

ORIGINALNI NAUČNI ČLANAK

Veljko Vlašković*
Jelena Arsić**

PERSPEKTIVE RODITELJSTVA ISTOPOLNIH PARTNERA U SRBIJI: IZMEĐU POTREBA I MOGUĆNOSTI

Apstrakt: U kontekstu aktuelnih težnji da se u Srbiji izradi i usvoji zakon kojim bi se istopolne zajednice konačno regulisale, posebno važno pitanje tiče se dejstva zasnivanja istopolne zajednice na pravni položaj deteta u takvoj zajednici. Nedavno objavljen tekst Nacrta zakona o istopolnim zajednicama nesumnjivo otvara prostor za razmatranje pojedinih rešenja kojima se uređuju prava i obaveze istopolnog partnera roditelja deteta, što je od neposrednog značaja i za ostvarivanje prava deteta u sferi porodičnih odnosa. Polazeći od odredaba sadržanih u ovom tekstu, autori u radu nastoje da sagledaju pravne mogućnosti, kao i ograničenja koja se javljaju povodom regulisanja roditeljskih dužnosti i prava deteta u pogledu istopolnih zajednica u Srbiji. U tim nastojanjima, autori polaze od relevantnog pravnog okvira kojim se uređuju porodični odnosi, te u tom smislu ukazuju i na neka moguća rešenja.

Ključne reči: istopolna zajednica, istopolni partner, roditeljstvo, dete, najbolji interes deteta.

1. UVODNE NAPOMENE

Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, formiranoj na osnovu odluke u slučaju *Schalk and Kopf v. Austria*, stabilne istopolne zajednice predstavljaju oblik porodičnog života.¹ Takođe, države imaju pozitivnu obavezu da u kontekstu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života² pravno prepoznaju i urede odnose između istopolnih partnera. Nave-

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu; e-mail: vvlaskovic@jura.kg.ac.rs

** Vanredna profesorka, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu; e-mail: jelena.arsic@pravnofakultet.rs

1 Vid. ECtHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, para. 94.

2 Član 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP), Council of Europe, European Convention for the Protection of Human

dena pozitivna obaveza prvi put je, u ograničenom domenu, predviđena u slučaju *Oliari and Others v. Italy*,³ da bi u punom obimu bila ustanovljena odlukom ovog suda u slučaju *Fedotova and Others v. Russia*.⁴ Na taj način, države članice su zadržale polje slobodne procene u smislu oblika istopolnih zajednica koje će pravno regulisati, ali ne i kada je reč o potrebi da se odnosi između istopolnih partnera pravno urede i prepoznaju. Stoga je sasvim jasno da pravna nevidljivost istopolnih partnera u Srbiji više nije moguća, niti prihvatljiva.

Za razliku od partnerskih odnosa, znatno složeniji izazov za domaće pravo predstavlja mogućnost zasnivanja istopolne porodice i pravni položaj deteta u takvoj zajednici. Pitanje je naročito značajno u kontekstu višegodišnjih težnji da se u Srbiji izradi i usvoji zakon kojim bi se regulisalo istopolno partnerstvo. U tom smislu, tekst Nacrta zakona o istopolnim zajednicama,⁵ koji je nedavno objavljen na sajtu Ministarstva za ljudska i manjinska prava i društveni dijalog, najavljuje uređivanje čitavog niza pitanja od značaja u ovoj oblasti. Iako Nacrt ne predviđa jasan pravni osnov za zasnivanje roditeljskopravnog odnosa između jednog istopolnog partnera i deteta čiji je roditelj drugi partner, u njemu je sadržano nekoliko odredaba prema kojima bi istopolni partner roditelja deteta mogao vršiti određene dužnosti iz sadržine roditeljskog prava. Naime, Nacrt predviđa

Rights and Fundamental Freedoms, ETS No. 005 (04 November 1950). Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. glasnik SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispr. i *Sl. glasnik RS*, br. 12/10, 10/15.

- 3 U ovom slučaju, Sud je utvrdio da postoji pozitivna obaveza države da pravno reguliše istopolne zajednice u uslovima u kojima postoji „nesklad između pravne i društvene prihvaćenosti” istopolnih partnera, pri čemu italijanski zakonodavac nije uvažio jasno iskazane stavove najviših sudskih vlasti u smislu prepoznavanja i zaštite istopolnih zajednica. Tako ECtHR, *Oliary and Others v. Italy*, nos. 18766/11 and 36030/11, Judgment of 21 July 2015, paras 161, 180. Fenwick, H., An ECHR Right to Access a Registered Partnership? in: Scherpe, J. M., Hayward, A., (eds.), 2017, *The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Cambridge, Intersentia, pp. 492–493. U kontekstu navedene presude, u Italiji je prema jednom istraživanju, sprovedenom sada već daleke 2003. godine, gotovo polovina odraslih građana (47%) podržavala čak i mogućnost priznanja istopolnih brakova. Vid. Mršević, Z., 2009, Istopolne zajednice i deca, *Stanovništvo*, 1, str. 27.
- 4 Odluka je posebno značajna, budući da je u ruskom društvu, za razliku od italijanskog u slučaju *Oliari*, pravno ignorisanje istopolnih zajednica u potpunosti odgovaralo većinskom društvenom stavu. Uprokos tome, Sud je procenio kako je država prekoračila polje slobodne procene tako što nije predvidela bilo kakav pravni okvir za istopolne partnerske odnose, bez obzira na specifični društveni i kulturni kontekst. Vid. ECtHR, *Fedotova and Others v. Russia*, nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14, Judgment of 13 July 2021, para. 56.
- 5 Vid. Nacrt zakona o istopolnim zajednicama (u daljem tekstu: Nacrt), (<https://www.minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php>, 25. 3. 2022).

pojedina prava i dužnosti koje jedan istopolni partner može imati u odnosu na dete drugog partnera, pre svega u pogledu dužnosti izdržavanja deteta, ali i drugih dužnosti koje se uobičajeno vezuju za postojanje roditeljskopravnog statusa ili srodničkog odnosa. Ujedno, prisustvo deteta, odnosno život deteta u istopolnoj zajednici je u Nacrtu u pojedinim odredbama prepoznat kao osnov za neka materijalna, ali i procesna prava istopolnih partnera (npr. pravo na jednostrani raskid registrovane istopolne zajednice).

