravu.<sup>31</sup> Zbog obimnosti i kompleksnosti ispitivanja funkcionalne ekvivalentnosti, ovaj postupak je detaljnije analiziran u narednim izlaganjima.

---

<sup>30</sup> Prema stavu domaće sudske prakse, povodom pitanja postojanja braka, sud bi trebalo da prekine postupak i uputi stranke da pokrenu postupak u kojem će pitanje postojanja braka biti rešavano kao glavno, u kom slučaju će vezivanje biti po kolizionoj normi *lex fori*. Vid. više o tome G. Knežević, Prethodno pitanje u međunarodnom privatnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1994, str. 319.

<sup>31</sup> Supstitucija nije jedino metodološko sredstvo kojim se vrši integrisanje stranog pravnog instituta (pravnog odnosa, pravne radnje) u domaći pravni sistem, već pored nje postoji i transpozicija, ali se između njih, u domaćoj teoriji, pravi stroga razlika. O razlici između supstitucije i transpozicije vid. više S. Đorđević (2011), str. 199-200.

#### 4. Ispitivanje kriterijuma za supstituisanje stranih istopolnih brakova domaćim

##### 4.1. Kriterijumi u postupku "funkcionalne ekvivalentnosti"

Pod pretpostavkom da su prve dve faze supstitucije završene pozitivnim ishodom, suštinski problem predstavlja treća faza, u kojoj se sprovodi test funkcionalne ekvivalentnosti. "Usvojenju se priznaju ona materijalnoppravna dejstva koja ima i usvojenje zasnovano prema domaćem pravu, ukoliko ono, zasnovano u inostranstvu, ne proizvodi dejstva koja bitno odstupaju od kompatibilnog pravnog instituta zasnovanog prema domaćem pravu."<sup>32</sup> Prema tome, smatramo da se kao kriterijumi za test funkcionalne ekvivalentnosti, u prvom redu, moraju uzeti dejstva koja proizvodi domaći heteroseksualni brak, ali i kvalitet veza koje se stvaraju između supružnika i da li one omogućuju pravo na nasleđivanje. Pošto je pretpostavka da se supstitucija sprovodi u domaći brak, mora se kao bitan kriterijum uzeti i pojam braka, kako je to navedeno u PZ (i naravno Ustavu RS). U skladu sa tim, kao kriterijume za test funkcionalne ekvivalentnosti koriste se sledeće odredbe domaćeg pravnog sistema:

Pojam braka (član 3. st. 1. PZ: "Brak je zakonom uređena zajednica muškarca i žene.");

- Zajednica života, poštovanje i pomaganje (član 25. PZ<sup>33</sup>);
- Slobodan izbor rada i zanimanja (član 26. PZ<sup>34</sup>);
- Mesto stanovanja i zajedničko domaćinstvo (član 27. PZ<sup>35</sup>);
- Izdržavanje (član 28. PZ<sup>36</sup>);
- Imovinski odnosi (član 29. PZ<sup>37</sup>);

---

<sup>32</sup> A. Jakšić, Pravna sigurnost u međunarodnom privatnom pravu i problem prilagođavanja, *Pravni život*, br. 11-12 (1994) II tom, Udruženje pravnik Srbije, Beograd, str. 2052. Naime, profesor Jakšić u ovom radu analizira situaciju supstitucije kod usvojenja koje je nastalo u inostranstvu. Pri tome, profesor Jakšić je, u ovom radu, smatrao da je supstitucija metod prilagođavanja, vid. *Ibid.*, str. 2048. Kasnije se držao stava da se supstitucija mora strogo razlikovati od prilagođavanja i transpozicije, vid. A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo*, DJB Diagonale, Beograd, 2008, str. 282.

<sup>33</sup> "Supružnici su dužni da vode zajednički život te da se uzajamno poštuju i pomažu."

<sup>34</sup> "Supružnici su nezavisni u izboru rada i zanimanja."

<sup>35</sup> "Supružnici sporazumno određuju mesto stanovanja i odlučuju o vođenju zajedničkog domaćinstva."

<sup>36</sup> "Supružnici su dužni da se uzajamno izdržavaju pod uslovima određenim ovim zakonom."

- Pravo na nasleđivanje (član 9. st. 1.<sup>38</sup> ili član 12. st. 1.<sup>39</sup> Zakon o nasleđivanju,<sup>40</sup> u daljem tekstu: ZON).

Smatramo da ovi kriterijumi izražavaju samu suštinu bračnog odnosa, kao pravnog i društvenog odnosa, različitog od drugih pravnih odnosa, koje srećemo u drugim granama prava. Navedenim pravnim normama ostvaruju se odnosi i veze koje su trajnog i bliskog karaktera. Prema domaćoj porodičnopravnoj teoriji, kriterijum pod b. i d. spadaju u lična prava i dužnosti, dok pravo na slobodan izbor rada i zanimanja spada u lične slobode i prava supružnika. Obaveza izdržavanja supružnika smatra se dejstvom braka u pogledu prava i dužnosti ličnoimovinskog karaktera, dok se pitanja posebne i zajedničke imovine shvataju kao imovinska prava i dužnosti supružnika.<sup>41</sup> U slučaju da se, upoređivanjem normi domaćeg i stranog prava po navedenim kriterijumima, utvrdi ekvivalentnost između stranog istopolnog i domaćeg heteroseksualnog braka, doći će do supsumiranja pravnog pojma stranog istopolnog braka koji je punovažno zaključen u inostranstvu pod dispoziciju iz člana 12. st. 1. ZON ili čl. 9. st. 1. ZON (pravni pojam "braka" u okviru pojma "bračni drug"). Pitanje "da li se može jedan pravni pojam supstituisati u pravni institut koji se javlja u dispoziciji merodavne pravne norme, ne predstavlja ništa drugo nego pitanje tumačenja ove norme",<sup>42</sup> a u našem slučaju, to je član 12. st. 1. ZON (ili čl. 9. st. 1. ZON).

Međutim, najveći problem može nastati kod prvog kriterijuma (pojam braka), jer PZ poznaje samo brak kao zajednicu muškarca i žene (čl. 3, st. 1. PZ). Iako su u čl. 32, st. 2. ZMPP posebno apostrofirana tri uslova za zaključenje braka koja se smatraju javnim poretkom RS (srodstvo, maloletstvo, nesposobnost za rasuđivanje), iz toga se nikako ne sme izvući zaključak da je time iscrpljen krug

---

<sup>37</sup> "(1) Imovina supružnika može biti zajednička i posebna imovina. (2) Supružnici mogu, pod uslovima određenim ovim zakonom, svoje imovinske odnose urediti bračnim ugovorom."

<sup>38</sup> "Prvi nasledni red čine ostaviočevi potomci i njegov bračni drug."

<sup>39</sup> "Drugi nasledni red čine ostaviočev bračni drug i ostaviočevi roditelji i njihovo potomstvo."

<sup>40</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015.

