

УДК 341.94:347.615-055.33

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22306A

Др Мина ПАВЛОВИЋ*

**ИСТОПОЛНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ЖИВОТА У СВЕТЛУ ПРИМЕНЕ
ХАШКОГ ПРОТОКОЛА О МЕРОДАВНОМ ПРАВУ ЗА
ОБАВЕЗЕ ИЗДРЖАВАЊА ИЗ 2007. ГОДИНЕ**

Под истополним заједницама живота у упоредном праву се подразумевају истополни бракови, регистрована партнерства и de facto истополне заједнице. У Хашком протоколу о меродавном праву за обавезе издржавања, значајним извором српског колизионог права у тој области, ништа није назначено о његовој (не)примени на такве заједнице, нити је дефинисан појам „породични однос“ у смислу чл. 1 тог протокола. Аутор у овом раду истражује у којој мери се тај појам може екстензивно тумачити и да ли може обухватити и истополне заједнице живота. Суштинска је дилема да ли примена Протокола на такве односе произилази из аутономног тумачења појма „породични однос“ или из одлуке сваке државе потписнице појединачно. Заузимајући став о тим питањима, аутор испитује могућност примене Протокола за одређивање меродавног права у споровима поводом издржавања

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија, mstancic@jura.kg.ac.rs.

из истополних заједница закључених у иностранству, који се воде пред домаћим органима. Посебна пажња је посвећена анализи хипотетичког случаја и домаћају клаузуле јавног поретка из чл. 13 Протокола.

Кључне речи: Протокол из 2007. године. – Издржавање. – Меродавно право. – Породични односи. – Истополне заједнице живота.

1. УВОД

Идеје слободе појединца и равноправности покренуле су демократизацију породичних односа у последњих неколико деценија. Индивидуализација, плурализам и приватизација у породичним односима суштински су редефинисали традиционалну породицу, засновану на чврстом колективизму (групи) и породичној солидарности. Нова парадигма брака и породице заснива се на испољавању слободе воље и избора индивидуа (више у Поњавић 2009, 25–28). У склопу плурализма породичних односа, брак између мушкарца и жене данас није једина породичноправна установа намењена формализацији емотивног односа двоје људи. У процесу модификације породичног права и породичних односа велики број држава је у последњих неколико деценија озаконио различите форме истополних заједница живота. Најчвршћи облик формализације тих заједница је истополни брак, који у државама у којима је уведен, по правилу, има родно неутрални карактер (видети Дураковић 2014, 142–143; Павловић 2021а, 10–11, а за нордијске земље Lund-Andersen 2017, 6).¹ Осим тога, у упоредном породичном праву постоје још два облика озаконења истополних заједница живота – регистровано партнерство и тзв. *de facto* истополна заједница. Регистровано партнерство постоји у неким државама света² као установа паралелна институту брака.³ Дејства су им слична, али не морају бити идентична. Насупрот томе, *de facto* истополне заједнице

¹ Тако, у холандском законодавству брак је могућ између две особе истог или различитог пола. Видети Књигу 1 холандског Грађанског законика, чл. 30. Истополни брак постоји у Холандији, Белгији, Шпанији, Норвешкој, Шведској, на Исланду, у Португалији итд.

² Регистровано партнерство је први пут уведено у Данској 1989. године, а након тога у Норвешкој, Шведској, на Исланду, у Холандији, Белгији, Француској, Немачкој, Финској, Луксембургу итд.

³ У неким државама регистровано партнерство постоји паралелно са браком који се законом те државе дефинише као животна заједница жене и мушкарца (примера ради, у хрватском правном систему, чл. 12 Обитељског

не подразумевају формалну процедуру за настанак већ одлуку два партнера истог пола да живе заједно.⁴ У неким правним системима поједине правне форме тих заједница могу да постоје паралелно⁵ или током времена једна форма може да замени другу.⁶

Осим држава које су озакониле истополне заједнице живота, постоје и оне које не оклевају да задрже традиционалне породичноправне концепте и не предвиђају никаква права за partnere из истополних заједница живота (право на издржавање, пензију и сл.). Једна од таквих држава је и Србија, чији правни систем нормира брак искључиво као заједницу мушкарца и жене⁷ и законски не регулише (ни истополно ни хетеросексуално) регистровано партнерство нити *de facto* истополну заједницу. Другим речима, Србија не нормира ниједну форму истополних заједница живота (више у Павловић 2021а, 58). Сагласно томе, право на издржавање између истополних партнера у српском правном животу није регулисано пошто је тај вид финансијског обезбеђења члана породице у домаћем правном систему предвиђен искључиво између (хетеросексуалних) супружника и између (хетеросексуалних) ванбрачних партнера.⁸

Међутим, може се замислити ситуација да партнер из стране, легално засноване истополне заједнице живота поднесе тужбу пред нашим судом ради досуђивања издржавања од другог партнера,

закона Хрватске, *Народне новине* 103/15, 98/19). С друге стране, некада регистровано партнерство постоји истовремено са истополним браком, као што је случај у холандском праву, за оба правна система видети фн. 1 и 5 рада.

⁴ Више о специфичностима регистрованог партнерства и о фактичкој истополној заједници у Павловић 2021а, 11–14. Фактичка истополна заједница нормирана је у Португалији, Словенији, Хрватској, Италији итд.

⁵ Тако, у хрватском правном систему нормирани су тзв. неформално животно партнерство (*de facto* истополну заједницу) и „животно партнерство“. Видети Закон о животном партнерству особа истог пола, *Народне новине* 92/14, 98/19 (чл. 2 и 3). У холандском праву регулисани су и истополни бракови и регистрована партнерства. Видети чл. 30 и даље Књиге 1 холандског Грађанског законика

⁶ Тако, у Немачкој је истополни брак уређен (од 2017. године), а претходна регистрована партнерства се могу конвертовати у брак (§20 Lebenspartnerschaftsgesetz, *BGBI. I S. 266*). Истополни брак је уведен путем Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, *BGBI. 2017 I 2787*, ступио на снагу 1. октобра 2017.

⁷ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* 98/2006, чл. 62, ст. 2; Породични закон, *Службени гласник РС* 18/2005 и 72/2011 – др. закон, чл. 3.

⁸ Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС* 18/2005 и 72/2011 – др. закон, чл. 151 и 152.

дужника издржавања. Имајући у виду да је реч о правном односу који је правоваљано настао у иностранству и да се његова дејства „протежу“ и на нашу државу, најпре треба одредити меродавно право за ма какво одлучивање о том тужбеном захтеву. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља⁹ не садржи специјалну колизиону норму за било које питање проистекло из истополних заједница живота закључених у иностранству.

Осим тога, саставни део српског колизионог права у материји издржавања чини Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања¹⁰ (у даљем тексту: Протокол) и њиме су дерогиране одговарајуће одредбе ЗРСЗ. Протокол не садржи експлицитну одредбу којом би се недвосмислено одредила његова примена на обавезе издржавања између партнера из истополне заједнице живота. Зато је наше истраживање усмерено на два кључна питања. Прво је неопходно размотрити да ли се заједнице живота лица истог пола могу сматрати „породичним односом“ у смислу чл. 1. ст. 1 Протокола, односно да ли издржавање проистекло из тих заједница потпада под поље његове примене. У случају да је одговор позитиван, друго питање се односи на начин примене Протокола од српских поступајућих органа у случају спора поводом затраженог издржавања између партнера из истополне заједнице живота закључене у иностранству.

У овом раду је најпре направљен кратак осврт на карактеристике Протокола и његова колизиона решења (2). У излагању се затим испитује да ли се истополне заједнице живота могу сматрати „породичним односом“ у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола и да ли свака држава потписница може самостално донети одлуку о квалификацији таквих заједница као *породичних односа* (3) и заузима став о примени Протокола у споровима поводом међусобног издржавања проистеклог из истополних заједница живота закључених у иностранству који се воде пред српским надлежним органима. Посебна пажња је посвећена домашају и могућностима за примену клаузуле јавног поретка из чл. 13 Протокола, због чега је анализиран хипотетички случај супруге из немачког истополног брака, која захтева досуђивање издржавања пред домаћим судом (4), након чега следи закључак, као сублимација излагања (5).

⁹ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ* 43/82 и 72/82 – испр. *Службени лист СРЈ* 46/96 и *Службени гласник РС* 46/2006 – др. закон, чл. 3.

¹⁰ Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=133>, последњи приступ 12. јануара 2022.