Kada se ima u vidu pravni, ali i nesumnjiv društveni značaj regulisanja navedenih pitanja, sasvim je jasno da rešenja sadržana u Nacrtu zahtevaju pažljivo sagledavanje i analizu unutar važećeg nacionalnog zakonodavstva. S tim u vezi, autori u prvom delu rada razmatraju relevantne aspekte pravnog prepoznavanja istopolnog partnera kao roditelja deteta u savremenim pravnim sistemima. Potom se, polazeći od odredaba sadržanih u tekstu Nacrta, analiziraju pravne mogućnosti i ograničenja pojedinih predloga kojima se najavljuje regulisanje nekih prava i dužnosti istopolnih partnera, kao i prava deteta u kontekstu istopolnih zajednica u Srbiji. Na kraju, autori navedene odredbe Nacrta sagledavaju iz aspekta relevantnog pravnog okvira kojim se danas u Srbiji uređuju porodični odnosi, te u tom smislu ukazuju i na neka moguća rešenja.

2. PROBLEM PRAVNOG PREPOZNAVANJA ISTOPOLNOG PARTNERA KAO RODITELJA DETETA

Pravila za zasnivanje roditeljskopravnog odnosa počivaju na vrednovanju odgovarajućih genetskih, bioloških, psiholoških i socioloških elemenata roditeljstva.⁶ Ključno ishodište takvih pravila predstavlja pružanje pravnog osnova za vršenje roditeljskog prava saglasno najboljem interesu deteta,⁷ odnosno stvaranje preduslova za funkcionalno porodično okruženje unutar kojeg bi se ostvarivala prava deteta. U slučaju istopolnih partnera, genetska i biološka komponenta roditeljstva biva u značajnoj meri potisnuta u korist socioloških i psiholoških elemenata za zasnivanje roditeljskog statusa. Ipak, pravni ciljevi uspostavljanja roditeljstva ostaju identični, u smislu stvaranja zakonskog okvira koji bi trebao omogućiti ili

6 O različitim elementima za uspostavljanje roditeljskopravnog odnosa, vid. Herring, J., 2017, *Family Law*, Harlow, UK, Pearson Education Limited, pp. 353–354.

7 Čl. 3. st. 1. Konvencije o pravima deteta. Convention on the Rights of the Child, UN General Assembly Resolution 44/25, UN doc. A/RES/44/25 (20 November 1989). Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/09 i *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97 (u daljem tekstu: KPD).

očuvati funkcionalnu porodičnu sredinu za pravilan i potpun razvoj deteta. Otuda, problem pravnog prepoznavanja roditeljstva istopolnih partnera zahteva da se uspostavi osetljiva ravnoteža između principa nediskriminacije, granica reproduktivne autonomije i zahteva poštovanja standarda najboljeg interesa deteta, kako u smislu porodičnog, tako i šireg društvenog okruženja.

Slučajevi u kojima se može postaviti pitanje pravnog prepoznavanja roditeljskog statusa istopolnih partnera veoma su raznovrsni i mogu obuhvatati gotovo beskrajnu lepezu različitih životnih situacija. Nacionalna evropska zakonodavstva iznedrila su niz rešenja, u zavisnosti od partnerskog statusa osobe istopolne orijentacije, shvatanja reproduktivne autonomije i razumevanja najboljeg interesa deteta.

Potrebu za pravnim prepoznavanjem roditeljstva mogu imati kako lica homoseksualne orijentacije koja žive sama, tako i ona koja su, u skladu sa pravilima nacionalnog zakonodavstva, uspostavila određeni oblik partnerskih odnosa. Ako postoji partnerski odnos, istopolni partneri mogu težiti zajedničkom i simultanom uspostavljanju roditeljskog statusa ili se može govoriti o mogućnostima sticanja roditeljskog statusa jednog partnera u odnosu na dete drugog partnera.

Situacija je relativno jednostavna kada su u pitanju pravne mogućnosti za zasnivanje roditeljskog statusa osobe istopolne orijentacije koja živi sama, budući da homoseksualna orijentacija ne može predstavljati isključivi osnov za različito postupanje prema osobama koje se nalaze u sličnom ili identičnom pravnom položaju.⁸ Princip nediskriminacije zahteva da države ovim osobama omoguće zasnivanje roditeljskopravnog odnosa pod jednakim uslovima i na jednake načine kao i osobama heteroseksualne orijentacije koje žive same, ukoliko je takva mogućnost predviđena pravilima nacionalnog zakonodavstva. Tako, u našem pravu, izuzetno je moguće da dete usvoji pojedinac koji živi sam, odnosno da žena koja živi sama zasnjuje roditeljskopравни odnos putem usluga biomedicinske oplodnje.⁹ Zajedničko za oba slučaja jeste to da tumačenje opravdanosti izuzetka ne može isključivo počivati na seksualnoj orijentaciji osobe. Štaviše, može se primetiti da domaće zakonodavstvo o biomedicinskoj oplodnji trasira put ka roditeljstvu ženi istopolne orijentacije,

8 Na to je svojim odlukama više puta ukazivao Evropski sud za ljudska prava. Vid. ECtHR, *E.B. v. France*, no. 43546/02, Judgment of 22 January 2008, para. 93, 96; ECtHR, *X and Others v. Austria*, no. 19010/07, Judgment of 19 February 2013, para. 99.

9 Vid. čl. 101. st. 3. Porodičnog zakona, *Sl. glasnik RS*, br. 18/05, 72/11 – dr. zakon i 06/15 (u daljem tekstu: PZ); čl. 25. st. 2. Zakona o biomedicinskoj potpomognutoj oplodnji, *Sl. glasnik RS*, br. 40/17 i 113/17 – dr. zakon (u daljem tekstu: ZBMPO).

izostavljanjem uslova medicinske opravdanosti za pristup uslugama artificialne inseminacije.¹⁰

Problemi su znatno složeniji kada se razmatraju mogućnosti za uspostavljanje roditeljskog statusa u slučaju istopolnih partnerskih odnosa. Čak i u državama koje su omogućile zaključenje istopolnih brakova, pravila o zasnivanju roditeljskopravnog odnosa istopolnih partnera ne mogu se do kraja upodobiti onima koja se vezuju za roditeljstvo supružnika različitog pola.¹¹ Polna neutralnost braka, kao osnova nastanka porodice, može se dosledno očuvati jedino putem usvojenja kao načina za sticanje pravnog statusa roditelja. S druge strane, ostali oblici partnerskih zajednica ostavljaju državama prostor za sužavanje mogućnosti zasnivanja roditeljskopravnog statusa istopolnih partnera i izvan prirodnih ograničenja reproduktivne autonomije. Ovo se naročito odnosi na registrovano partnerstvo, tvorevinu skandinavskog pravnog kruga, koja je, kao prvobitna funkcionalna zamena heteroseksualnom braku, dopuštala da se istopolnim partnerima prizna ograničen pravni status u sferi porodičnih odnosa.¹²