<sup>41</sup> O svemu navedenom i o dejstvima braka vid. više Z. Ponjavić, *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2007, str. 112-119. Pored toga, navedeni autor, pored gore pomenutih primarnih dejstava braka, navodi i tzv. sekundarna dejstva braka: dejstva braka na ime, na državljanstvo, na prebivalište i poslovnu sposobnost. Međutim, ista dejstva nisu od presudnog značaja za ovaj rad, te ih nećemo posebno obrađivati.

<sup>42</sup> S. Đorđević (2010), str. 205.

pitanja javnog poretka.<sup>43</sup> Zabrana zaključenja istopolnog braka u RS zbog toga potpada pod javni poredak iz čl. 4. ZMPP, pa će stoga prvi kriterijum biti predmet detaljnije analize.

#### 4.2. Član 3. st. 1. PZ – prepreka supstituciji ili ne?

Činjenica da prvi kriterijum kao uslov za punovažni brak postavlja različitost polova, otvara dilemu da li to *a priori* dovodi do nemogućnosti supstitucije stranog istopolnog braka domaćim. Tačnije rečeno, potrebno je ispitati da li bi se u RS mogao uvažiti status lica koji je zaključio punovažan istopolni brak u inostranstvu, odnosno "prepoznati" istopolni brak kao osnov pozivanja na nasleđe koji će biti supstituisan u domaći heteroseksualan brak.

Uvažiti strani istopolni brak znači samo konstatovati da postoji jedan takav status, ali to nikako ne znači da će strani istopolni brak biti priznat i upisan u domaće matične knjige venčanih! Načelno, upisivanje stranog braka u domaće matične knjige obavlja se na osnovu izvoda iz stranih matičnih knjiga venčanih, te priznanje inostranih brakova domaćih državljana zavisi od priznanja dokazne strane stranih javnih isprava.<sup>44</sup> Ako činjenice rođenja, zaključenja braka i smrti državljana RS nastale van njene teritorije nisu upisane u matične knjige koje se vode u diplomatsko-konzularnim predstavništvima, upisuju se u matične knjige koje se vode u skladu sa Zakonom o matičnim knjigama RS.<sup>45</sup>

Pitanje uvažavanja statusa je otvoreno sa više aspekata: URS, Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: EKLJP), odluka Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) i upoređivanja sa tretmanom poligamnih brakova u RS. Najpre, URS zabranjuje bilo kakav oblik diskriminacije, po bilo kom osnovu (čl. 21. URS),<sup>46</sup> ni po osnovu seksualne

---

<sup>43</sup> Vid. M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd, 1991, str. 114.

<sup>44</sup> Vid. B. Bordaš, *Porodičnopravni odnosi u međunarodnom privatnom pravu*, Forum - Novi Sad, 2000, str. 64.

<sup>45</sup> Vid. čl. 76. st. 1. Zakona o matičnim knjigama (*Sl. glasnik RS*, br. 20/2009 i 145/2014); Čl. 76. st. 3. ovog Zakona propisano je: "Upis činjenice iz stava 1. ovog člana vrši se na osnovu izvoda iz matične knjige inostranog organa, ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno."

<sup>46</sup> Član 21. glasi: "(1) Pred Ustavom i zakonom svi su jednaki. (2) Svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu, bez diskriminacije. (3) Zabranjena je svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta. (4) Ne smatraju se diskriminacijom posebne mere koje Republika Srbija može uvesti radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima."

orijentacije, što je pretpostavka za ostvarivanje demokratskog domašaja ljudskih prava. Pri tome, URS je propisano i da se ljudska i manjinska prava njime zajamčena neposredno primenjuju, a pravo na nasleđivanje, u skladu sa zakonom, zajamčeno je čl. 59. st. 1. URS.<sup>47</sup>

Neposredno se primenjuju i ljudska i manjinska prava zajamčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima (čl. 18. URS).<sup>48</sup> Jedan od najvažnijih međunarodnih izvora u RS je EKLJP,<sup>49</sup> koja se smatra "živim instrumentom" i mora tumačiti u svetlu aktuelnih okolnosti.<sup>50</sup> Tako je ESLJP u nekim svojim odlukama utvrdio da su istopolna partnerstva obuhvaćena čl. 8 - pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.<sup>51</sup> Iako je ESLJP, u predmetu *Schalk i Kopf vs Austria* smatrao da država, prema EKLJP, nije dužna osigurati parovima istopolne seksualne orijentacije pristup instituciji braka,<sup>52</sup> naveo je i da pravo na sklapanje braka iz čl. 12. EKLJP nije (samo) ograničeno na brak između osoba različitog pola,<sup>53</sup> što predstavlja značajnu novinu u tumačenju čl. 12 EKLJP. U svojoj ranijoj presudi *Karner v. Austria* ESLJP je utvrdio da je došlo do povrede člana 14. EKLJP u vezi sa čl. 8 EKLJP, pošto je smatrao da nije bilo razloga koji bi sprečili da životni

---

<sup>47</sup> Član 59. st. 1. glasi: "Jemči se pravo nasleđivanja, u skladu sa zakonom".

<sup>48</sup> Član 18. glasi: "(1) Ljudska i manjinska prava zajamčena Ustavom neposredno se primenjuju. (2) Ustavom se jemče, i kao takva, neposredno se primenjuju ljudska i manjinska prava zajamčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima. Zakonom se može propisati način ostvarivanja ovih prava samo ako je to Ustavom izričito predviđeno ili ako je to neophodno za ostvarenje pojedinog prava zbog njegove prirode, pri čemu zakon ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajamčenog prava. (3) Odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače se u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje".

<sup>49</sup> Neke od najvažnijih odredbi jesu: čl. 8. (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske), čl. 12. ("Muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu s unutrašnjim zakonima koji uređuju vršenje ovog prava.") i čl. 14. ("Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.").

<sup>50</sup> Predmet 30141/04 *Schalk i Kopf vs Austria* [2004] ECR, tač. 46.

<sup>51</sup> Vid. A. Duraković, (2014), str. 151.

<sup>52</sup> Vid. S. Barić, S. Vincan, Ustavnopravno načelo jednakosti i pravno uređenje istopolnih zajednica, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* (ur. A. Bačić), god. 50, 1/2013, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, str. 102. i dalje.