2. ПОГЛЕД НА ПРОТОКОЛ И КОЛИЗИОНА РЕШЕЊА ПРОТОКОЛА

Протокол је усвојен на Хашкој конференцији за међународно приватно право (у даљем тексту: Хашка конференција) у новембру 2007. године, чиме су унификоване колизионе норме за обавезе међусобног издржавања. У поље примене Протокола спада одређивање меродавног права за обавезе издржавања из *породичног односа* (подвукао аутор), *крвног сродства, брака или тазбинског сродства, укључујући обавезе издржавања детета, без обзира на брачни статус његових родитеља* (чл. 1, ст. 1 – *ratione materiae*). Он се примењује без услова реципроцитета, односно и ако је меродавно право државе која није уговорница (чл. 2 Протокола) (више у Павловић 2021, 484–485), што је и чест случај са међународним инструментима хашког система. Имајући у виду колизионоправну унификацију, у његово поље примене не улазе правила о одређивању међународне надлежности, признању и извршењу одлука, ни правила о управној сарадњи између држава (видети Вопоми 2013, 21). Временско важење Протокола регулисано је у одредби чл. 22, тако што се он *неће* применити на издржавање затражено у држави уговорници *за период* пре његовог ступања на снагу.¹¹

Сва колизиона решења Протокола нормирана су у одредбама чланова 3–8, при чему опште колизионо правило из чл. 3 Протокола упућује на примену права државе уобичајеног боравишта повериоца издржавања (о чл. 3 више у Павловић 2021, 485–486; Живковић 2013, 84–85). Према томе, странка не мора имати држављанство једне од држава уговорница да би дошло до примене Протокола (више у Hausmann 2018, 445). Насупрот општем колизионом правилу, одредбом чл. 4 Протокола предвиђено је одступање, али будући да оно служи одређивању меродавног права за обавезе међусобног издржавања између родитеља и деце (и потраживање лица млађих од 21 године према лицима који нису родитељи)¹², ова одредба није од пресудног значаја за тему рада, тако да је нећемо додатно елаборирати (о чл. 4 више у Павловић 2021, 486–487).

¹¹ Видети одредбе чл. 23–25 Протокола, које се односе на потписивање, ратификацију, приступање и ступање на снагу.

¹² У случају да је реч о супружницима и бившим супружницима, уколико један од њих има мање од 21 године, на обавезе њиховог међусобног издржавања не примењују се правила из чл. 4 већ правила о издржавању између супружника у току трајања брака или бивших супружника из чл. 5 Протокола (више у Живковић 2013, 85)

Што се тиче обавезе издржавања између супружника, разведених супружника или лица чији је брак поништен, меродавно право се може одредити путем основног колизионог правила из чл. 3 Протокола. Међутим, право уобичајеног боравишта повериоца издржавања неће се применити уколико се испуне два кумулативна услова: 1) ако се једна од странака противи примени тог права и 2) ако је право неке друге државе (нарочито право државе њиховог последњег заједничког уобичајеног боравишта) у ближој вези са браком (чл. 5 Протокола). Уколико су услови испуњени, примењује се право те друге државе (више у Павловић 2021, 487–488; Живковић 2013, 87).

Одредбом чл. 6 Протокола прописано је да дужник издржавања може оспорити повериочев захтев за издржавање ако истакне да обавеза издржавања не постоји ни према праву државе уобичајеног боравишта дужника ни према праву заједничког држављанства странака, у случају да га имају. То значи да ако странке немају заједничко држављанство, довољно је да обавеза није предвиђена правом уобичајеног боравишта дужника издржавања (Staudinger 2020a, Rn. 11). У случају да имају заједничко држављанство, услови су строжи, односно постојање обавезе издржавања процењује се и по праву уобичајеног боравишта дужника и по праву државе чије држављанство обе странке имају (Бордаш, Ђундић 2013, 149). Реч је о тзв. *одбрамбеној* клаузули, а како њу није могуће применити на сваки вид међусобног издржавања, за тему рада је важно истаћи да се дужник на њу не може позвати код, примера ради, обавеза издржавања између супружника и бивших супружника.¹³

Конечно, Протокол даје могућност странкама да саме изаберу право по коме ће се решавати питање њиховог међусобног издржавања. Основ је аутономија воље, али је она у овом случају ограничена на четири права¹⁴ (чл. 8, ст. 1 Протокола)¹⁵. С друге стране, одредбом чл. 7 Протокола предвиђен је тзв. процесноправни споразум, „само за потребе посебног поступка који се води у конкретной држави“. Тада поверилац и дужник издржавања могу изабрати право државе у којој су поступак

¹³ Али и за обавезе издржавања родитеља према деци, види чл. 6 Протокола. О тој одредби видети Павловић 2021, 488–489; Бордаш, Ђундић 2013, 149. За примену те одредбе види пример из 4.2. дела рада.

¹⁴ а) Право државе чије држављанство има једна од странака у тренутку избора; б) право државе уобичајеног боравишта једне од странака у тренутку избора; в) право које су странке изабрале као меродавно за своје имовинске односе или право које је заиста примењено на те односе; г) право које су странке изабрале као меродавно за свој развод или раставу или право које је заиста примењено на њихов развод или раставу.

¹⁵ За ограничења примене овог члана види Живковић 2013, 89.

и покренули, односно изабрати *lex fori*¹⁶ (о одредбама чл. 7 и 8 више у Павловић 2021, 489–490; Бордаш, Ђундић 2013, 144–149). Како се тешко може замислити да истополни партнери изаберу право Србије као право државе суда, пошто у нашем праву издржавање у том смислу није уређено, потоња одредба неће бити посебно анализирана.

3. ПОРОДИЧНИ ОДНОС У СМISЛУ ЧЛ. 1, СТ. 1 ПРОТОКОЛА– ИСТОПОЛНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ЖИВОТА

3.1. Приступи тумачењу појма породични однос

3.1.1. Постављање проблема

Протоколом није дата дефиниција појма породични однос у смислу чл. 1, ст. 1, али се она није могла ни очекивати, имајући у виду различите породичноправне установе које постоје у државама потписницама, а којима су својствена одређена друштвена, културолошка и политичка обележја. Можда је жеља творца Протокола била да се такве разлике не потенцирају, будући да државама уговорницама нису допуштене резерве којима би се ограничило поље његове примене у погледу одређених обавеза издржавања или да се неке од њих искључе.¹⁷ Извесно је да су из поља примене Протокола искључени захтеви за издржавање проистекли искључиво из уговора или, пак, јавноправни захтеви (Staudinger 2020, Rn. 3).

Појам породични однос у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола има двоструко значење. Он подразумева најпре заједничку црту експлицитно наведених примера у том међународном извору – „*крвно сродство, односи између родитеља и детета, тазбинско сродство, брак*“ (Вопони 2013, 27). С друге стране, појам породични однос може подразумевати и *друге* односе (више у Andrae 2014, 540–541). Према томе, захтеви за издржавање потпадају под поље примене Протокола уколико се они на било који начин могу приписати односима из чл. 1, ст. 1 (Heiderhoff 2021, Rn. 39).^{18, 19}

¹⁶ Види чл. 7, ст. 1 Протокола.

¹⁷ Према чл. 27 Протокола резерве на тај међународни извор нису дозвољене.

¹⁸ Да ли у конкретном случају постоји дотични однос у смислу чл. 1 Протокола, претходно је, односно прво питање (нем. *Erstfrage*) (за полемику о начину везивања претходног питања у смислу Протокола и избора аргумената за

У сваком случају, у Протоколу је појам породице широко постављен (видети *Вопоти* 2013, 27; *Junker* 2017⁴²⁶), чему сведочи околност да он обухвата и захтев за издржавање самохране мајке према оцу њеног детета (у том смислу *Junker* 2017, 426). У немачкој правној литератури се истиче да се под појмом брак, у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола, схвата и шепатујући брак (нем. *hinkende Ehe*), који постоји само према страном, а не и према унутрашњем праву (више у *Hausmann* 2018, 442). Ванбрачне заједнице нису експлицитно наведене у чл. 1, ст. 1, али су у припремним радовима и каснијим коментарима дате препоруке да питање издржавања из таквих заједница буде обухваћено одредбама Протокола (Живковић 2013, 81 фн. 5). Уколико се оне, према меродавном праву (статуту за издржавање),²⁰ сматрају породичним односом и стварају законску обавезу издржавања, потпадаће по чл. 1, ст. 1 Протокола (видети и упоредити *Hausmann* 2018, 443; *Heiderhoff* 2021, Rn. 44).²¹

Посебан изазов приликом одређивања опсега појма породични однос јесте дилема да ли он обухвата истополне заједнице живота, будући да постоје упоредноправне разлике у формама којима су регулисане, али оне нису озакоњене у свим државама. Истополни бракови и регистрована партнерства нису побројани у чл. 1, ст. 1 Протокола, али ни експлицитно искључени из поља његове примене. О том питању је много

независно везивање видети *Hausmann* 2018, 440–441). У сличном смислу, ако у међународном извору није назначен начин решавања претходног питања, треба га везивати независно (о томе више у Ђорђевић, Мешкић 2016, 113).