Imajući navedeno u vidu, moglo bi se zaključiti da postoje jasne razlike između slučajeva u kojima istopolni partneri zajednički i istovremeno nastoje da zasnuju roditeljskopravni odnos i situacija u kojima istopolni partner želi da bude pravno prepoznat kao roditelj deteta svog partnera. U prvom slučaju, roditeljstvo se, po pravilu, može uspostaviti zajedničkim usvojenjem ili heterolognom biomedicinskom oplodnjom u slučaju ženskog istopolnog para. Razume se, i ovde konkretna rešenja u krajnjoj liniji zavise od pristupa nacionalnog zakonodavca. Treba, međutim, napomenuti da zasnivanje roditeljskog statusa usvojenjem zahteva apsolutnu podređenost najboljem interesu usvojenika, dok uspostavljanje roditeljstva putem postupka biomedicinske oplodnje predstavlja izraz reproduktivne autonomije. Kod usvojenja, težište je u potpunosti na zaštiti prava i interesa deteta koje se nalazi u naročito osetljivoj situaciji. Otuda, u slučaju usvojenja, istopolni partneri bi morali zadovoljiti stroge materijalne i formalne uslove koji su u savremenom porodičnom pravu, bez izuzetka, okrenuti ka najboljem interesu usvojenika.¹³ Štaviše, prilikom zasnivanja

10 Tako Vlašković, V., Žena koja živi sama kao korisnica usluga biomedicinski potpomognute oplodnje, u: Mićović, M., (ur.), 2019, *Sloboda pružanja usluga i pravna sigurnost*, Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, str. 659.

11 Na primer, kod bračnih partnerki istog pola ne može se primeniti pretpostavka bračnog očinstva, dok ideja reproduktivne autonomije kod supružnika muškog pola nalazi na svojevrsan biološki zid, koji se može premostiti jedino surogacijom.

12 Više o tome, vid. Lund-Andersen, I., Registered Partnerships in Denmark, in: Scherpe, J. M., Hayward, A., (eds.), 2017, *The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Cambridge, Intersentia, p. 21.

13 Fenton-Glyn, C., 2014, *Children's Rights in Intercountry Adoption: A European Perspective*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, p. 149.

usvojenja, najboljem interesu deteta se daje „vrhunski značaj” (engl. *paramount consideration*).¹⁴

Ovakva priroda usvojenja postavlja poseban izazov kada je u pitanju procena podobnosti istopolnih partnera kao potencijalnih usvojitelja. Istopolni partneri bi trebali dokazati kako njihov glavni motiv za usvojenje nije da na ovaj način premoste nemogućnost biološkog začeća deteta, već da usvojeniku obezbede funkcionalno porodično okruženje u kojem bi se prava deteta nesmetano ostvarivala.¹⁵ U tom smislu bi njihov položaj morao biti sličan položaju partnera različitog pola koji dete ne mogu začeći prirodnim putem.

Za razliku od slučajeva kada se roditeljski status istopolnih partnera uspostavlja zajednički i istovremeno, uspostavljanje pravnog roditeljstva jednog partnera u odnosu na dete drugog partnera nosi značajne osobenosti. U slučajevima u kojima dete živi u istopolnoj zajednici, najteže je pravdati uskraćivanje pravnog osnova za vršenje roditeljskog prava istopolnom partneru roditelja deteta, budući da ovo lice živi u toj zajednici. Stoga, u državama koje su pravno prepoznale istopolne zajednice isključivo na nivou registrovanih partnerstava i neformalnih zajednica života, navedeni slučaj često predstavlja i jedini u kojem istopolni partner može steći roditeljskopравни status. Međutim, pravila o zasnivanju roditeljsko-pravnog odnosa prema detetu istopolnog partnera i ovde moraju imati svoje uporište u principu najboljeg interesa deteta, uz uvažavanje niza okolnosti konkretnog slučaja. Pomenute okolnosti, između ostalog, obuhvataju pravni položaj drugog roditelja deteta, odnos deteta sa drugim srodnicima, dužinu trajanja zajedničkog života sa detetom, postojanje emotivnog i ličnog odnosa sa detetom, kao i mišljenje deteta u skladu sa detetovim uzrastom i zrelošću.¹⁶

Problem je još izraženiji ako istopolno partnerstvo deluje samo *inter partes*, kakav je slučaj, na primer, sa francuskim registrovanim partnerstvom (*pacte civil de solidarité: PACS*).¹⁷ Francusko zakonodavstvo tretira

14 Vid. čl. 21. st. 1. Konvencije UN o pravima deteta. Reč je o najsnažnijoj formulaciji principa najboljeg interesa deteta u KPD, koja podrazumeva da ovaj princip mora odneti prevagu nad interesima svih ostalih učesnika u postupku, bez obzira na to da li se radi o domaćem ili međunarodnom usvojenju. Vid. Alston, P., Cantwell, N., Tobin, J., Article 21: Adoption, in: Tobin, J., (ed.), 2019, *The UN Convention on the Rights of the Child – A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, pp. 769–770.

15 O poželjnim i nepoželjnim motivima za zasnivanje usvojenja vid. Draškić, M., 2016, *Komentar Porodičnog zakona*, Beograd, Službeni glasnik, str. 271.

16 U tom smislu, vid. Dethloff, N., 2005, Same-Sex Parents in a Comparative Perspective, *International Law FORUM du droit international*, Vol. 7, No. 3, pp. 198–199.

17 Francoiz Terminal, L., Registered Partnerships in France, in: Scherpe, J. M., Hayward, A., (eds.), 2017, *The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Cambridge, Intersentia, p. 169.

istopolnog partnera roditelja deteta kao treće lice u smislu pravnog odnosa sa detetom sa kojim živi u istoj zajednici, pa se između pomenutog lica i deteta ne uspostavlja ni tazbinsko srodstvo, niti postoji mogućnost zasniivanja roditeljskopravnog odnosa.¹⁸ Treba, međutim, primetiti da ovakav pristup u određenim životnim situacijama ne osigurava poštovanje standarda najboljeg interesa deteta.¹⁹

Navedeni problem se može premostiti putem pravila o poveravanju vršenja roditeljskog prava trećem licu, koje može biti i istopolni partner roditelja deteta. Tako, u francuskom pravu, roditelj ili roditelji deteta mogu podneti zahtev sudu da se vršenje roditeljskog prava u celini ili delimično prenese, odnosno poveri istopolnom partneru jednog od njih, po pravilu, partnerki majke deteta.²⁰ Sud će ovakav zahtev odobriti ukoliko proceni da je u najboljem interesu deteta. U francuskoj praksi, najčešće se koristi mogućnost prema kojoj se vršenje dužnosti iz sadržine roditeljskog prava deli između roditelja deteta i istopolnog partnera majke deteta.²¹ Time se obezbeđuje posredni pravni mehanizam kojim se istopolnom partneru omogućava vršenje roditeljskog prava prema detetu svog registrovanog partnera, bez prethodno uspostavljenog roditeljskopravnog statusa. Tako se i osnov za vršenje roditeljskog prava razdvaja i čini nezavisnim od potrebe da se prethodno zasnuje roditeljskopravni odnos.²² Svrha postojanja ovakvog autonomnog osnova za vršenje roditeljskog prava iscrpljuje se sticanjem punoletstva, odnosno potpune poslovne sposobnosti deteta, što ukazuje da je navedena mogućnost zapravo izraz najboljeg interesa deteta, a ne način da se premosti odsustvo roditeljskopravnog statusa konkretnog istopolnog partnera.