<sup>53</sup> Vid. A. Duraković (2014), str. 153.

saputnik istoga pola koji nadživi svog partnera ne nasledi pravo zakupa propisano čl. 14. st. 3. Zakona o zakupu stana (*Mietrechtsgesetz*).<sup>54</sup>

Što se tiče poligamnih brakova, u domaćoj teoriji postoje primeri fleksibilnog shvatanja čl. 3. st. 1. PZ kod supstituisanja poligamnog braka (koji je takođe u našem pravu zabranjen) domaćim brakom. Naime, u pravnoj situaciji iranskog državljanina koji je zaključio tri punovažna braka u inostranstvu i koji se preselio u RS, dobio srpsko državljanstvo i zatim preminuo, supstitucija je smatrana mogućom, iako navedena odredba PZ predviđa brak kao zajednicu (jedne) žene i (jednog) muškarca. Doduše, u konkretnom slučaju, imalo se u vidu da je starija domaća sudska praksa razvila pravilo da svi bračni drugovi iz poligamnih brakova, zaključenih u skladu sa šerijatskim pravom koje je važilo pre drugog svetskog rata u pojedinim delovima RS, nasleđuju kao jedan. U ovom našem slučaju, svaka supruga iranskog državljanina bi, nakon uspešne supstitucije i primene navedenog pravila, dobila po jednu šestinu nasleđa.<sup>55</sup>

Iz prethodnog proizilazi da nije sporno da je u RS zajamčeno pravo na nasleđivanje, ali u skladu sa zakonom, što podrazumeva da naš ZON ne omogućava istopolnom bračnom drugu da nasledi. Tačnije rečeno, naš ZON predviđa kao jednog od naslednika "bračnog druga", ali se pojam "bračnog druga" konkretizuje u PZ, koji predviđa samo monogamni heteroseksualni brak. Jedino se postavlja pitanje održivosti argumenta da pravo na nasleđivanje u korelaciji sa ustavnim principom zabrane diskriminacije (ni po jednom osnovu, pa ni po osnovu seksualne orijentacije) može biti osnov za uvažavanje stranog statusa.

ESLJP se prilikom donošenja odluka uvek pridržava prethodno donesenih u sličnim predmetima i očekuje da se princip koji on utvrdi u bilo kojoj presudi primeni i u svim državama ugovornicama.<sup>56</sup> Pitanje dejstva presuda ESLJP u RS mora se posmatrati u kontekstu internacionalnog karaktera ovog suda, čija se praksa odnosi na sve države članice, a ne samo one koje su neposredno uključene u postupak,<sup>57</sup> iako "propust nacionalnih sudova da usvoje jurisprudenciju Evropskog suda kao sredstvo tumačenja Evropske konvencije ne vodi *ipso facto*

---

<sup>54</sup> Predmet 40016/98 *Karner v. Austria* [1998] ECR, tač. 42-43; Vid. više o presudi B. Krešić (2015), str. 48-50.

<sup>55</sup> Vid. S. Đorđević (2010), str. 205-206.

<sup>56</sup> Vid. B. Krešić (2015), str. 40.

<sup>57</sup> Vid. S. Đajić, "Dejstvo odluka Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava u nacionalnim pravnim sistemima", u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (ur. M. Popović), 1-2/2004, Novi Sad, 2003, str. 220.

odgovornosti za kršenje Konvencije".<sup>58</sup> Prema tome, može se postaviti pitanje da li obrazloženje iz *Schalk i Kopf vs Austria* ili *Karner v. Austria* može biti dovoljan argument za "uvažavanje" stranog statusa i to pod uslovom da domaći sudija samoinicijativno iskoristi ova obrazloženja.

Kada se govori o argumentu tretmana stranih poligamnih brakova, u inostranoj teoriji je istaknuto da ne bi bilo koherentno prihvatiti da se koncepti međunarodnog privatnog prava moraju tumačiti široko, naročito da kategorija braka uključuje strane brakove koji su različiti od domaćih (npr. poligamni brakovi), a osporavati da bi istopolni brak trebalo posmatrati kao brak.<sup>59</sup> Profesor Đurđević iznosi interesantno viđenje povodom tretmana stranog poligamnog braka, koji je punovažno zasnovan u inostranstvu, pred sudovima u RS. Reč je o pravnoj situaciji u kojoj dolazi do primene domaćeg prava kao naslednog statuta, bilo zato što je ostavilac bio naš državljanin u momentu smrti, bilo zato što je ostavilac bio strani državljanin u momentu smrti, ali se do domaćeg naslednog statuta dolazi usled primene ustanove *renvoi*. On ističe da domaći organi moraju priznati naslednopravne efekte poligamnog braka koji je nastao u inostranstvu, ističući da javni poredak ima "smanjeni intenzitet".<sup>60</sup> Postavlja se pitanje da li bi "model" ovakvog tretmana stranog poligamnog braka mogao biti "model" za tretman stranog istopolnog braka. Pri tome, možda bi opravdanje za supstituciju poligamnih brakova domaćim brakom moglo ležati u tome što su poligamni brakovi u pojedinim delovima Srbije ranije bili dopušteni.<sup>61</sup> Ako bismo se vodili navedenom logikom, opravdanje za supstituisanje stranog istopolnog braka domaćim bilo bi prihvatljivije nego supstituisanje stranog poligamnog braka domaćim, jer je u RS dvobračnost i dalje krivično delo,<sup>62</sup> dok homoseksualizam odavno nije.

Dakle, smatramo da treba prihvatiti tezu da su svi pobrojani argumenti: zabrana diskriminacije po bilo kom osnovu iz URS, zatim novije tumačenje EKLJP iz presude *Schalk i Kopf vs Austria* i starije tumačenje iz *Karner vs Austria*, tretman

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, str. 226.

<sup>59</sup> Vid. P. Wautelet, *n. delo*, str. 53.

<sup>60</sup> Vid. D. Đurđević, Problem određivanja naslednog dela supružnika u slučaju poligamnog braka, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, 56/2001, str. 78.

<sup>61</sup> Osnovnim zakonom o braku, koji je stupio na snagu 10. maja 1946. godine, uvedeno je načelo monogamije za sve građane bez obzira na versku pripadnost, pri čemu je istovremeno predviđeno da će svi brakovi, pa samim tim i poligamni brakovi muslimana, koji su zaključeni pre 10. maja 1946. godine i koji su, u smislu tadašnjih propisa, bili punovažni, ostati u važnosti. O ovome vid. *Ibid.*, str. 77.

<sup>62</sup> Vid. čl. 187. Krivičnog Zakonika RS (*Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014).

poligamnih brakova u RS, dovoljni za "uvažavanje" statusa bračnog druga iz stranog istopolnog braka, punovažno zaključenog u inostranstvu, čime bi supstitucija bila uspešno sprovedena.

#### 4.3. Način primene supstitucije - nekoliko hipotetičkih primera

**Primer 1:** A i B su holandske državljanke. Zaključile su istopolni brak u Holandiji, gde su i živele čitavog života. Pred kraj života A je dobila i srpsko državljanstvo, te postaje bipatrid. Njih dve su došle u Srbiju, da provedu poslednje dane i A kupuje stan u Beogradu. Zatim, A iznenada umire u Srbiji, a od imovine je za sobom ostavila pomenuti stan. Postavlja se pitanje da li Holandanka može da nasledi imovinu A koja se nalazi u Srbiji?