¹⁹ Интересантно је да је у чл. 1, ст. 2 Протокола прописано да одлуке донете његовом применом не утичу на постојање било ког односа из ст. 1 тог члана. Странка не може користити одлуку донету применом меродавног права одређеног путем колизионих решења Протокола да би тврдила да дотични однос постоји (видети *Вопоти* 2013, 29). Међутим, будући да је обавеза издржавања последица одређеног статусног односа између повериоца и дужника, упитно је да ли се издржавање уопште може посматрати изоловано од питања статуса. Због нераскидивости та два питања, може се говорити о квазиаутономији издржавања у односу на одлуку о статусу (више у *Марјановић* 2014, 149).

²⁰ У немачкој правној теорији је истакнуто да се меродавно право за неформалне фактичке заједнице не може одредити на основу чл. 5 Протокола (у том смислу за немачко право *Hausmann* 2018, 456). Супротно је мишљење Мирка Живковића, који сматра да наш судија треба да примени чл. 5 и на издржавање ванбрачног партнера (видети о томе Живковић 2013, 87).

²¹ Према схватању Мирка Живковића, одлука о примени Протокола на ванбрачне партнере препуштена је унутрашњим законима држава уговорница, па тако, из угла *српског* права, Протокол треба применити на ванбрачне заједнице будући да је у нашем ПЗ предвиђена обавеза издржавања из таквог односа (видети Живковић 2013, 81, фн. 5).

расправљано током његове израде, али је преовладало становиште да се Протоколом не заузме јасан став. Тај „пропуст“ је направљен намерно, да би се избегло сучељавање ставова држава уговорница поводом фундаменталних разлика по том питању (видети *Вопоти* 2013, 27). Зато остаје дилема да ли се истополни бракови и регистрована партнерства могу квалификовати као „породични односи“. Са тим је повезано и питање да ли би одлука о примени Протокола на такве односе могла представљати последицу аутономног тумачења појмова из чл. 1, ст. 1 Протокола или би се могла оставити свакој држави потписници засебно (*Heiderhoff* 2021, Rn. 39–42). У наставку је посебна пажња посвећена анализи и једног и другог приступа.

3.1.2. Први приступ – аутономно тумачење појмова из чл. 1 ст. 1 Протокола

У правној теорији је истакнуто да приликом тумачења правних појмова и института у међународном уговору има места аутономној квалификацији (видети и упоредити *Јакшић* 2017, 431–432; *Станивуковић, Живковић* 2010, 257–258; *Ђорђевић, Мешкић* 2016, 91; *Варади et al.* 2010, 127–128), то јест упоредноправној квалификацији (видети *Нау, Krätzschar* 2010, 116; *Von Hoffmann, Thorn* 2007, 229). Како Протоколом није дефинисан појам „породични однос“ нити је указано на одређено национално право по коме треба квалификовати тај правни појам²², за спровођење аутономне квалификације тог појма једино преостаје креирање аутономних (једнообразних) појмова ослањањем на упоредноправну анализу права држава уговорница тог међународног извора.²³

Упоредноправна анализа подразумева испитивање законодавстава тих држава, односно да ли и које од њих познају истополне заједнице живота. Таква анализа показује да од 32 државе *уговорнице Протокола* (рачунајући и Европску унију [ЕУ] као уговорницу)²⁴, 21 уређује неку форму истополних заједница живота. Од држава уговорница Протоко-

²² У том смислу о аутономној квалификацији *Ђорђевић, Мешкић* 2016, 91; *Станивуковић, Живковић* 2010, 257–258.

²³ Видети у том смислу о аутономној квалификацији *Ђорђевић, Мешкић* 2016, 90–91.

²⁴ Аустрија, Белгија, Бразил, Бугарска, Хрватска, Кипар, Чешка, Естонија, Европска Унија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Ирска, Италија, Казахстан, Летонија, Литванија, Луксембург, Малта, Холандија, Пољска, Португалија, Северна Македонија, Румунија, Србија, Словачка, Словенија,

ла, регистровано партнерство је признато, примера ради, у Хрватској²⁵, Естонији²⁶, Грчкој, на Кипру²⁷, Италији²⁸, Словенији²⁹,³⁰, док су истополни бракови допуштени у Бразилу, Француској, Холандији³¹, Белгији³², Шпанији, Луксембургу, Шведској, Финској итд.³³ Као што је речено, у упоредном породичном праву те форме могу да коегзистирају или да замене једна другу. С друге стране, десет држава уговорница Протокола не регулише ниједан облик истополне заједнице живота, као што је случај са Србијом, Северном Македонијом, Пољском, Словачком и сл.³⁴.

То упућује на закључак да данас више од половине држава уговорница познаје истополне бракове и/или регистрована партнерства. Што се таквих држава или држава које су спремне да признају такве установе тиче, на Дипломатском заседању је закључено да их такве државе могу подвести под колизиону норму за међусобно издржавање супружника и бивших супружника (чл. 5 Протокола) (видети Hausmann 2018, 456; Vononi 2013, 45–47). Примера ради, из угла немачког права се под *клаузулу одступања* из чл. 5 Протокола супсумирају и регистрована партнерства и истополни брак, посебно од када је потоњи уведен у тај

Шпанија, Шведска и Украјина. Видети списак уговорница на <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=133>, последњи приступ 8. децембра 2021.

²⁵ О издржавању у регистрованом партнерству видети чл. 49 Закона о животном партнерству особа истог пола.

²⁶ О издржавању видети §9 Kooseluseadus, RT I, 16. 10. 2014, 1

²⁷ О издржавању у Грчкој и на Кипру видети Lima 2017, 325–327, 342–343.

²⁸ О издржавању видети Ferrari 2017, 150.

²⁹ Zakon o partnerski zvezi – ZPZ, Uradni list RS 33/15. Партнерска звезда је заједница између две жене или два мушкарца и има исте правне последице као и брак у свим правним областима (чл. 2 ZPZ). Изузетке од тога може прописати само ZPZ.

³⁰ Осим тих држава уговорница, регистровано партнерство је уведено и у Чешкој, Шведској, Белгији, Француској, Немачкој, Финској, Луксембургу, Мађарској, Ирској, Аустрији, Хрватској, Малти. У неким од тих држава касније је уведен и истополни брак и такве државе су различито поступале са претходним регистрованим партнерствима. Примера ради, Шведска је допустила конверзију регистрованог партнерства у брак, док Француска није и сл. (више у Павловић 2021a, 13).

³¹ О издржавању након престанка брака видети BW 1:157

³² О досуђивању издржавања након развода видети Sosson 2010, 56–57.

³³ Осим тих држава уговорница Протокола, истополни брак познају још: Аустрија, Немачка, Ирска, Малта и Португалија.

³⁴ Осим тих држава, истополне заједнице живота нису правно признате у Литванији, Летонији, Украјини, Румунији, Бугарској и Казахстану.

правни систем (Hausmann 2018, 456).³⁵ У хрватском ЗМПП³⁶ експлицитно се упућује на примену Протокола за издржавање у оквиру регистрованог (животног) партнерства (чл. 40 у вези са чл. 45).

Историјским тумачењем Протокола сугерише се да је циљ његовог доношења била унификација колизионих решења за одређивање меродавног права за обавезе издржавања и унапређивање решења из Конвенције од 2. октобра 1973. године о меродавном праву за обавезе издржавања (у даљем тексту: Конвенција из 1973). Чини се да је током његове израде постојала латентна тежња да се под колизиону норму чл. 5 укључе и обавезе издржавања проистекле из регистрованог партнерства или истополног брака, будући да су неке делегације предлагале да се у тексту изричито наведе да се одредба чл. 5 може, уз дискреционо право држава, примењивати на установе блиске браку (видети Вопоми 2013, 27). Такве допуне у коначном тексту нема, али је већ наглашено да из пропратних материјала уз Протокол произилази закључак да се тај члан примењује и на регистрована партнерства и истополне бракове.