Zanimljiv je i pristup hrvatskog zakonodavca koji predviđa dva načina na osnovu kojih bi istopolni partner roditelja deteta mogao da stekne pravni osnov za vršenje roditeljskog prava. U prvom slučaju, pravni osnov

18 *Ibid.*, pp. 169, 176, 183.

19 Na primer, ukoliko je dete uspostavilo lične i emotivne odnose sa istopolnim partnerom roditelja deteta sa kojim živi u zajednici duže vremena, dok je drugi roditelj deteta nepoznat ili lišen roditeljskog prava.

20 Francoiz Terminal, L., 2017, p. 179.

21 Francoiz Terminal, L., The changing concept of 'family' and challenges for family law in France, in: Scherpe, J. M., (ed.), 2016, *European Family Law – Volume II*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, p. 58.

22 Sličan pristup zauzima i hrvatsko pravo, uz predviđanje mogućnosti da se istopolni partner roditelja deteta, pod vrlo restriktivnim uslovima, može odlukom suda imenovati i za posebnog staratelja (partner-skrbnik), koji bi na ovaj način stekao roditeljskopravni status i mogućnost da roditeljske dužnosti vrši u punom obimu. Vid. čl. 45, čl. 46. st. 1. i čl. 48. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola Republike Hrvatske, *Narodne novine RH*, br. 92/14, 98/19 (u daljem tekstu: ZŽPHrv).

za vršenje roditeljskog prava uspostavlja se bez prethodno zasnovanog roditeljskog statusa.²³ Tako sud može, na osnovu sporazuma roditelja ili predloga roditelja koji samostalno vrši roditeljsko pravo, u celini ili delimično poveriti vršenje roditeljskog prava istopolnom partneru roditelja deteta.²⁴ Pomenuti istopolni partner mora ispunjavati uslove koji se prema porodičnom zakonodavstvu traže za staratelja. Pored toga, hrvatsko pravo predviđa i mogućnost da se istopolni partner roditelja deteta, pod određenim restriktivnim uslovima, imenuje za staratelja *sui generis*, odnosno partnera-skrbnika deteta.²⁵ Ova rešenja su svakako ilustrativna u pogledu mogućih načina za uspostavljanje pravnog osnova prema kojem bi istopolni partner roditelja deteta mogao vršiti roditeljsko pravo sa ili bez uspostavljanja roditeljskog statusa.

U svakom slučaju, predviđanje posebnog osnova za vršenje roditeljskog prava istopolnog partnera roditelja deteta treba posmatrati kao zakonski minimum koji bi morali sadržavati propisi kojima se uređuju istopolni partnerski odnosi. Nažalost, nedavno objavljen tekst našeg Nacrta zakona o istopolnim zajednicama takav zakonski minimum ne obezbeđuje. Zbog toga se u ovom trenutku može govoriti samo o jednom još uvek nedovršenom pokušaju regulisanja pitanja roditeljstva lica koja žive u istopolnoj zajednici, a čiji pravni položaj ovaj nacrt, jednim delom, nesumnjivo teži da uredi. Kao i u drugim pravnim sistemima, takva težnja je sasvim očekivana i opravdana, ali da bi u praksi zaista mogla služiti zaštititi prava i najboljeg interesa deteta, ona mora biti podržana i usklađena sa važećom pravnom regulativom u sferi porodičnih odnosa.

23 Detaljnije, Winkler, S., 2017, *Roditeljska skrb i uzastopne obitelji, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, str. 83.

24 Čl. 40. st. 2. ZŽPHrv.

25 Tako se registrovani (životni partner) roditelja deteta može odlukom suda imenovati za partnera-skrbnika navedenom detetu u dva slučaja. Prvi je, po sopstvenom predlogu, ukoliko je roditelj deteta sa kojim je živeo u istopolnoj zajednici preminuo, pri čemu je dete u momentu smrti pomenutog roditelja živelo sa njima u zajednici. Istovremeno, neophodno je da roditelj koji ne živi sa detetom (drugi roditelj) nije u životu ili je lišen roditeljskog prava u trenutku podnošenja predloga. Drugi slučaj u kojem istopolni partner roditelja deteta može biti imenovan za partnera-skrbnika predstavlja izuzetak i odnosi se na slučajeve kada istopolni partner zajedno sa roditeljem deteta sa kojim živi u istopolnoj zajednici podnosi navedeni predlog sudu. U ovom slučaju zahteva se da drugi roditelj deteta nije poznat, odnosno da je lišen roditeljskog prava. U oba slučaja, sud će istopolnog partnera roditelja deteta imenovati za partnera-skrbnika jedino ako proceni da je to u najboljem interesu deteta. Ono što je posebno značajno jeste da je pravni položaj ovakvog staratelja u potpunosti izjednačen sa pravnim položajem usvojitelja. Vid. čl. 45. i 48. ZŽPHrv.

3. FRAGMENTARNI PRISTUP RODITELJSTVU U NACRTU ZAKONA O ISTOPOLNIM ZAJEDNICAMA

Odredbe Nacrta zakona o istopolnim zajednicama, kojima se delom nastoji urediti i pravni položaj deteta u pogledu takvih zajednica, karakteriše neodređen, selektivan i, u izvesnoj meri, protivurečan pristup regulisanju pitanja roditeljstva istopolnog partnera. Uprkos tome što se u obrazloženju ovog teksta u jednom delu navodi da „roditeljsko pravo ostaje van domašaja ovog zakona”,²⁶ sadržina pojedinih odredaba Nacrta nesporno nameće upravo suprotan zaključak.