U navedenom slučaju naš sud može zasnovati nadležnost za raspravljanje zaostavštine, u skladu sa čl. 71. st. 1.<sup>63</sup> ZMPP. Istopolni brak je punovažno zaključen u skladu sa holandskim pravom. Domaći sudija će prosto izvršiti uvid u (prevedeni) propisno legalizovani venčani list i zaključiti da je brak punovažno zaključen.<sup>64</sup>

Primenom čl. 30. st. 1 ZMPP (u vezi sa čl. 11.<sup>65</sup> ZMPP) merodavno pravo za nasleđivanje A je pravo RS. Pitanje koje nam se postavlja je da li holandski brak može biti supstituisan u domaći brak? Postojanje (istopolnog) holandskog braka predstavlja prethodno pitanje i pretpostavka je da se takav brak može sumpsumirati pod dispoziciju domaće materijalnopravne norme za nasleđivanje iz čl. 12. st. 1. ZON. Nakon prve dve faze supstitucije, sudija u trećoj fazi, prema nabrojanim kriterijumima preispituje norme holandskog prava i upoređuje sa

---

<sup>63</sup> "Za raspravljanje nepokretne zaostavštine jugoslovenskih (srpskih - M. S.) državljana postoji isključiva nadležnost suda Savezne Republike Jugoslavije (Srbije - M. S.) ako se ta zaostavština nalazi u Saveznoj Republici Jugoslaviji (Srbiji - M. S.)."

<sup>64</sup> Ako bismo pretpostavili da postoji međunarodna nadležnost za odlučivanje o punovažnosti istopolnog braka koji je zakonito zaključen u inostranstvu, za određivanje merodavnog prava za ovo pitanje ne postoji specijalna kolizionna norma u našem pravnom sistemu. Ali bi se do merodavnog prava došlo putem člana 34. ZMPP u vezi sa članom 2. ZMPP (način popunjavanja "pravnih praznina" u međunarodnom privatnom pravu). Naime, čl. 34. ZMPP određuje samo kolizionu normu za nevažnost brakova koji su zaključeni pred organima Srbije, a ovu pravnu prazninu treba prevazići putem čl. 2. ZMPP, te se time dolazi do zaključka da će merodavno pravo za nevažnost brakova koji su zaključeni pred inostranim organima biti ono pravo koje je kao takvo određeno kolizionom normom države kojoj pripada dotični organ. Vid. T. Varadi i dr., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2010, str. 305.

<sup>65</sup> "Ako lice koje je jugoslovenski (srpski - M. S.) državljanin ima i državljanstvo neke druge države, za primenjivanje ovog zakona smatra se da ima samo jugoslovensko (srpsko) državljanstvo."



normama domaćeg prava. Na konkretnom testu ekvivalencije norme holandskog prava ispunjavaju 6 od 7 kriterijuma i to bismo mogli predstaviti na sledeći način:

Odredba člana 1:30, st. 1. *Dutch Civil Code, Book 1 Law of Persons and Family law*:<sup>66</sup> "Brak mogu zaključiti dve osobe istog ili različitog pola",<sup>67</sup> u konkretnom slučaju, razlikuje se od odredbe čl. 3. st. 1. PZ.

Odredba čl. 1:81 *Dutch Civil Code, Book 1 Law of Persons and Family law*: "Bračni drugovi duguju jedno drugom vernost, pomoć i izdržavanje. Oni imaju obavezu da obezbede jedno drugom ono što je potrebno"<sup>68</sup> može se smatrati funkcionalno ekvivalentnom odredbi čl. 25. PZ (*zajednica života, poštovanje i pomaganje*).<sup>69</sup> Iako navedeni član holandskog zakonika ne navodi eksplicitno termin "zajednica života", smatramo da vernost, pomoć i izdržavanje predstavljaju osnovu za zajednicu života. Prema domaćoj teoriji, zajednica života predstavlja fizičku, emotivnu i intelektualnu zajednicu,<sup>70</sup> ali će postojati i ako supružnici ne stanuju zajedno.<sup>71</sup>

Odredba čl. 1:84, st. 1. *Dutch Civil Code, Book 1 Law of Persons and Family law*: "Troškovi domaćinstva, uključujući i troškove za staranje i podizanja dece, plaćaju se iz prihoda koji pripadaju oboma supružnicima zajedno (zajednički prihodi) i, ako su ovi prihodi nedovoljni, onda iz ličnih prihoda koji pripadaju svakom supružniku odvojeno u toj proporciji"<sup>72</sup> "...", može se smatrati funkcionalno ekvivalentnom odredbi čl. 27. PZ (*zajedničko domaćinstvo i mesto stanovanja*).<sup>73</sup> U našem pravu, vođenje domaćinstva podrazumeva dve osnovne komponente: pitanja vezana za određene izdatke za nabavku stvari i opreme (i podmirivanje tekućih izdataka vezanih za svako domaćinstvo) sa jedne strane i podelu poslova između supružnika, sa druge strane. PZ koristi, dakle, termin

<sup>66</sup> Dutch civil code, Book 1 Law of Persons and Family law, <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>, posećena 10.04.2016.

<sup>67</sup> Art. 1:30 (1) (engl.): "A marriage may be entered into by two persons of a different or of the same gender (sex)."

<sup>68</sup> Art. 1:81 (engl.): "Spouses owe each other fidelity, assistance and support. They have a duty to provide each other with what is necessary."

<sup>69</sup> Vid. odredbu navedenu u fn. 34.

<sup>70</sup> Vid. Z. Ponjavić, *n. delo*, str. 115.

<sup>71</sup> Isto.

<sup>72</sup> Art. 1:84 (1) (engl.): "The costs of the household, including the costs of caring for and raising the children, are to be paid from the income which belongs to both spouses jointly (community income) and, as far as this income is insufficient, from the personal incomes belonging to each spouse separately in proportion thereof..."

<sup>73</sup> Vid. odredbu navedenu u fn. 36.

"zajedničko domaćinstvo", ali sporazum supružnika može biti takav da se oni opredele za vođenje odvojenih domaćinstava.<sup>74</sup> Smatramo da se holandska odredba i odredba našeg prava mogu smatrati ekvivalentnim.

Član 1:157, st. 1. *Dutch Civil Code, Book 1 Law of Persons and Family law*, koji predviđa alimentaciju za supružnika po razvodu braka,<sup>75</sup> može se smatrati funkcionalno ekvivalentnim odredbi čl. 28. PZ (*izdržavanje*).<sup>76</sup>

Odredba članova 1:94, st. 1. *Dutch Civil Code, Book 1 Law of Persons and Family law*: "Po sili zakona, zajednička bračna imovina bi trebalo da nastane između supružnika od momenta zaključenja braka"<sup>77</sup> i čl. 1:90, stav 1. *Dutch Civil Code, Book 1 Law of Persons and Family law*: "Bračni drugovi su ovlašćeni da upravljaju svojom (npr. ličnom) imovinom i, u skladu sa pravilom iz člana 1:97, imovinom iz zajedničke bračne imovine",<sup>78</sup> funkcionalno su ekvivalentne odredbi čl. 29. st. 1. PZ<sup>79</sup> koja predviđa da imovina supružnika može biti zajednička i posebna. Pored toga, odredba čl. 1:114 *Dutch Civil Code, Book 1 Law of Persons and Family law*: "Bračni ugovor može biti zaključen između potencijalnih supružnika (predbračni ugovor) ili tokom braka (postbračni ugovor)"<sup>80</sup> funkcionalno je ekvivalentna čl. 29. st. 2. koja predviđa mogućnost izrade bračnog ugovora.