Наведеним пребројавањем држава уговорница Протокола које познају истополне бракове и/или регистрована партнерства може се закључити да ће га већина држава потписница применити на обавезе издржавања проистекле из таквих заједница. То би представљало покушај извођења аутономне квалификације појма породични однос у тој конвенцији, који би могао бити прихваћен у свим државама потписницама. Она би свакако била целисходна јер би у супротном могла настати реална опасност од неуједначене примене Протокола и осујећивања основног циља унификације (у том смислу за аутономну квалификацију Станивуковић, Живковић 2010, 257). Ипак, треба имати у виду да је аутономна квалификација појма породични однос од свих држава потписница заиста изазов. Упитна је могућност апстраховања заједничких карактеристика тог појма у оквиру свих потписница Протокола, узимајући у обзир њихове различите породичноправне системе и правне традиције.

³⁵ Видети фн 6. У немачком међународном приватном праву постоји специјална колизиона норма за истополни брак и то је чл. 17б, ст. 4 и 5 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB). Тако, о чл. 17б EGBGB видети Martiny 2020, 3134–3139.

³⁶ Закон о међународном приватном праву Хрватске – ЗМПП Хрватске, Народне новине 101/17.

3.1.3. Други приступ – свака држава потписница може самостално да донесе одлуку

Могућ је и други приступ, према којем су потписнице Протокола слободне да различите институте квалификују као породичне односе, у складу са одговарајућим методом у међународном приватном праву (МПП) државе суда (Staudinger 2020, Rn. 16). Према преовлађујућем мишљењу у литератури, за решење прве квалификације у МПП³⁷ примењује се *lex fori* квалификација.³⁸ Тада се правна питања и правни односи проистекли из чињеничног стања са елементом иностраности схватају у складу са мерилима права државе суда, након чега се подводе под одговарајућу правну категорију домаћих колизионих норми (видети Ђорђевић, Мешкић 2016, 84). На институте непознате домаћем правном систему примењује се функционална квалификација (видети и упоредити Von Hoffmann, Thorn 2007, 229–230; Kropholler 2006, 126 и даље; Варади *et al.* 2010, 128; Ђорђевић, Мешкић 2016, 89–90, 92; Јакшић 2017, 433–435; Станивуковић, Живковић 2010, 250–251; у сличном смислу и Нав, Krätzschar 2010, 122).

Према томе, шта се подразумева под *другим односима* у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола, одређује се у складу са правом државе потписнице тог међународног извора, пред којом се води поступак. При томе се као основа не узима супстанцијално породично право те државе већ се спроводи квалификација у складу са владајућим методом, који постоји у међународном приватном праву државе суда (Andrae 2014, 541–542). Чини се да спровођење квалификације у том смислу неће бити захтевно за државе које познају истополне бракове и регистрована партнерства јер на издржавање из таквих односа могу применити чл. 5 Протокола. То је факултативно решење и не обавезује државе потписнице које такве заједнице не познају (Вопони 2013, 45–47).

Теже је заузети став по питању квалификације појма породични однос у случају десетак држава уговорница Протокола које не познају истополне заједнице. Не постоји основ путем којег би ове државе биле дужне да узму у обзир одлуке органа других држава уговорница о досуђивању издржавања између истополних партнера, иако то оне

³⁷ О квалификацији као двофазном поступку у домаћој литератури Ђорђевић, Мешкић 2016, 78; Јакшић 2017, 417, 435–436.

³⁸ О тој квалификацији упоредити Ђорђевић, Мешкић 2016, 84–86; Станивуковић, Живковић 2010, 254; Варади *et al.* 2010, 124–126, 128; Von Hoffmann, Thorn 2007, 226–228.

могу учинити.³⁹ За те државе су могућа два решења и оба су потпуно легитимна. Ако констатују да бракови и партнерства између лица истог пола нису породични односи у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола, онда се он не примењује већ се примењују националне колизионе норме за издржавање (Воноти 2008, 339). У случају да такве заједнице сматрају породичним односом, али их не третирају као брак, за одређивање меродавног права би примениле остале одредбе Протокола, нарочито чл. 3 и 6 (Воноти 2008, 339; Воноти 2013, 27). Међутим, негативан аспект тог приступа је то што се може сматрати контрадикторним са обавезом јединственог тумачења Протокола (чл. 20).

3.1.4. Аутономно тумачење држава чланица ЕУ

За државе чланице ЕУ је у одредби чл. 15 Regulation (EU) No. 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (у даљем тексту: Regulation No. 4/2009)⁴⁰ наведено да се меродавно право за обавезе издржавања одређује Протоколом. Из тога произилази обавеза јединственог тумачења та два међународна извора и аутономног тумачења појмова из чл. 1, ст. 1 Протокола (видети Hausmann 2018, 327, 440). Зато се поставља питање да ли свака чланица ЕУ треба самостално да одлучи о квалификацији појмова Протокола или да приступи аутономном тумачењу. Будући да се и ЕУ и њене чланице сматрају уговорницама Протокола⁴¹ и да велика већина чланица ЕУ посматра истополне бракове и регистрована партнерства као *породичне односе* (видети Hausmann 2018, 442–443), пожељно је униформно применити Протокол на истополне бракове или регистрована партнерства јер се на тај начин остварује синхронизација са Regulation 4/2009 (видети

³⁹ Како се у Извештају наводи, државе уговорнице, колико је год то могуће, треба да узму у обзир одлуке донете применом Протокола у осталим државама уговорницама, али их надлежни органи не морају следити (Воноти 2013, 73–75).

⁴⁰ Regulation (EU) No. 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *OJ L* 7 of 10/01/2009.

⁴¹ Видети чл. 24 Протокола

Staudinger 2020, Rn. 17). Коначно разјашњење може бити добијено од Суда правде ЕУ (у даљем тексту: СЕУ) путем одлучивања о претходном питању (видети Staudinger 2020, Rn. 17; Andrae 2014, 540).⁴²

У ишчекивању такве одлуке, постоје додатни аргументи за аутономно тумачење појмова Протокола у чланицама ЕУ. Најпре, заједнички живот истополних партнера представља део друштвене стварности на глобалном нивоу, која се не може игнорисати. У прилог томе говори и мишљење АГ Wathelet (у даљем тексту: АГ) у поступку пред СЕУ поводом случаја *Coman*⁴³, који наводи да се појам „брачни друг“ у смислу Directive 2004/38/EC on the right of EU citizens and their families to move and reside freely within the EU⁴⁴ (у даљем тексту: Directive 2004/38/EC), не може тумачити независно од промена у друштву. Појам брачни друг у смислу те директиве треба тумачити независно од пола дотичних лица и места склапања брака. У вези са тим, АГ наводи да се право ЕУ мора тумачити у складу са „савременом стварношћу“ ЕУ (видети Opinion of AG Wathelet, тач. 53, 56; Петровић 2021, 85–86). Таква стварност подразумева да истополни брак данас постоји на свим континентима, па та околност одговара универзалном признавању различитих облика породице (Opinion of AG Wathelet, тач. 58; Петровић 2021, 86).⁴⁵

⁴² Аргументи говоре у прилог томе да се примена Протокола на обавезе издржавања из таквих односа не треба оставити свакој држави чланици ЕУ засебно већ да концепт *брака* у смислу чл. 5 Протокола треба тумачити у европско-аутономном, ширем смислу (више у Hausmann 2018, 456).

⁴³ СЈЕУ, case C-673/16, *Coman and Others*, ECLI:EU:C:2018:385. У том предмету су два мушкарца, Коман и Хамилтон, закључили истополни брак у Бриселу. Хамилтону није био омогућен боравак у Румунији дуже од три месеца јер се, према румунском праву, брак дефинише као заједница мушкараца и жене. Истополни супружници су поднели тужбу суду у Букурешту ради утврђивања да је дошло до дискриминације по основу сексуалне оријентације приликом остваривања права на слободно кретање у оквиру ЕУ. Тај суд је покренуо поступак пред Уставним судом Румуније ради одлучивања о истакнутом приговору, који је затим прекинуо поступак и упутио захтев Суду ЕУ да се изјасни о тумачењу појма „брачни друг“ у смислу Директиве 2004/38/ЕЗ (видети о томе Петровић 2021, 80–81).

⁴⁴ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, OJ L 158, 30.04.2004, p. 77–123.