Nacrtom je predviđeno više dužnosti iz sadržine roditeljskog prava koje istopolni partner može imati prema detetu svog partnera. Predviđeno je da istopolni partner može imati dužnost da zakonski izdržava maloletno dete svog partnera, pravo i dužnost da donosi odluke o preduzimanju hitnih medicinskih mera nad detetom, kao i pravo da odlučuje o svakodnevnim, odnosno uobičajenim pitanjima u vezi sa staranjem o ličnosti deteta svog istopolnog partnera.²⁷

Dužnost istopolnog partnera da izdržava dete drugog partnera predviđena je kako tokom trajanja istopolne zajednice, tako, u određenim slučajevima, i nakon njenog prestanka. Kao opšte pravilo, Nacrt predviđa da je jedan partner dužan da izdržava dete svog partnera u slučaju da dete nema srodnike koji su dužni da ga izdržavaju prema pravilima PZ-a ili srodnici deteta nemaju mogućnosti za to.²⁸ Ako je dete živelo u istopolnoj zajednici, predviđeno je da je partner roditelja deteta dužan da izdržava dete i nakon prestanka takve zajednice, a nezavisno od načina prestanka.²⁹ U ovom slučaju, obaveza partnera da izdržava dete postaje primarna u odnosu na obavezu srodnika koji su prema PZ-u inače dužni da izdržavaju dete i imaju mogućnosti za to, izuzev obaveze izdržavanja drugog roditelja deteta.³⁰ Nasuprot tome, u situacijama u kojima dete nije živelo u istopolnoj zajednici, obaveza jednog partnera da izdržava dete drugog partnera prestaje sa prestankom istopolne zajednice.³¹

Nacrtom se predlaže da se istopolnom partneru roditelja deteta prizna i pravo da, u hitnom slučaju kada preti opasnost po zdravlje i život deteta,

26 Vid. Nacrt zakona o istopolnim zajednicama, Obrazloženje, II. 3, str. 34, par. 4.

27 Vid. čl. 38 i 39. Nacrta.

28 Vid. čl. 38. st. 1. Nacrta. Ovde ostaje nejasno da li bi se navedeno pravilo primenjivalo nezavisno od toga da li u konkretnom slučaju dete živi u zajednici života sa roditeljem i njegovim istopolnim partnerom.

29 Vid. čl. 38. st. 2. u vezi sa st. 3–4. Nacrta.

30 Vid. čl. 38. st. 2. Nacrta.

31 Vid. čl. 38. st. 3–4. Nacrta.

donese odluku o preduzimanju neophodnih i neodložnih radnji, uz obavezu da o tome odmah obavesti partnera koji je roditelj deteta.³² Ujedno, predviđeno je da istopolni partner koji živi sa detetom i njegovim roditeljem ima pravo donošenja svakodnevnih odluka u vezi sa detetom, uz saglasnost partnera koji je roditelj deteta i u najboljem interesu deteta.³³

Nacrtom se izričito predviđa i pravo deteta da održava lične odnose sa bivšim partnerom svog roditelja, pri čemu to pravo može biti ograničeno sudskom odlukom u najboljem interesu deteta. S tim u vezi, bivšem istopolnom partneru roditelja deteta garantuje se pravo na podnošenje tužbe za zaštitu navedenog prava deteta na održavanje ličnih odnosa.³⁴

Kada se navedena rešenja sagledaju iz ugla normi PZ-a, zaista se teško može braniti tvrdnja, navedena u obrazloženju Nacrta, prema kojoj pomenute dužnosti i prava istopolnog partnera u odnosu na dete drugog partnera „nisu roditeljsko pravo, već su isključivo ustanovljene radi zaštite najboljeg interesa deteta”.³⁵ Takvo obrazloženje ukazuje na nerazumevanje pravne prirode i sadržine roditeljskog prava. Kao što je poznato, sva roditeljska prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava ustanovljena su u najboljem interesu deteta. Moguće je da određena treća lica vrše odgovarajuće dužnosti iz sadržine roditeljskog prava bez prethodno uspostavljenog roditeljskopravnog odnosa, ali nije moguće da to čine bez jasnog pravnog osnova.³⁶ Očigledno je da se i u tekstu Nacrta predlaže da istopolni partner roditelja deteta može, pod određenim uslovima, vršiti neke dužnosti iz sadržine roditeljskog prava. Samim tim, ne može se pobeći od epiteta „roditeljske” kada su u pitanju dužnosti koje tvorci Nacrta dodeljuju istopolnom partneru roditelja deteta.

Ilustrativna su rešenja koja se predlažu u domenu zakonske obaveze izdržavanja deteta istopolnog partnera i odlučivanja o preduzimanju hitnih medicinskih mera nad detetom. Treba primetiti da će istopolni partner roditelja deteta biti dužan da zakonski izdržava dete pod identičnim uslovima koji važe za zakonsko izdržavanje deteta od strane tazbinskih srodnika u porodičnom zakonodavstvu.³⁷ Predviđeno je i da se pravila o zakonskom izdržavanju deteta istopolnog partnera jednako primenjuju na registrovane i istopolne partnere iz neformalne zajednice života kao dužnike obaveze izdržavanja.³⁸ Ipak, u obrazloženju Nacrta ističe se kako je

32 Vid. čl. 39. st. 1. Nacrta.

33 Vid. čl. 39. st. 2. Nacrta.

34 Vid. čl. 39. st. 3–4. Nacrta.

35 Vid. Nacrt zakona o istopolnim zajednicama, Obrazloženje, II. 3, str. 34, par. 5.

36 Na primer, hranitelji vrše roditeljske dužnosti iz domena staranja o ličnosti deteta, ali na osnovu rešenja o hraniteljstvu.

37 Vid. čl. 38. Nacrta u vezi sa čl. 159. st. 1–2. PZ.

38 Vid. čl. 75. Nacrta.

dejstvo istopolnih zajednica u sferi tazbinskog srodstva potpuno izostalo, čime se isključuje vidljivost pravnog osnova za navedenu obavezu izdržavanja.³⁹ Tačnije, postojeće rešenje Nacrta uopšte ne uspostavlja pravni osnov za takvu obavezu, budući da između istopolnog partnera i deteta drugog partnera ne postoji bilo kakav oblik srodstva.

Protivurečno je i rešenje prema kojem se istopolni partner roditelja deteta ovlašćuje da donosi odluku o predizimanju hitnih medicinskih mera nad detetom, budući da ovakve odluke jedino može donositi zakonski zastupnik, odnosno roditelj ili staratelj deteta. Takav pravni položaj, na osnovu postojećih pravila, svakako ne pripada istopolnom partneru roditelja deteta. Pritom treba reći i to da se hitna medicinska mera može preduzeti i protivno volji zakonskog zastupnika u slučaju procene lekara da je njeno preduzimanje u najboljem interesu deteta.⁴⁰