---

<sup>74</sup> Vid. Z. Ponjavić, *n. delo*, str. 116. i dalje.

<sup>75</sup> "U odluci o razvodu ili u kasnijoj sudskoj presudi sud može, na osnovu zahteva bračnog druga koji nema dovoljno sredstava da obezbedi sebi izdržavanje i koji opravdano nije u mogućnosti da stekne takva sredstva, odobriti izdržavanje ovom bračnom drugu koje mora biti plaćeno od strane drugog bračnog druga."; Art. 1:157 (1) (engl.): "In the divorce order or in a later judicial decision the court may, upon the request of the spouse who has insufficient means to provide for his own maintenance and who is reasonably not able to obtain such means, grant a maintenance allowance to this spouse which has to be paid by the other spouse."

<sup>76</sup> Vid. odredbu navedenu u fn. 37; Čl. 151. st. 1. PZ propisano je da "Supružnik koji nema dovoljno sredstava za izdržavanje, a nesposoban je za rad ili je nezaposlen, ima pravno na izdržavanje od drugog supružnika srazmerno njegovim mogućnostima", dok čl. 163. st. 2. PZ glasi: "Izdržavanje supružnika posle prestanka braka ne može trajati duže od 5 godina", ali se ovaj rok može produžiti pod uslovima iz st. 3. ovog člana.

<sup>77</sup> Art. 1:94 (1) (engl.): "By operation of law a marital community of property shall come into existence between the spouses from the moment of the contracting of the marriage."

<sup>78</sup> Art. 1:90 (1) (engl.): "A spouse is entitled to administer (exercise the management over) his own (i. e. personal) assets and, according to the rules of Article 1:97, the assets of the marital community of property."

<sup>79</sup> Vid. odredbu navedenu u fn. 38.

<sup>80</sup> Art. 1:114 (engl.): "A nuptial agreement may be concluded by the prospective spouses before their marriage (prenuptial agreement) or during their marriage (postnuptial agreement)."

Odredba člana 4:13 stav 2. *Dutch Civil Code, Book 4 Law of Succession*:<sup>81</sup> "Bračni drug po sili zakona stiže svu imovinu ostaviočeve zaostavštine. Dugovi i obaveze po osnovu zaostavštine padaju na njegov teret. Za potrebe ovog paragrafa 'dugovi zaostavštine' trebalo bi da obuhvate i sve izdatke sanaslednika po osnovu isplata ili izvršenja obaveza iz testamenta navedenih u poslednjem testamentu ostavioca",<sup>82</sup><sup>83</sup> može se smatrati funkcionalno ekvivalentna odredbi čl. 12. st. 1.<sup>84</sup> ZON (*pravo na nasleđivanje*). Prema navedenom članu ZON, bračni drug i ostaviočevi roditelji nasleđuju na jednake delove (čl. 12. st. 2).

Član 19, st. 3. Ustava Holandije:<sup>85</sup> "Pravo svakog Holandskog građanina na slobodan izbor posla trebalo bi biti priznato..."<sup>86</sup> može se smatrati funkcionalno ekvivalentnim odredbi člana 26. PZ (*izbor rada i zanimanja*<sup>87</sup>).

Iako između upoređenih odredbi postoje izvesna odstupanja, evidentno je da sve pobrojane odredbe holandskog Građanskog zakonika omogućavaju dejstva vrlo

<sup>81</sup> Dostupno na <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm>, posećena 01.05.2015. godine; Dalje, "zakonska nasledna prava istopolnih partnera koji su zaključili brak identična su onim zakonom naslednim pravima koja ima supružnik različitog pola, što je izričito predviđeno Knjigom IV Građanskog zakonika Holandije. (Novi naslednopravni propisi Holandije – Knjiga IV Građanskog zakonika Holandije, stupili su na snagu 1.1.2003. godine...", J. Vidić, "Naslednopravni položaj srodnika u pravoj nishodnoj liniji supružnika i vanbračnog partnera – uporednopravni pregled", u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (ur. M. Popović), 2/2011, Novi Sad, 2011, str. 290 (fn. 3).

<sup>82</sup> Art. 4:13 (2) (engl.): "The spouse acquirers by operation of law all assets of the deceased's estate. The debts and liabilities of the estate are settled (performed) for his account. For the purpose of this paragraph the 'debts of the estate' shall include all expenditures made for account of the joint heirs in order to settle or perform testamentary obligations imposed by the last will of the deceased."

<sup>83</sup> Članom 4:13, st. 3. *Dutch Civil Code, Book 4 Law of Succession* propisano je: "Po sili zakona, svako dete kao naslednik dobija pravo na potraživanje od onog supružnika (tzv. *financial debt-claim*) čija vrednost odgovara vrednosti udela pomenutog deteta u nasledstvu. Ovo potraživanje dospeva i može se zahtevati u slučaju da:

- a) bračni drug bankrotira ili se na njega primenjuje *Sporazum za otplatu duga fizičkih lica*;
- b) supružnik premine."

<sup>84</sup> Vid. odredbu navedenu u fn. 40.

<sup>85</sup> The Constitution of the Kingdom of the Netherlands 2008, published by the Ministry of the Interior and Kingdom Relations, Constitutional Affairs and Legislation Division in collaboration with the Translation Department of the Ministry of Foreign Affairs, <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>, posećena 21.03.2016.

<sup>86</sup> Art. 19.(3) (engl.) "The right of every Dutch national to a free choice of work shall be recognised, without prejudice to the restrictions laid down by or pursuant to Act of Parliament."

<sup>87</sup> Vid. odredbu navedenu u fn. 35.

slična dejstvima koja nastaju u okviru domaćeg braka u smislu PZ, iako se ostvaruju u okviru istopolnog braka. Na taj način, dejstva iz istopolnog braka ne odstupaju bitno od dejstava koja nastaju u domaćem heteroseksualnom braku. Upoređivanjem veza koje se stvaraju između domaćeg i stranog braka, zaključak je da u oba slučaja nastaje vrlo sličan kvalitet odnosa. U holandskom zakonodavstvu, istopolni brak predstavlja vezu koja je podobna da nadživeli supružnik bude pozvan na nasleđe. Situacija je ista i u našem zakonodavstvu, samo je reč o heteroseksualnom braku. Međutim, odnos čl. 1:30, st. 1. *Dutch Civil Code, Book 1 Law of Persons and Family law* i čl. 3, st. 1. PZ zahteva detaljniju analizu.