⁴⁵ О тој пресуди видети и Павловић 2021а, 124–125.

Осим тога, регистровано партнерство је у државама чланицама ЕУ на јединствени начин обухваћено појмом „породични однос“ у смислу Regulation 4/2009 (чл. 1, ст. 1) и Протокола (чл. 1, ст. 1). То је последица тумачења појма регистровано партнерство у Regulation (EU) No. 1104/2016 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships (у даљем тексту: Regulation (EU) 1104/2016)⁴⁶, с једне стране, и чињенице да се обавезе међусобног издржавања између регистрованих партнера уређују у складу са меродавним правом, које је одређено према Regulation 4/2009 (видети рецитал 22 Regulation (EU) 1104/2016), с друге стране. Регистровано партнерство се, у смислу Regulation (EU) 1104/2016, схвата као форма заједничког живота двоје људи предвиђена законом, чија је регистрација у складу са тим законом обавезна и која испуњава правне формалности неопходне за њен настанак према том закону, али се стварни садржај тог појма препушта националним правима држава чланица (видети рецитал 17 и чл. 3, ст. 1, тач. а Regulation (EU) 1104/2016) (у смислу Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships⁴⁷ (Andrae 2014, 541–542).

3.2. Заузимање сопственог става

Према преовлађујућем мишљењу у литератури, свака држава може сама да одлучи о квалификацији појма „породични однос“ и примени Протокола на истополне заједнице (видети и упоредити Heiderhoff 2021, Rn. 42, са даљим упућивањима на литературу; Staudinger 2020, Rn. 16; Vonomi 2013, 27; Andrae 2014, 541; у смислу схватања усвојеног у праву државе суда Бордаш, Ђундић 2013, 138), што говори о прихватљивости другог изложеног приступа, са којим се и ми слажемо.

⁴⁶ Regulation (EU) No. 1104/2016 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ L 183, 8/7/2016. Не примењује се у свим државама чланицама ЕУ већ у њих 18.

⁴⁷ Brussels, 16. 3. 2011, COM (2011) 127 final; 2011/0060 (CNS).

Према нашем мишљењу, то ипак не значи да државе које не познају истополне бракове и регистрована партнерства не могу такве односе сматрати породичним. Уколико дотична држава приступи функционалној квалификацији, могуће је под тај појам супсумирати односе непознате домаћем правном систему, али који у другом правном систему стварају обавезу издржавања и карактеришу их посебне личне везе трајнијег карактера. Другим речима, из поља примене Протокола не морају *a priori* бити искључене установе које се према унутрашњем материјалном праву не сматрају (или се још увек не сматрају) породичним односом или из којих не произилази обавеза издржавања (у том смислу Andrae 2014, 542).

Функционална квалификација страног истополног брака или регистрованог партнерства подразумева испитивање да ли такве везе представљају породични однос, у функционалном смислу. Будући да је код тих установа реч о односима између два лица истог пола, протканим узајамним емоцијама и поштовањем, са различитим статусним и имовинским дејствима, таква њихова функција упућује на закључак о схватању као породичном односу. Осим тога, Европски суд за људска права (ЕСЉП) последњих година је дао ново светло тумачењу одредаба чл. 8 и чл. 14 у вези са чл. 8 Европске конвенције о људским правима (ЕКЉП). У познатој пресуди *Шалк и Конф против Аустрије*⁴⁸, утврђено је да истополни партнери уживају право на „породичан живот“ у смислу чл. 8 ЕКЉП на исти начин као и хетеросексуални. Осим тога, у предмету *Орланди и остали против Италије*⁴⁹, ЕСЉП је утврдио да су италијанске власти, одбивши да изврше упис истополних бракова подносилаца представки закључених у иностранству, повредиле право на породични живот апликаната из чл. 8 ЕКЉП, будући да нису омогућиле признање и заштиту дотичних истополних бракова подносилаца представки (пар. 199–210 пресуде; о пресудама више у Павловић 2021а, 53–57). Тај суд је у неколико предмета утврдио и да су истополни партнери претрпели дискриминацију по основу сексуалне оријентације (повреда чл. 14 у вези са чл. 8 ЕКЉП) због поступања надлежних власти тужене државе.⁵⁰ Узимајући у обзир такав развој судске праксе ЕСЉП и

⁴⁸ ECHR, case 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104.

⁴⁹ ECHR, case 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12, *Orlandi and Others v. Italy*, ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD002643112.

⁵⁰ *Пајух против Хрватске*, ECHR, case 68453/13, *Pajic v. Croatia*, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD006845313; *Валианатос и остали против Грчке*, ECHR, case 29381/09, 32684/09, *Vallianatos and Others v. Greece*, ECLI:CE:ECHR:2013:1107JUD002938109.

да су чланице Савета Европе и уговорнице Протокола углавном исте државе, апсолутно негирање породичноправног обележја истополних заједница у оквиру потписница Протокола не делује превише извесно.

Колизионоправни систем Протокола даје могућност широког тумачења појма „породични однос“ (тако Andrae 2014, 542; Павловић 2021a, 152; у смислу Конвенције из 1973. видети Hausmann 2000, 260). Уместо уског тумачења његових појмова, пожељно је шире и јединствено тумачење, усклађено са његовим међународним карактером (у том смислу за немачко право Andrae 2014, 542). Такво обележје јасно произилази из чл. 20 Протокола, будући да у његовом тумачењу државе уговорнице воде рачуна о међународном карактеру тог извора и потреби промовисања његове једнообразне примене.

Узимајући у обзир истакнуте аргументе, државе уговорнице које не познају регистровано партнерство и истополни брак такве везе функционалном квалификацијом могу сматрати породичним односом. Оне могу меродавно право за издржавање одредити путем других одредаба Протокола, осим чл. 5 (пре свега одредаба чл. 3 и 6) (Bonomi 2008, 339). Према нашем мишљењу, исто би требало да важи и за *de facto* истополне заједнице. У истом смислу као и код одлуке поводом ванбрачних заједница, уколико се *de facto* истополне заједнице сматрају породичним односом према статуту за издржавање и стварају законску обавезу издржавања, потпадаће под примену Протокола. До меродавног права би се могло доћи једино путем главног колизионог решења из чл. 3⁵¹ или 6 Протокола⁵².

4. ПРИМЕНА ПРОТОКОЛА У СРБИЈИ УЗ ОГРАНИЧЕЊА ЈАВНОГ ПОРЕТКА

4.1. Примена одредаба чл. 3 и 6 Протокола на истополне заједнице живота закључене у иностранству

На почетку рада смо поставили два кључна питања. Прво је да ли се истополне заједнице живота могу сматрати „породичним односом“ у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола. Досадашња анализа показује да такве

⁵¹ Меродавно право за фактичке заједнице не може се одредити на основу чл. 5 Протокола (за немачко право видети Hausmann 2018, 456).

⁵² Чл. 5 Протокола не покрива ванбрачне (фактичке) животне заједнице истог или различитог пола. Како су такве заједнице ограничене само на кохабитацију, може се применити само чл. 6 Протокола (видети Staudinger 2020b, Rn. 8).

везе нису искључене из тог појма у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола (за регистрована партнерства у смислу немачког права видети Hausmann 2013, 673; Mankowski 2016, 53; за истополни брак видети Heiderhoff 2021, Rn. 39; Mankowski 2016, 49; у контексту примене Конвенције из 1973. на регистрована партнерства видети Forkert 2003, 202–207).

Будући да је одговор позитиван, друго кључно питање са почетка рада је – на који начин српски судови треба да примене Протокол на издржавање проистекло из истополних заједница живота, легално закључених у иностранству? Сматрамо да би домаћи судија, применом функционалне квалификације за непознате правне установе⁵³ и широким тумачењем појма породични однос, такве односе могао сматрати породичним. Реч је о тумачењу у функционалном смислу, не о схватању тог појма као брака у смислу домаћег супстанцијалног права. Следствено томе, на обавезе издржавања из таквих заједница могло би се применити опште колизионо решење из чл. 3 Протокола, односно право државе уобичајеног боравишта повериоца издржавања. С друге стране, српски правни систем те институте не изједначава са браком, па таква обавеза издржавања не би потпала под примену чл. 5 Протокола. Консеквентно, дужник издржавања може оспорити такву обавезу издржавања позивајући се на одбрамбену клаузулу из чл. 6 Протокола.⁵⁴

Постоје многобројни аргументи који иду у прилог примени чл. 3 и 6 Протокола у Србији. Прво, Протоколом су дерогиране одговарајуће одредбе ЗРЗС и његова примена се у домаћој судској пракси подразумева (Апелациони суд у Нишу, Гж2 85/2017).⁵⁵ То заправо значи да и за колизионе норме Протокола свакако важи начело службене дужности, као једно од основних начела МПП.⁵⁶ Друго, у Нацрту новог ЗМПП Србије (у даљем тексту: Нацрт) за одређивање меродавног права за обавезе издржавања упућује се на примену Протокола (чл. 115). То је

⁵³ У домаћем МПП се у поступку прве квалификације користи *lex fori* квалификација, док се за институте непознате домаћем правном систему примењује функционална квалификација (више у Ђорђевић, Мешкић 2016, 92–93)

⁵⁴ Тако о тумачењу чл. 6 Протокола видети Vononi 2013, 49. Видети варијанту 2 случаја у 4.2. делу рада.