Rešenje prema kome svakodnevne odluke u vezi sa detetom može donositi i istopolni partner uz saglasnost roditelja deteta takođe je problematično. Kada roditelji odlučuju o pitanjima od uobičajenog značaja za dete, dovoljna je odluka jednog roditelja, dok postoji neoboriva pravna pretpostavka o saglasnosti drugog roditelja sa takvom odlukom. U suprotnom bi funkcionalnost porodice i zajedničkog života bila dovedena u pitanje.⁴¹ Otuda je ovako formulisano rešenje Nacrta jednostavno neodrživo. Naravno, istopolnom partneru ne bi bilo moguće uskratiti faktičko vršenje određenih ličnih dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, poput čuvanja i podizanja deteta, jer bi pomenute dužnosti nametalo postojanje zajedničkog života sa detetom. Međutim, tamo gde bi donošenje odluka od svakodnevnog značaja obuhvatalo elemente pravnog staranja, primena rešenja sadržanog u Nacrtu jednostavno ne bi bila moguća.⁴²

39 Vid. Nacrt zakona o istopolnim zajednicama, Obrazloženje, II. 3, str. 32, par. 3. Paradoksalno ovakvoj tvrdnji, istopolnim zajednicama zapravo se u tekstu Nacrta daje šire dejstvo u domenu tazbinskog srodstva u odnosu na partnerske zajednice lica različitog pola, budući da vanbračna zajednica u našem pravu ne predstavlja osnov tazbinskog srodstva. Nedoslednost ovakvih tvrdnji potvrđuju i odredbe kojima se tazbinsko srodstvo prethodno prepoznaje kao smetnja za zaključenje registrovane istopolne zajednice, a potom se navedenom obliku srodstva navodno uskraćuje dejstvo u domenu zakonskog izdržavanja deteta. Vid. čl. 9. st. 4. Nacrta.

40 Vid. čl. 18. st. 3. Zakona o pravima pacijenata, *Sl. glasnik RS*, br. 45/13 i 25/19 – dr. zakon. Suštinski, teret donošenja ovakve odluke je na lekarima i paternalističkoj proceni najboljeg interesa maloletnog pacijenta.

41 Vid. Vlašković, V., Odlučivanje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta prema Porodičnom zakonu Srbije, u: Draškić, M., Šarkić, N., Arsić, J., (ur.), 2018, *Porodični zakon – dvanaest godina posle*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, str. 203.

42 Na primer, donošenje odluke o upisu deteta u plivački klub ili na kurs stranog jezika mogu donositi samo roditelji.

Kada su u pitanju odredbe kojima se nastoji urediti pravo deteta na održavanje ličnih odnosa sa bivšim partnerom roditelja deteta, treba imati u vidu da bi takva mogućnost, prema PZ-u, mogla postojati samo u slučaju kada dete za istopolnog partnera roditelja vezuje posebna bliskost.⁴³ Pomenuto pravilo se stoga čini suvišnim, jer bi se u ovom slučaju svakako mogao neposredno primeniti PZ. Problematično je i rešenje prema kome bivši partner roditelja deteta može podneti tužbu radi održavanja ličnih odnosa sa detetom, što je inače odredbom PZ-a uskraćeno svim trećim licima, te se ovakvim predlogom bivši partner roditelja deteta stavlja u povoljniji pravni položaj.⁴⁴

Konačno, nedoslednosti su prisutne i kod pravila koja se predlažu u pogledu nadležnosti za raskid registrovane istopolne zajednice. Tako je u tekstu Nacrta predviđeno da se registrovanim partnerima može izuzetno omogućiti raskid istopolne zajednice pred javnim beležnikom, pri čemu je takva mogućnost isključena ako je u istopolnoj zajednici živelo i dete jednog od partnera.⁴⁵ Ovakvo rešenje nema nikakvog smisla u odsustvu odgovarajućeg osnova za vršenje roditeljskog prava istopolnog partnera roditelja deteta.

Navedeni nedostaci rešenja sadržanih u Nacrtu ukazuju na to koliko je važno predvideti pravni osnov prema kojem bi istopolni partner roditelja deteta mogao vršiti roditeljsko pravo. Čak i u postojećoj klimi društvenih odnosa, to je minimum ispod kojeg se ne bi smelo ići kada je reč o roditeljstvu istopolnih partnera. U suprotnom, u odsustvu mogućih pravila za zasnivanje roditeljskopravnog odnosa, navedena rešenja ostala bi da „lebde u vazduhu”, bez jasnog pravnog osnova po kojem bi istopolnom partneru pripadale određene roditeljske dužnosti predviđene Nacrtom.

4. RODITELJSTVO ISTOPOLNOG PARTNERA: REFORMA ILI PRILAGOĐAVANJE DOMAĆEG PORODIČNOG ZAKONODAVSTVA?

U situaciji kada je potrebno učiniti istopolne zajednice pravno vidljivim i uvesti ih pod okrilje domaćeg pravnog poretka, javlja se i problem mesta navedenih pravila u kontekstu postojećeg porodičnog zakonodavstva. Treba imati u vidu da matični zakon kojim se uređuju porodični odnosi postavlja sistemsku pravila u smislu uspostavljanja roditeljskog statusa,

43 Vid. čl. 61. st. 5. PZ.

44 Vid. čl. 263. st. 1. PZ.

45 Vid. čl. 30. st. 1. i čl. 31. st. 1. Nacrta.

odnosno osnova za vršenje roditeljskog prava.⁴⁶ Iz tog razloga, važno je da država zauzme stav o tome da li će prilikom pravnog regulisanja istopolnih zajednica reformisati i porodično zakonodavstvo ili će nastojati da koncept istopolnih partnerstava prilagodi zakonu kojim se sistemski uređuju porodični odnosi.⁴⁷ Dilema da li pravila o istopolnim zajednicama prilagoditi osnovnom porodičnom zakonodavstvu ili reformisati postojeće ustanove porodičnog prava najsnažnije je prisutna upravo u domenu roditeljskopravnih odnosa. Kako bi se navedeni problem što potpunije sagledao, potrebno je osvrnuti se na osnovnu ulogu registrovanog partnerstva kao oblika istopolne zajednice.

Registrovano partnerstvo nastalo je kao formalna zajednica života isključivo osoba istog pola sa ciljem da bude funkcionalna zamena za brak.⁴⁸ Ovakva uloga registrovanog partnerstva uslovlila je da se pravila o roditeljstvu istopolnih partnera, koja postoje u uporednim sistemima, postepeno prilagođavaju odredbama porodičnog zakonodavstva o zasniavanju roditeljskopravnog odnosa.⁴⁹ Primetno je da je takav proces prilagođavanja uobičajeno prestajao prihvatanjem istopolnog braka, čime je ujedno registrovano partnerstvo gubilo svrhu svog postojanja.⁵⁰