Ove odredbe se nesporno razlikuju, ali je put kojim se ta prepreka može prevazići upravo "uvažavanje" stranog statusa, jer smo istakli da smatramo da su gore izneti argumenti i normativni akti dovoljni da bi se jedan bračni status iz istopolnog braka, zaključenog u inostranstvu, mogao u RS "uvažiti". U tom slučaju bi domaći sudija došao do zaključka da nadživeli supružnik može naslediti zaostavštinu. Tačnije rečeno, iako istopolni brak ne postoji kao osnov za nasleđivanje u našem pravu, došlo bi do uvažavanja statusa koji je punovažno nastao u inostranstvu, čime će strani istopolni brak biti supstituisan domaćim. Dakle, Holandanka će, prema čl. 12. ZON, naslediti polovinu zaostavštine naše državljanke, dok će drugu polovinu naslediti njeni roditelji ili njihovi potomci.

Ovakav ishod čini se vrlo jednostavnim. Međutim, šta u slučaju da je raspored činjenica takav da odslikava preteranu vezanost pravnog odnosa sa forumom, odnosno sa RS? Naime, domaći javni poredak<sup>88</sup> se mora zaštititi samo onda kada za tim postoji opravdanost i kada su za to ispoštovani uslovi. Uslovi za primenu klauzule javnog poretka se svode na to da, pored stranog prava kao *lex causae* i meritornog dejstva strane pravne norme, mora postojati i izvesna veza slučaja sa državom *lex fori*,<sup>89</sup> što se manifestuje naročito putem državljanstva, prebivališta ili redovnog boravišta stranke u pravnom odnosu.<sup>90</sup> Ako je ta veza snažnija, postoji više opravdanja za primenu ustanove javnog poretka,<sup>91</sup> čime se vrši relativizacija javnog poretka. Meritorno dejstvo strane pravne norme podrazumeva da je rezultat primene stranog prava, *in concreto*, a ne *in abstracto*,

---

<sup>88</sup> O javnom poretku i sadržini javnog poretka u međunarodnom privatnom pravu RS vid. A. Jakšić (2008), str. 331–339.

<sup>89</sup> O pretpostavkama za primenu klauzule javnog poretka vid. više M. Živković, M. Stanivuković, *n. delo*, str. 350.

<sup>90</sup> Vid. M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *n. delo*, str. 19.

<sup>91</sup> Vid. F. Kahn, *Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)*, Ihering Jahrbücher, 1989, str. 1-112, navedeno prema: T. Varadi i dr., *n. delo*, str. 157.

suprotan javnom poretku države suda. Ocena *in concreto* znači upoređivanje rezultata koji se dobijaju na osnovu primene stranog i domaćeg prava i tek različit rezultat primene stranog prava dovodi do primene domaćeg javnog poretka.<sup>92</sup> Pogledajmo sledeći slučaj.

**Primer 2:** A je srpska državljanka, koja je rođena u Srbiji, a kasnije je otišla u Holandiju da pronađe posao, tako da je u jednom holandskom gradu živela i radila jedan kratak period. Tamo upoznaje B, holandsku državljanku. Njih dve zatim odlučuju da zaključe istopolan brak u Holandiji i tako ozvaniče svoju vezu. Međutim, pošto A sve vreme pati za Srbijom, A i B odlučuju da se nakon ceremonije braka presele u Beograd. A je tokom života stekla vikendicu na Zlatiboru, garsonjeru na Novom Beogradu i akcije u beogradskoj kompaniji. A je bila zaposlena u jednoj srpskoj firmi, a B u jednoj nemačkoj firmi. A do kraja života nije htela da ode iz Beograda, tako da tu i umire. Da li će B moći da nasledi imovinu A?

Domaći sud zasnovaoće nadležnost u skladu sa čl. 71. st. 1.<sup>93</sup> i st. 3.<sup>94</sup> ZMPP. Istopolni brak u ovom slučaju je zaključen u skladu sa holandskim pravom, do kojeg je holandski matičar došao primenom člana 28.<sup>95</sup> *Dutch Civil Code Book 10 - on the conflict of laws*. Za formalnu punovažnost braka, merodavno je holandsko pravo, do kojeg holandski matičar dolazi primenom čl. 30. *Dutch Civil Code Book 10 - on the conflict of laws*.<sup>97</sup> Međutim, domaći sudija će, kao i u prethodnom primeru, prosto izvršiti uvid u (prevedeni) propisno legalizovani venčani list i zaključiti da je brak punovažno zaključen.

---

<sup>92</sup> Vid. M. Živković, M. Stanivuković, *n. delo*, str. 351.

<sup>93</sup> Vid. odredbu navedenu u fn. 64.

<sup>94</sup> "Nadležnost suda Savezne Republike Jugoslavije (Srbije - M. S.) za raspravljanje pokretne zaostavštine jugoslovenskog (srpskog - M. S.) državljanina postoji ako se pokretnosti nalaze na teritoriji Savezne Republike Jugoslavije (Srbije - M. S.)..."

<sup>95</sup> Navedeni član navodi: "Brak će biti zaključen ako:

svaki od budućih supružnika ispuni uslove Holandskog prava za zaključenje braka i ako jedan od njih ima samo holandsko državljanstvo ili poseduje holandsko državljanstvo pored drugog ili ima svoje uobičajeno boravište u Holandiji; ili

svaki od budućih supružnika ispune uslove za zaključenje braka prava one države čije državljanstvo imaju."

<sup>96</sup> "Holandsko pravo polazi od državljanstva budućih bračnih partnera, ali daje mogućnost strancima da stupe u (istopolni) brak u Holandiji ako tu žive ili je barem jedan od njih holandski državljanin.", A. Duraković, (2014), str. 146.

<sup>97</sup> Prema navedenoj odredbi, što se tiče formalne punovažnosti braka, brak jedino može biti punovažno zasnovan u Holandiji, pred Registrom rođenih, umrlih, braka i registrovanih partnerstava, u skladu sa holandskim pravom.

Pošto je A naša državljanka, merodavno pravo za nasleđivanje je domaće (u skladu sa čl. 30. st. 1. ZMPP). Ako se koriste isti kriterijumi za test funkcionalne ekvivalentnosti iz prvog primera, dolazi se do zaključka da postoji ekvivalentnost između stranog istopolnog braka i domaćeg braka, pa ostaje još da se ispita odnos čl. 1:30, st. 1. *Dutch Civil Code, Book 1 Law of Persons and Family law* i čl. 3, st. 1. PZ. Smatramo da je, kao i u prethodnom primeru, moguće uvažiti strani status koji je nastao zaključenjem stranog istopolnog braka. Međutim, raspored činjenica u potonjem primeru liče na uslove koje smo naveli za primenu klauzule javnog poretka, odnosno, primećujemo da postoji ogromna povezanost lica A sa RS, što otvara više prostora za primenu klauzule javnog poretka. A je tokom života imala ličnu vezu sa RS, u smislu ne samo državljanstva, već i prebivališta, zaposlenja, ekonomskog privređivanja i uopšte prisustva na teritoriji RS. Posedovanje srpskog državljanstva nije, dakle, imalo samo deklarativno obeležje već je A bila nosilac svih prava i obaveza koja proističu iz njenog državljanstva. Zbog takve prirode javnog poretka koja podrazumeva da što je jača veza slučaja sa forumom, postoji i više opravdanja za njegovu primenu, čini se da bi domaći sudija u takvim situacijama morao reagovati i time odbiti supstituciju. Prema ovakvoj logici, Holanđanka ne bi mogla da nasledi našu državljanku.