⁵⁵ „Признање стране судске одлуке (пресуде) о издржавању малолетног детета и бивше супруге, о чијој измени треба одлучити пред домаћим органом је претходно питање за одлучивање суда у конкретном спору, с обзиром да би тек тада, а према одредбама чл. 1, 2, 3, 4 и 5. Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања...било меродавно право РС, као право уобичајеног боравишта повериоца издржавања“. Из образложења сентенце Апелационог суд у Нишу, Гж2 85/2017, 2. март 2017, *Paragraf Lex*.

⁵⁶ О начелу службене дужности више у Ђорђевић, Мешкић 2016, 23–24.

очекивано, имајући у виду већ постојећу дерогацију одредаба ЗРСЗ у материји издржавања, да се Србија налази у поступку приступања ЕУ и да је Нацрт израђен са циљем да се осавремене актуелни прописи и да се делимично *унификују* и *хармонизују* са међународним приватним правом, које настаје и развија се у окриљу ЕУ (Живковић 2014, 1–2). Када и ако наша држава постане њена чланица, примењиваће Regulation No. 4/2009, односно Протокол за одређивање меродавног права у материји издржавања. Следствено томе, њене одлуке о досуђивању издржавања моћи ће да буду признате у другим државама чланицама без посебног поступка егзекватуре (видети Бордаш, Ђундић 2013, 151).⁵⁷

Треће, како је у домаћој литератури сасвим исправно истакнуто, околност да наше право не познаје одређени породични однос не води аутоматски закључку да треба одбити могућност остваривања издржавања (тако Живковић 2013, 90). Четврто, не сме се изгубити из вида да странке (истополни партнери) могу изабрати меродавно право у складу са одредбама чл. 8 Протокола. Под претпоставком да је избор пуноважан у складу са формалним предусловима из поменутог члана⁵⁸, таквим чином би странке изразиле вољу да буде меродавно право одређене државе. Уколико би домаћи судија истополну заједницу посматрао као породични однос (онако како смо до сада изложили), не делује извесно да ће игнорисати избор меродавног права већ ће испитивати могућност његове примене (и евентуално одбити примену због повреде јавног поретка из чл. 13), чиме би примена Протокола на истополне заједнице била неспорна. Према томе, уколико се у случају избора меродавног права има применити чл. 8 Протокола, има места и за примену чл. 3 и 6 Протокола на такве заједнице (у случају да избора меродавног права нема или није пуноважан).

Према нашем мишљењу, одлука домаћег судије да у примену Протокола укључи и захтеве за издржавање из правног односа истополних партнера из заједнице настале у иностранству не потиरे основне концепте српског правног система и таква бојазан не треба да постоји. У случају да одредбе *lex causae* предвиђају међусобно издржавање истополних партнера, могу бити игнорисане и непримењиве једино ако се констатује да је повређен српски јавни поредак (више о аргументима за примену Протокола на истополне заједнице живота у Павловић 2021а, 151–152).

⁵⁷ Regulation No. 4/2009 садржи две групе одредби о признању и извршењу одлука о издржавању – за државе чланице које Протокол обавезује (чл. 17–22) и за државе чланице које Протокол не обавезује (чл. 23–26 Regulation No. 4/2009).

⁵⁸ Формална пуноважност се оцењује у складу са чл. 8, ст. 2 Протокола.

4.2. Истополне заједнице живота и јавни поредак

Јавни поредак је у Протоколу уређен одредбом чл. 13, која налаже да се може одбити примена страног права „само у обиму у коме су његова дејства очигледно супротна јавном поретку државе суда“. Извештајем је овај оквир конкретизован, тако да за позивање на јавни поредак није довољно да одређени породични однос одступа од концепта јавног поретка *lex fori* већ да досуђивање издржавања по основу таквог односа буде, како то Бономи наводи, *неприлично* (енг. *improper*, нем. *anstößig*) (Воноти 2013, 67). Између „очигледне супротности“ и „неприличности“ постоји евидентна нијанса, која је у многим европским државама довела до признавања дејства страног (породичноправног) концепта, непознатог *lex fori*. Тако се, примера ради, у Француској и Немачкој признају извесна дејства страног полигамног брака (видети Воноти 2013, 67). Према ставу из Извештаја, слично разматрање се *mutatis mutandis* може применити и на истополне бракове или регистрована истополна партнерства (тако Воноти 2013, 67). Другим речима, ако *lex causae* (одређен Протоколом) предвиђа обавезу издржавања у корист регистрованог партнера или истополног супружника, надлежни орган одређене државе која не признаје било каква дејства сличног односа, па тиме ни дејства у погледу издржавања, може одбити примену страног права само на начин који је прописан чл. 13 Протокола, односно у мери у којој би његова дејства била у *очигледној* супротности са јавним поретком *lex fori* (Воноти 2013, 47).

Обрисима чл. 13 Протокола треба придодати једну напомену. Када је реч о теоријски усаглашеним претпоставкама за примену клаузуле јавног поретка из доктрине МПП, први услов је да повреда домаћег јавног поретка мора бити последица примене *in concreto* (тзв. мериторно дејство) страних норми⁵⁹ и он је наговештен у поменутој одредби чл. 13. Други услов подразумева да је домаћи правни живот дестабилизован онда када је непознат и неконвенционалан правни однос у тесној вези са поднебљем домаће државе (тзв. блиска веза) (видети о томе Ђорђевић, Мешкић 2016, 132; Варади *et al.* 2010, 157; Kegel, Schurig 2004, 527; Kiestra 2014, 71). *Vice versa*, када такав однос квалитативно не дотиче домаћу државу (услед недостатка блиске везе са домаћом државом), а тиме ни њене традиционалне и вредносне по-

⁵⁹ За клаузулу јавног поретка у унутрашњем праву видети и упоредити Ђорђевић, Мешкић 2016, 131; Варади *et al.* 2010, 158. О потребном дејству у конкретном случају видети Von Hoffmann, Thorn 2007, 273. У сличном смислу и Kegel, Schurig 2004, 526. О крајњем резултату примене стране норме видети Дика, Кнежевић, Стојановић 1991, 17; Jakob 2002, 220.

студате, примена *lex causae* се не мора нужно заобићи (у том смислу за чл. 13 Протокола и немачко право видети Mankowski 2016a, 208). У случају минималне везе случаја са домаћом државом (примера ради, партнери нису наши држављани, немају пребивалиште ни имовину у Србији), одређена дејства страног истополног брака или регистрованог партнерства би се могла признати у домаћој држави (тако Павловић 2021a, 102–104, са даљим упућивањем на литературу). Тиме би, заправо, настало тзв. *ублажено* дејство јавног поретка, када клаузула уопште не интервенише.⁶⁰ Штавише, у домаћој теорији је забележен и став о евентуалној непотребности позивања на клаузулу јавног поретка у области издржавања (више у Јовановић 2016, 187).

Узмимо, на пример, да су две истополне партнерке закључиле истополни брак у Немачкој, где обе живе и немачке су држављанке. Лиса је већ дуго без посла и жели да јој Франка финансијски помогне, али Франка то не жели. Будући да је Лиси једино преостало да издржавање од Франке потражује путем суда, користи околност да Франка има акције велике вредности у једној српској фирми и подноси тужбу за досуђивање издржавања пред српским судом. Као основ надлежности, Лиса се позива на одредбу чл. 68 ЗРСЗ⁶¹, којом је предвиђено да се међународна надлежност суда у Србији може засновати уколико тужени има имовину из које се може наплатити издржавање.⁶²

Иако би таква ситуација била реално тешко замислива, теоријски је изазовна. Ако би домаћи судија засновао међународну надлежност у складу са наведеном одредбом, на обавезу издржавања би могао применити опште правило о меродавном праву из чл. 3 Протокола. Том одредбом је предвиђено да је тачка везивања уобичајено боравиште повериоца издржавања. Пошто је Лисино уобичајено боравиште у Немачкој, за издржавање је меродавно немачко право. Чини се да Франка не би могла да се позове на тзв. одбрамбену клаузулу из чл. 6 Протокола јер је обавеза издржавања предвиђена и према заједничком *lex nationalis*-у и према праву уобичајеног боравишта дужника (немачко право).