-
- 46 Uvažavajući činjenicu da važeći pravni sistem u Republici Srbiji ne pravi razliku između tzv. organskih, osnovnih ili drugih zakona koji imaju jaču pravnu snagu od ostalih, „običnih zakona”, Ustavni sud Srbije u jednoj svojoj odluci ukazuje da „ustavno načelo jedinstva pravnog poretka nalaže da osnovni pravni principi i instituti predviđeni zakonima kojima se na sistemski način uređuje jedna oblast društvenih odnosa budu ispoštovani i u posebnim zakonima, osim ako je tim sistemskim zakonom izričito propisana mogućnost drugačijeg uređivanja istih pitanja”. Vid. Odluku Ustavnog suda RS, IY3 br. 231/2009 od 22. jula 2010, *Sl. glasnik RS*, br. 89/10.
- 47 Naravno, pomenute pristupe često nije moguće odsečno razdvojiti, budući da svako prilagođavanje ima svoje granice iza kojih se nameće reforma određenih pravnih instituta.
- 48 Scherpe, J. M., Hayward, A., *The Future of Registered Partnerships: An Introduction*, in: Scherpe, J. M., Hayward, A., (eds.), 2017, *The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, p. 4.
- 49 Ilustracije radi, Danska je bila prva država na svetu koja je 1989. godine uvela registrovano partnerstvo kao oblik istopolne zajednice. Deset godina nakon toga, dansko pravo omogućilo je jednoroditeljsko usvojenje deteta registrovanog partnera, dok je mogućnost zajedničkog usvojenja priznata 2010. godine. Vid. Lund-Andersen, I., 2017, pp. 21, 36.
- 50 Pokazalo se kako je u pravima skandinavskih država, ustanova registrovanog partnerstva bila provizornog karaktera i predstavljala svojevrsni most do istopolnog braka. Međutim, takav ishod nije moguće predvideti kada je reč o ostalim evropskim državama koje su prepoznale navedenu pravnu ustanovu, uzimajući u obzir društvene činioce koji oblikuju pojedina društva. Aloni, E., 2010, *Incrementalism, Civil Unions, and the Possibility of Predicting Legal Recognition of Same-Sex Marriage*, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 18, No. 1, p. 126.

U određenim državama, registrovano partnerstvo zamišljeno je kao polno neutralni oblik partnerske zajednice, odnosno kao alternativa, a ne zamena za brak.⁵¹ Tipičan primer predstavlja ranije pomenuti francuski PACS koji je zapravo ugovor o uređenju zajedničkog života, bez dejstva na roditeljski status istopolnih partnera.⁵² Otuda, ovde nije postojala potreba da se, makar formalno, pravila o registrovanom partnerstvu prilagođavaju pravilima osnovnog porodičnog zakonodavstva. Međutim, problem prepoznavanja pravnog osnova za vršenje roditeljskog prava nije se mogao izbeći u slučajevima kada je registrovani partner živeo u zajednici sa detetom svog partnera. Stoga, problem nije rešen prilagođavanjem pravila o registrovanom partnerstvu, već na posredan način – primenom pravila iz porodičnog zakonodavstva prema kojima se osnov za vršenje roditeljskog prava mogao uspostaviti nezavisno od roditeljskog statusa.

U domaćem Nacrtu izvesno je prihvaćen model prema kojem je registrovano partnerstvo funkcionalna zamena za brak, dok je neformalna istopolna zajednica zamena za vanbračnu zajednicu. Samim tim, jasno je da postoji potreba prilagođavanja pravila o istopolnim zajednicama normama porodičnog zakonodavstva, uključujući i oblast roditeljskopravnih odnosa. Međutim, postavlja se pitanje u kojoj meri je pomenuto prilagođavanje moguće, uzimajući u obzir trenutni društveni kontekst.

Pre svega, treba napomenuti kako pravila PZ-a prave razliku u načinima za zasnivanje roditeljskopravnog odnosa bračnih i vanbračnih partnera jedino u domenu primene pravne pretpostavke očinstva.⁵³ Kada se radi o uspostavljanju pravnog roditeljstva putem biomedicinske oplodnje ili usvojenja, navedene razlike nema.

Domaće pravo o biomedicinskoj oplodnji insistira na medicinskoj, a ne na socijalnoj indikaciji, kao uslovu da bi bračni ili vanbračni partneri

51 Scherpe, J. M., Hayward, A., 2017, p. 6.

52 Reyniers, P., Same-Sex Couples in France and Belgium: The Resilient Practice of Judicial Deference, in: Gallo, D., Paladini, L., Pustorino, P., (eds.), 2014, *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, Springer, p. 252. Francuski model registrovanog partnerstva, ipak, sadrži i određene institucionalne elemente, poput postojanja smetnje srodstva ili ranije zaključenog braka, odnosno PACS-a. Martin, C., Théry, I., 2001, The PACS and Marriage and Cohabitation in France, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 15, No. 1, p. 150. U tom smislu, francuski pravni teoretičari ističu hibridnu pravnu prirodu PACS-a, prema kojoj ovaj oblik registrovanog partnerstva nije samo ugovor već ima i statusna dejstva. Malaurie, P., Aynès, L., 2006, *La famille*, Paris, Defrenois, p. 179. Tako, ugovorne klauzule prema kojima se partneri odriču obaveze uzajamnog poštovanja i pomaganja ili obaveze vernosti smatrale bi se apsolutno ništavim. Carbonnier, J., 2004, *Droit civil: Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, Paris, Quadrige/PUF, p. 1484.

53 U tom smislu, Draškić, M., 2016, str. 132, 152, 274.

mogli biti korisnici usluga biomedicinski potpomognute oplodnje.⁵⁴ Shodno tome, metodom prilagođavanja ne bi se moglo omogućiti istopolnim partnerima da putem biomedicinskog oplođenja zasnuju roditeljskopravni odnos. Drugačije rešenje svakako bi zahtevalo reformu domaćeg prava, kako bi se i bračnim i vanbračnim partnerima omogućilo da bez principa medicinske opravdanosti pristupaju uslugama biomedicinske oplodnje.

Čini se da bi se prilagođavanje porodičnom zakonodavstvu u kontekstu uspostavljanja roditeljskopavnog odnosa moglo dosledno sprovesti u domenu usvojenja. U tom smislu, PZ izjednačava bračne i vanbračne partnere u pogledu mogućnosti da zajednički usvoje dete, kao i mogućnosti da jedan bračni ili vanbračni partner usvoji dete svog partnera.⁵⁵ Kao što je ranije rečeno, prva situacija je znatno osetljivija budući da se u ovom slučaju najbolji interes deteta ceni u širem društvenom kontekstu. To podrazumeva poteškoće u pogledu utvrđivanja motiva za usvojenje koji bi morali biti usklađeni sa neophodnošću da se usvojeniku obezbedi funkcionalno porodično okruženje, što bi u postojećim društvenim okolnostima predstavljalo značajan izazov.