U drugom primeru primećujemo još jednu činjeničnu okolnost - veoma kratak period vremena nakon zaključenja istopolnog braka i dolaska u Srbiju. Prema tome, može se postaviti pitanje da li je u konkretnom slučaju došlo do izigravanja zakona (*fraus legis*). Međutim, čl. 5. ZMPP<sup>98</sup> ima u vidu samo situacije u kojima se putem veštački stvorene tačke vezivanja želi nametnuti primena stranog prava pred domaćim organom, a ne pokriva situacije u kojima se veštački stvorenom tačkom vezivanja utiče na donošenje određene strane odluke.<sup>99</sup> Iz toga se može zaključiti da se pitanje *fraus legis* kod nas ne može postaviti u postupku priznanja i izvršenja strane sudske ili arbitražne odluke.<sup>100</sup> Štaviše, strani venčani list i nije pravni akt čije se priznanje i izvršenje u postupku egzekviture može postaviti u RS, već samo prolazi kroz postupak legalizacije, tako da je primena čl. 5. ZMPP na eventualni *fraus legis*, pri zaključenju istopolnog braka pred stranim organom, praktično onemogućena.

---

<sup>98</sup> "Ne primenjuje se pravo strane države koje bi bilo merodavno po odredbama ovog ili drugog saveznog zakona ako bi njegovo primenjivanje imalo za cilj izbegavanje primenjivanja prava Savezne Republike Jugoslavije (Srbije - M. S.)."

<sup>99</sup> Vid. T. Varadi i dr., *n. delo*, str. 183.

<sup>100</sup> Isto.

U radu je korišćen termin "uvažavanja" statusa nastalog zaključenjem punovažnog istopolnog braka u inostranstvu, u kontekstu odlučivanja o izvesnim pravima supružnika u RS, što nikako ne znači da će strani istopolni brak biti priznat u RS. Bez obzira na to što bi matičar, radi priznanja ovog braka, cenio samo formalnu punovažnost pomenutog braka, "branu" za upis istopolnog braka u domaću matičnu knjigu venčanih predstavlja javni poredak iz čl. 4. ZMPP.

#### 4.4. Sloboda kretanja lica u okviru EU i istopolni brak?

Pre zaključnih razmatranja, smatramo da je važno skrenuti pažnju na to da je u inostranoj literaturi razmatrano da li primarno pravilo o slobodnom kretanju lica može služiti kao teorijski koncept za uspostavljanje principa međunarodnog privatnog prava o uzajamnom priznavanju koji omogućava priznavanje ličnog statusa i porodičnih veza građana EU, u okviru EU.<sup>101102</sup> Otpor diskriminaciji prema homoseksualcima i slobodno kretanje lica su jako podržani od strane Evropskog Parlamenta.<sup>103</sup> Ugovorom o funkcionisanju EU (u daljem tekstu: UFEU), čl. 20. i 21,<sup>104</sup> proklamovana je sloboda kretanja i boravak u okviru EU. "Značaj priznavanja slobode kretanja po osnovu građanstva Unije se ogleda u tome što se pravo boravka može steći ne samo po osnovu ekonomskih aktivnosti, kao što je to bilo ranije, nego i pozivanjem na direktno dejstvo odredbi člana

---

<sup>101</sup> Tim pitanjem se bavio Roberto Barata (*Roberto Baratta*), u svom radu *Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in EC*, 27 *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 4, 6-11 (2007), Vid. više o tome K. Boele-Woelki, *The legal recognition of same-sex relationships within the European Union*, *Tulane law review* [Vol. 82: 1949-2008], 1969; Dalje, vid. kratak pregled Baratinog članka, <http://conflictoflaws.net/2007/mutual-recognition-of-personal-and-family-status-in-the-ec/>, posećena 19. 08. 2016.

<sup>102</sup> U Ugovoru o osnivanju Evropske Zajednice (EZ Ugovor) (dec. 2006, O. J. (C 321E)37, 49-50), princip slobodnog kretanja lica je omogućen članom 18. Vid. više o tome K. Boele-Woelki, *n. delo*, 1968 (fn. 132).

<sup>103</sup> K. Boele-Woelki, *n. delo*, 1969. Autorka Boele-Woelki navodi kao primer Rezoluciju Evropskog Parlamenta o homofobiji u Evropi, Eur. Parl. Doc. P6, TA0018/2006.

<sup>104</sup> UFEU je dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, posećena 19.08.2016. U UFEU je navedeno da njegov čl. 20. predstavlja nekadašnji čl. 17. a čl. 21. predstavlja nekadašnji čl. 18; Danas je na snazi Sporazum iz Lisabona koji je obuhvatio i zamenio ranije ugovore o osnivanju EEZ/EZ i EU. Sporazum iz Lisabona se sastoji iz dva ugovora: Ugovora o Evropskoj Uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije. Vid. više o tome R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo EU*, 6. izdanje, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, str. 105.

21(1). UFEU.<sup>105</sup> Šta više, Sud pravde je navedenim odredbama priznao direktno dejstvo u slučaju *Baumbast*.<sup>106</sup> Jedan od važnih izvora prava EU po ovom pitanju je jeste Direktiva EU o pravima građana 2004/38 (*The Citizenship directive*), koja "ustanovljava okvir regulisanja prava građana EU i članova njihovih porodica na slobodno kretanje i prebivanje unutar teritorija država članica".<sup>107</sup> Direktivom su rešena pitanja slobode kretanja različitih kategorija lica koja su u prethodnom periodu bila regulisana različitim propisima (radnici, samozaposlena lica, studenti i druga neaktivna lica), a države članice su obavezane da direktivu primene na sve "građane" Unije koji se kreću ili borave u nekoj od država članica koja je različita od one čije državljanstvo imaju i na članove njihovih porodica, kojima se mora obezbediti isti status kao i državljanima država članica.<sup>108</sup> Prema ovoj direktivi, članom porodice se, između ostalih, smatra bračni drug i partner sa kojim građanin EU ima registrovano partnerstvo (na osnovu zakonodavstva države članice), ako zakonodavstvo države članice domaćina tretira registrovano partnerstvo ekvivalentnim braku i u skladu sa uslovima utvrđenim u relevantnim zakonima države članice domaćina,<sup>109</sup> što neminovno otvara pitanje da li se pojam "supružnik" odnosi i na istopolne bračne partnere. Iako se čini da je odgovor negativan,<sup>110</sup> pitanje i dalje ne gubi na aktuelnosti i dovodi do različitih tumačenja.<sup>111</sup>

---

<sup>105</sup> R. Vukadinović, *n. delo*, str. 311; Odredba čl. 21. st. 1. UFEU glasi: "Svaki građanin Unije bi trebao da ima pravo da se kreće i boravi slobodno u okviru teritorije država članica..."