⁶⁰ О ублаженом дејству јавног поретка више у Станивуковић, Живковић 2010, 355–357. О јавном поретку у МПП и ублаженом дејству видети и Павловић 2021a, 101–104.

⁶¹ Сличан случај у Павловић 2021a, 153.

⁶² „Надлежност суда Савезне Републике Југославије у споровима о законском издржавању постоји и ако тужени има имовину у Савезној Републици Југославији из које се може наплатити издржавање.“

Судија би онда требало да испита одредбе немачког BGB⁶³ (као *lex causae*) и констатује да је тим законом предвиђено издржавање између супружника.⁶⁴ Како је истополни брак институт који се сматра противним нашем јавном поретку (тако Станивуковић, Живковић 2010, 343), домаћи судија ће, по природи ствари, морати да испита услове за примену клаузуле јавног поретка из чл. 13 Протокола и да ли треба одбити примену немачког права. При томе, он мора водити рачуна о томе да ли је дејство немачке норме о досуђивању издржавања између истополних супружника *очигледно* супротно јавном поретку Србије, како чл. 13 Протокола налаже, али и да ли је резултат примене немачке норме *неприличан* по домаћи правни систем. Будући да немачка одредба § 1360⁶⁵ BGB представља израз брачне солидарности (више у Schmidt 2017, 80), то јест чини се да се њоме жели постићи финансијско обезбеђивање супружника све док живе заједно, њен циљ се не разликује много од смисла српских материјалних норми о издржавању. Законско издржавање између супружника или ванбрачног партнера у нашем правном систему показује у првом реду солидарност између чланова породице, тзв. породичну солидарност (више у Поњавић, Влашковић 2019, 380–381). То упућује на закључак да се одредбама српског и немачког породичног права жели постићи сличан циљ – међусобна финансијска подршка између партнера. Осим тога, треба испитати и околност да ли постоји блиска веза тог случаја са домаћом државом јер је то неопходан услов међународноприватноправне теорије да би се применила клаузула јавног поретка. Сматрамо да је блиска веза у том примеру минимална и да се своди се на акције дужника издржавања у домаћој компанији.

Како би онда требало вагати између циља издржавања, остављања тужиље без основних егзистенцијалних извора прихода, минималне везе са домаћом државом и околношћу да је страни истополни брак очито против нашег јавног поретка? У таквом распореду околности делује нам да је извеснији првопоменути тас на овој ваги, односно непримена клаузуле јавног поретка и примена немачког права (тзв. *ублажено* дејство јавног поретка). Имајући то у виду, али и околност да чл. 13 Протокола треба применити само у изузетним случајевима (видети Живковић 2013, 91; за немачко право Andrae 2014, 595), сматрамо да дејство §1360 BGB није *неприлично* према српском правном систему.

⁶³ Протоколом је *renvoi* искључен (чл. 12).

⁶⁴ Одредбе §1360, §1360а и §1360b BGB односе се на један облик обавезе брачног издржавања – тзв. породично издржавање (нем. *Familienunterhalt*) и подразумева издржавање од тренутка закључења брака до раставе (*Trennung*). Више у Schmidt 2017, 80–82.

⁶⁵ Према тој одредби, супружници су међусобно обавезни да саобразно издржавају породицу кроз свој посао или имовину.

Варијанта 1 случаја. Ако бисмо променили једну чињеницу у случају и ако би Франка имала уобичајено боравиште у Србији, поново не би могла да се позове на одбрамбену клаузулу из чл. 6 Протокола. Како су обе странке немачке држављанке, за примену клаузуле из чл. 6 потребно је да обавеза издржавања не постоји ни према праву државе чије држављанство имају (немачко) ни према праву уобичајеног боравишта дужника издржавања (српско право).⁶⁶ Другим речима, немачко право признаје право на издржавање између супружника, тако да услови за примену чл. 6 нису испуњени.

Варијанта 2 случаја. У случају да је, примера ради, Лиса пољска држављанка (чије право не познаје истополне заједнице), а да Франка има уобичајено боравиште у Србији, Франка би могла да се позове на чл. 6 и истакне да обавеза издржавања између ње и Лисе не постоји према праву уобичајеног боравишта дужника, односно српском праву. Будући да немају исто држављанство, заједнички *lex nationalis* се не може ни испитивати, тако да је у том случају довољно то што у праву уобичајеног боравишта дужника, то јест српском праву, није предвиђена обавеза издржавања између истополних супружника. Франка би обавезу издржавања могла оспорити, а последица би била одбијање Лисиног тужбеног захтева.

5. ЗАКЉУЧАК

Појам породични однос у смислу Протокола није дефинисан за потребе његове примене, али је он неспорно широк. Када је реч о истополним заједницама живота, у Протоколу није дат ни позитиван ни негативан одговор на питање да ли га треба применити на обавезе издржавања проистекле из таквих заједница. Како је то у литератури истакнуто, државе потписнице Протокола могу различите институте квалификовати као „породичне односе“, у складу са одговарајућим методом у МПП државе суда.

Из пропратних материјала уз Протокол произилази да државе које познају бракове или партнерства између лица истог пола на међусобно издржавање проистекло из таквих односа могу применити колизионо решење креирано за супружнике и бивше супружнике (чл. 5 Протокола). Оно није обавезујуће за државе које такве институте не познају. Међутим, уколико те државе приступе функционалној квалификацији у МПП, сматрамо да би оне такве (непознате) односе могле схватити као „породичне“ у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола. Следствено томе, за

⁶⁶ О тој одредби видети у другом делу рада.

одређивање меродавног права за обавезе издржавања проистекле из таквих заједница могу применити одредбе Протокола, тачније одредбу чл. 3 или чл. 6. Према нашем мишљењу, исти принцип требало би да важи и за фактичке (*de facto*) истополне заједнице.

Изложени аргументи сугеришу да би домаћи судови требало релативно широко да тумаче појам „породичан однос“, на начин који обухвата и обавезе издржавања, проистекле из истополних заједница живота закључених у иностранству. За одређивање меродавног права за такве обавезе издржавања, наши судови би могли применити чл. 3, односно чл. 6 Протокола. Да ли ће у конкретном случају постојати потреба за применом клаузуле јавног поретка из чл. 13 Протокола, зависи од тога да ли су испуњени услови за њену примену.

Хипотетички „сценарио Франка и Лиса“ указује на теоријску могућност да се наши судови могу сусрести са дејствима правоваљано закљученог истополног брака у иностранству. Како примена Протокола, као међународног извора, има примат у односу на одговарајуће одредбе ЗРСЗ, сматрамо да има места његовој примени на захтев за издржавање између истополних супружника из иностраног истополног брака. Распоред чињеница у том сценарију, које имају последице и на распоред правних могућности, показује правни епилог досуђивања издржавања тужиљи која нема довољно средстава за живот. Према нашем мишљењу, позивању на клаузулу јавног поретка из чл. 13 Протокола у овом случају нема места.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Andrae, Marianne. 2014. *Internationales Familienrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- [2] Bonomi, Andrea. 2008. The Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations. *Yearbook of Private International Law*. Volume 10. Sellier European Law Publisher in association with the Swiss Institute of Comparative Law of Lausanne, 333–357.
- [3] Bonomi, Andrea. 2013. *Explanatory Report, Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*. The Hague: The Permanent Bureau of the Conference (енглеска и француска верзија) <https://assets.hcch.net/docs/44d7912f-ce6d-487e-b3ac-65bbd14fe1b2.pdf>, последњи приступ 28. јануар 2022.

- [4] Бордаш, Бернадет, Петар Ђундић. 1/2013. Хашки Протокол о праву меродавном за обавезе издржавања – најновији извор Међународног приватног права Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 133–153.
- [5] Дика, Михајло, Гашо Кнежевић, Срђан Стојановић. 1991. Чл. 4. 14–19. *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*. Београд: Номос.
- [6] Дураковић, Анита. 2014. Колизионоправна проблематика истополних заједница живота. 140–154. *Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе* 12. Мостар: Правни факултет у Мостару.
- [7] Ђорђевић, Славко, Златан Мешкић. 2016. *Међународно приватно право – општи део*. Крагујевац: Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [8] Ferrari, Isabella. 2017. Family relationships in Italy after the 2016 reform: the new provisions on Civil Unions and cohabitation. 169–200. *International Survey of family law*, ed. Margaret F. Brinig, Fareda Banda. Bristol: Lexis Nexis.
- [9] Forkert, Meinhard. 2003. *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- [10] Hausmann, Rainer. 2000. Überlegungen zum Kollisionsrecht registrierter Partnerschaften. 241–265. *FS für Dieter Henrich*, Herausgegeben von Peter Gottwald, Erik Jayme, Dieter Schwab.
- [11] Hausmann, Rainer. 2013. *Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht*. München: C. H. Beck.
- [12] Hausmann, Rainer. 2018. *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2. Auflage. München: C. H. Beck.
- [13] Hay, Peter, Tobias Krätzschar. 2010. *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, München: Verlag C. H. Beck
- [14] Heiderhoff, Bettina. 2021. Art. 1 HUP 2007. Anwendungsbereich. Rn. 1–98. *BeckOK BGB, HUP*. Hrsg. Wolfgang Hau, Roman Poseck. 60. ed. München: C. H. Beck (Beck'scher Online-Kommentar, https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fkomm%2fBeck_OKBGB_60%2fINTVHUNT%2fPROT2007%2fcont%2fBECKOKBGB%2eINTVHUNT%2fPROT2007%2eA1%2ehtm, последњи приступ 21. јануар 2022).
- [15] Jakob, Dominique. 2002. *Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht*. Köln.

- [16] Јакшић, Александар. 2017. *Међународно приватно право – општа теорија*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [17] Јовановић, Марко. 2016. Иностране регистроване истополне заједнице живота пред колизионим правилима српског међународног приватног права: црно-бели одраз слике дугиних боја? 167–190. *Liber amicorum Гашо Кнежевић*, ур. Тибор Варади, Добросав Митровић, Драгор Хибер, Владимир Павић, Милена Ђорђевић, Марко Јовановић. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [18] Junker, Abbo. 2017. *Internationales Privatrecht*, 2. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
- [19] Lima, Dafni. 2017. Registered Partnerships in Greece and Cyprus. 301–345. *The future of Registered Partnerships-Family Recognition beyond Marriage?*, ed. Jens M. Scherpe, Andy Hayward. Cambridge: Intersentia.
- [20] Lund-Andersen, Ingrid. 2017. Northern Europe: Same sex relationships and Family law. 3–17. *Same-sex relationships and Beyond – Gender Matters in the EU*, ed. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs. 3. ed. Cambridge: Intersentia.
- [21] Kegel, Gerhard, Schurig, Klaus. 2004. *Internationales Privatrecht*, München: Beck.
- [22] Kiestra, Louwrens. 2014. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press.
- [23] Kropholler, Jan. 2006. *Internationales Privatrecht*. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebek.
- [24] Mankowski, Peter. 2016. Art. 1. Anwendungsbereich. 32–62. *Haager Unterhaltsprotokoll (HUP) Internationales Unterhaltsrecht. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier – de Gruyter.
- [25] Mankowski, Peter. 2016a. Art. 13. Öffentliche Ordnung. 207–213. *Haager Unterhaltsprotokoll (HUP) Internationales Unterhaltsrecht. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier – de Gruyter.
- [26] Марјановић, Сања. 2014. *Заштита деце у хашким конвенцијама о међународном приватном праву*. Докторска дисертација. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

- [27] Martiny, Dieter. 2020. Art. 17b EGBGB. Eingetragene Lebenspartnerschaft und gleichgeschlechtliche Ehe. 3134–3139. *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, Herausgegeben von Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, 15. Auflage. Köln: Walters Kluwer Deutschland.
- [28] Павловић, Мина. 2021. Хашки Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године – осврт на кључне одредбе. 481–494. *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске Уније*, ур. Снежана Соковић, књ. 9. Крагујевац: Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [29] Павловић, Мина. 2021а. *Истополне заједнице живота у међународном приватном праву*. Докторска дисертација. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [30] Петровић, Милена. 2/2021. Одлука Суда ЕУ у случају Coman: индиректно признање истополног брака? 77–93. *Ревизија Копаоничке школе природног права*. Београд: Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић.
- [31] Поњавић, Зоран. 2009. *Приватизација породице и породичног права*. Београд: Службени гласник.
- [32] Поњавић, Зоран, Вељко Влашковић. 2019. *Породично право*, шесто измењено и допуњено издање. Београд: Службени гласник.
- [33] Schmidt, Rolf. 2017. *Familienrecht (Ehe, Verwandtschaft, Vormundschaft, Betreuung, Pflegschaft)*, 7. Auflage. Grasberg bei Bremen.
- [34] Sosson, Jehanne. 2010. Recent evolutions (or revolutions) in Belgian Family law. *The International Survey of Family Law*. ed. Bill Atkin, Fareda Banda. Bristol: Jordan Publishing Limited, 51–62.
- [35] Станивуковић, Маја, Мирко Живковић. 2010. *Међународно приватно право: општи део*, 4. издање. Београд: Службени гласник.
- [36] Staudinger, Ansgar. 2020. Art. 1. HUP. Anwendungsbereich. Rn. 1–55. *Münchener Kommentar zum BGB*. Hrsg. Jan v. Hein. Band 12. 8. Auflage. München: C. H. Beck. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band12%2FIntVHUntProt2007%2Fcont%2FMuekoBGB%2EIntVHUntProt2007%2Ea1%2Ehtm, последњи приступ 21. јануар 2022.
- [37] Staudinger, Ansgar. 2020a. Art. 6. HUP. Besondere Mittel zur Verteidigung. Rn. 1–23. *Münchener Kommentar zum BGB*. Hrsg. Jan v. Hein. Band 12. 8. Auflage. München: C.H. Beck. <https://beck-online.beck.de/>

Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band12%2FIntVHUntProt2007%2Fcont%2FMuekoBGB.IntVHUntProt2007.a6.gll.htm, последњи приступ 21. јануар 2022.

- [38] Staudinger, Ansgar. 2020b. Art. 5. HUP. Besondere Regel in Bezug auf Ehegatten und frühere Ehegatten. Rn. 1–21. *Münchener Kommentar zum BGB*. Hrsg. Jan v. Hein. Band 12. 8. Auflage. München: C. H. Beck. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band12%2FIntVHUntProt2007%2Fcont%2FMuekoBGB%2EIntVHUntProt2007%2Ea5%2Ehtm, последњи приступ 21. јануар 2022.
- [39] Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић. 2010. *Међународно приватно право*. Београд: Службени гласник.
- [40] Von Hoffmann, Bernd, Thorn Karsten. 2007. *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
- [41] Живковић, Мирко. 2014. Образложење Нацрта Закона о међународном приватном праву. <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, последњи приступ 9. јануар 2022.
- [42] Живковић, Мирко. 65/2013. О примени Хашког Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Републике Србије. 79–94. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*.

Mina PAVLOVIĆ, PhD

Lecturer, University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

SAME-SEX RELATIONSHIPS IN LIGHT OF APPLICATION OF THE 2007 HAGUE PROTOCOL ON THE LAW APPLICABLE TO MAINTENANCE OBLIGATIONS

Summary

Same-sex marriages, registered partnerships and de facto unions are considered same-sex relationships in comparative law. In the Hague Protocol, an important source of the Serbian conflict of law system, nothing is indicated about its application to these relationships, nor is the notion of „family relationship“ defined in sense of Article 1. This paper examines the scope of interpretation of this notion and whether it includes same-sex relationships. The main dilemma is whether the application of the Protocol may arise from autonomous interpretation of notion „family relationship“ or from the decision of each contracting state. Taking a position regarding these issues, the author examines the possibility of application of the Protocol to determine applicable law in disputes regarding maintenance of same-sex relationships, concluded abroad, and processed before domestic authorities. Special attention is paid to the analysis of a hypothetical case and the extent of the public-policy clause from Article 13.

Key words: *2007 Hague Protocol. – Maintenance. – Applicable law. – Family relationship. – Same-sex relationship.*

Article history:

Received: 31. 1. 2022.

Accepted: 27. 5. 2022.