<sup>106</sup> U presudi je naveden stav da građani Unije, koji više ne uživaju pravo boravka kao radnici migranti u državi zaposlenja, mogu kao građani Unije uživati pravo boravka po osnovu direktnog dejstva odredbi ondašnjeg člana 18. st. 1 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Vid. više o tome R. Vukadinović, *n. delo*, str. 311.

<sup>107</sup> D. Jančićević, "Koncept porodice u propisima o slobodi kretanja EU", u: *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* (ur. S. Stojčić), broj 68, Pravni fakultet u Nišu, 2014, str. 389-405, 391.

<sup>108</sup> Vid. R. Vukadinović, *n. delo*, str. 309.

<sup>109</sup> Vid. čl. 2. st. 1. i 2. Direktive EU o pravima građana 2004/38.

<sup>110</sup> Komisija je dala sledeće objašnjenje za odbacivanje amandmana Evropskog parlamenta da se u direktivu ubaci termin supružnika "ma kojeg pola": "Komisija smatra da treba ograničiti predlog koncepta supružnika tako da u principu znači supružnik suprotnog pola, osim ako nema naknadnih okolnosti". Ipak, u Izveštaju Evropske komisije iz 2008. godine o implementaciji direktive sadržan je poziv državama članicama da priznaju svojstvo supružnika istopolnim partnerima, ali nije bilo konkretnih koraka u pravcu izmena direktive u tom pravcu. Vid. više o tome D. Jančićević, *n. delo*, str. 393.

<sup>111</sup> Naročito su interesantni mišljenja Komesara za pravdu, osnovna prava i državljanstvo Vivijan Reding (*Viviane Reding*), kao i obrazloženje iz *Metock* presude Suda pravde EU, a o tome vid. više L. Vaige, *The problematics of recognition of same-sex marriages originating from member states according to the EU legal regulation*, *Societal Studies*, 2012, 4(2), str. 765-766.



Prema tome, još uvek je otvoreno pitanje da li načelo slobode kretanja lica može dovesti do principa međunarodnog privatnog prava o uzajamnom priznavanju statusa u okviru EU, a naročito u sferi statusa istopolnih brakova. Ako bi takav princip beskompromisno bio kreiran, sledeće pitanje koje bi nastalo jeste – koliko on obavezuje RS u ovom momentu, imajući u vidu odredbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju?<sup>112</sup>

### 5. Zaključak

U RS trenutno ne postoji nijedna sudska odluka koja bi ukazala na stav našeg pravnog sistema o nasleđivanju između supružnika iz istopolnog braka, zakonito zaključenog u inostranstvu, bilo da je on pozitivan ili negativan. Iz tog razloga, naše istraživanje bazirano je isključivo na teorijskim stavovima i normativnim aktima.

Onda kada je za nasleđivanje merodavno domaće pravo, odgovor na pitanje o naslednopravnom položaju supružnika iz istopolnog braka, zakonito zaključenog u inostranstvu, može se svesti na primenu metodološkog sredstva supstitucije, koje je relativno novo u domaćoj pravnoj teoriji. Ovo metodološko sredstvo sastoji se od tri faze, a u svojoj poslednjoj fazi podrazumeva test funkcionalne ekvivalentnosti, kao postupak kroz koji se sagledavaju dejstva, veze i odnosi koje stvara istopolni brak, zakonito zasnovan prema stranom pravu, uz upoređivanje sa dejstvima, vezama i odnosima koji nastaju u heteroseksualnom braku prema PZ. Pošto ovo metodološko sredstvo može biti uspešno upotrebljeno ako dejstva koja nastaju u stranom istopolnom braku ne odstupaju bitno od dejstava koji nastaju u domaćem heteroseksualnom braku, smatramo da je ono korisno rešenje za odlučivanje o naslednim pravima preživelog (istopolnog) bračnog druga. Štaviše, argument koji ide u prilog tome jeste da je ovo metodološko sredstvo danas neophodno radi komunikacije između pravnih sistema. Svaki pravni sistem ima sebi svojstvene pravne institute koji ne postoje u drugim pravnim sistemima, ili postoje, ali u nešto drugačijem obliku, tako da supstitucija može poslužiti u prevazilaženju navedenih razlika.

Kao jedan od najvažnijih kriterijuma koji se moraju uzeti u postupku funkcionalne ekvivalentnosti između stranog istopolnog braka i domaćeg heteroseksualnog braka jeste pojam braka iz čl. 3, st. 1. PZ (i čl. 62, st. 2. URS). U okviru ovog kriterijuma se otvara krucijalno pitanje: može li se u RS "uvažiti" strani status koji je nastao zaključenjem stranog istopolnog braka? Ako bi se

---

<sup>112</sup> O zajedničkim elementima svih sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, kao posebnoj vrsti tipskih ugovora, vid. više R. Vukadinović, *n. delo*, str. 490–491.

pažljivo analizirale odredbe URS o osnovnim ljudskim pravima, te uzela u obzir tumačenja ESLJP u predmetima *Scharck v. Austria* i *Karner v. Austria* i tretman poligamnih brakova u RS, čini se da odgovor na gornje pitanje mora biti potvrđan. Domaći sudija bi time "prepoznao" strani status – strani istopolni brak, kao statusni odnos pozivanja na nasleđe i supstituisao ga domaćim heteroseksualnim brakom. Time ne bi postojale prepreke da nadživeli supružnik nasledi svog bračnog druga u RS. Ipak, ostavljamo prostora da ovakvo jedno shvatanje ne bude bez izuzetka. Samo onda kada je činjenično stanje u sudskom postupku takvo da postoji jako snažna veza slučaja sa *forumom*, bilo bi potrebno analizirati primenu klauzule javnog poretka i ne dozvoliti supstituciju.

Mina Stančić\*

### **Inheritance Rights of the Spouse from same-sex Marriage concluded in Abroad and the Problem of Methodological Instrument Substitution**

#### **Summary**

The paper deals with the position of the spouse from same-sex marriage concluded in abroad in the case when bequest of a deceased same-sex spouse is discussed before the court in the Republic of Serbia and when domestic law is the applicable law for succession. Besides, it particularly analyzes the application of methodological instrument substitution in order to solve dilemma if the marital status, made by conclusion of valid same-sex marriage in abroad, could be "appreciated" in our country. For the purpose of resolving this complex problem, some hypothetical cases are created illustrating mentioned dilemmas and represent possible guidelines for decision of domestic courts.

**Keywords:** same-sex marriage, registered partnership, substitution, public policy, status, inheritance.

---

\* PhD student of law on Private International law course at the Law Faculty in Kragujevac, the University of Kragujevac, email: minastancic@gmail.com.