Situacija je drugačija u slučajevima u kojima dete već živi u zajednici sa istopolnim partnerom svog roditelja, budući da tada utvrđivanje najboljeg interesa deteta u manjoj meri zavisi od društvenih činilaca izvan već formiranog porodičnog okruženja. Stoga, ako bi se u navedenom domenu izbeglo prilagođavanje pravilima PZ-a o jednoroditeljskom usvojenju, koje je omogućeno bračnom i vanbračnom partneru roditelja deteta,⁵⁶ nastao bi problem. Postojeće zakonsko rešenje gotovo izvesno bi se našlo na udaru prava na zaštitu od diskriminacije u vezi sa pravom na porodični život iz EKLJP-a.⁵⁷ Tome u prilog govore slučajevi u kojima je Evropski sud odlučivao o pomenutom problemu u kontekstu prava na zaštitu od diskriminacije u vezi sa pravom na poštovanje porodičnog života istopolnog partnera roditelja deteta.⁵⁸ Evropski sud ne nameće državama obavezu

54 Vid. čl. 4. u vezi sa čl. 25. st. 1. i 4. ZBMPO.

55 Čl. 101. st. 1–2. PZ.

56 Vid. čl. 101. st. 2. PZ.

57 Čl. 12. u vezi sa čl. 8. EKLJP.

58 U slučaju *Gas and Dubois v. France*, Sud je procenio kako nije bilo povrede prava na zaštitu od diskriminacije iz čl. 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima u vezi sa pravom na poštovanje porodičnog života iz čl. 8. navedene konvencije, kada francuske vlasti nisu dopustile istopolnom partneru roditelja deteta da nepotpuno usvoji dete. Opravdanje za ovakvu odluku zasnivalo se, između ostalog, i na tome što francusko pravo ne predviđa ovakvu mogućnost ni za vanbračnog partnera roditelja deteta u heteroseksualnoj zajednici. ECtHR, *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, Judgment of 15 March 2012, para. 69. S druge strane, u slučaju *X and Others v. Austria*, Sud je doneo odluku da je bilo povrede prava na zaštitu od diskriminacije u vezi sa pravom na porodični život istopolnog partnera roditelja deteta kome je

da priznaju istopolnom partneru roditelja deteta pravo na usvojenje, ali se države moraju uzdržati od različitog tretmana istopolnog partnera roditelja deteta u odnosu na pravila koja važe za usvojenje od strane heteroseksualnog partnera u istim ili sličnim situacijama.⁵⁹ Ovde se, dakle, ne utvrđuje pravo istopolnog partnera roditelja deteta da dete usvoji, nego se ceni opravdanost razlike u postupanju prema istopolnim partnerima u odnosu na bračne ili vanbračne partnere u smislu ove vrste usvojenja.⁶⁰ Zbog toga država mora ponuditi „naročito ozbiljne i ubedljive razloge kako bi pokazala da je zabrana jednoroditeljskog usvojenja u istopolnoj zajednici nužna radi zaštite porodice u tradicionalnom smislu ili zaštite interesa deteta, ukoliko se takva mogućnost dopušta heteroseksualnim vanbračnim partnerima.”⁶¹

Imajući navedeno u vidu, jasno je da postoji potreba da se pravila PZ-a o jednoroditeljskom usvojenju shodno primenjuju i u pogledu istopolnih partnerstava. Drugim rečima, potrebno je omogućiti istopolnom partneru roditelja deteta da usvoji dete na jednak način i pod jednakim uslovima kao i bračni ili vanbračni partner u smislu pravila PZ-a. Možda zvuči paradoksalno, ali priznavanje istopolnom partneru roditelja deteta prava da usvoji dete, sa kojim već živi u zajednici, u većoj meri će očuvati tradicionalne porodične obrasce, umesto puta koji iziskuje reformu i razgradnju postojećih instituta porodičnog prava kako bi se navedenom licu praktično omogućilo isto.

Evidentno je, međutim, da su nepovoljna društvena klima i borba da se prvi nacionalni propis o istopolnim zajednicama uopšte usvoji uzeli danak i u samom tekstu Nacrta. Kako je već istaknuto, rešenje prema kojem bi istopolni partner roditelja deteta bio u potpunosti izuzet od vršenja roditeljskog prava je pravno neodrživo. Stoga bi za pojedine situacije bilo nužno predvideti i poseban pravni osnov prema kojem bi istopolni partner mogao vršiti roditeljsko pravo i bez prethodno utvrđenog roditeljskog statusa. Kako bi u tom slučaju vršenje roditeljskog prava bilo u najboljem interesu deteta, potrebno je da se ispuni više uslova. Najpre, potrebno je da je istopolni partner roditelja deteta uspostavio sa detetom blizak emotivni i lični odnos, odnosno da ga dete u psihološkom smislu doživljava kao roditelja, što iziskuje i odgovarajuće vreme provedeno u

austrijsko pravo onemogućavalo da usvoji dete, uprkos tome što je bilo dopušteno da dete usvoji heteroseksualni vanbračni partner roditelja deteta u sličnoj situaciji. ECtHR, *X and Others v. Austria*, paras. 146, 153.

59 Različito postupanje prema licima po osnovu seksualne orijentacije može se pravdati jedino naročito ozbiljnim razlozima. Detaljnije, Choudhry, S., Herring, J., 2010, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, p. 149.

60 ECtHR, *X and Others v. Austria*, para. 149.

61 *Ibid.*, para. 151.

zajedničkoj porodici. Dalje, drugi roditelj, koji ne živi sa detetom, morao bi za to dati svoj pristanak, ili bi morao biti faktički ili pravno sprečen da vrši preostale dužnosti iz sadržine roditeljskog prava. Sa vršenjem roditeljskog prava morao bi se saglasiti i roditelj deteta koji živi u zajednici sa istopolnim partnerom i detetom. Ispunjenje svih navedenih uslova u konačnom bi cenio sud, a sudska odluka u svakom konkretnom slučaju rukovodila bi se najboljim interesom deteta.

Na ovaj način, osnov za vršenje roditeljskog prava mogao bi se učiniti nezavisnim od potrebe da se prethodno uspostavi roditeljskopравни status u korist istopolnog partnera roditelja deteta. Istovremeno, time bi se istopolnom partneru moglo omogućiti da, po potrebi, roditeljsko pravo vrši i u punom obimu, u situacijama u kojima to odgovara faktičkoj ulozi pomenutog partnera u životu deteta.⁶²

U delu pravne teorije postoji oštro protivljenje mogućnosti da se vršenje roditeljskog prava razdvoji od prethodno zasnovanog roditeljskopравnog statusa, jer se u tome vidi degradacija roditeljskog prava i pružanje prostora državi za gotovo nesputanu intervenciju u roditeljskopравne odnose.⁶³ S druge strane, neki pravni pisci u razdvajanju vršenja roditeljskog prava od roditeljskog statusa vide neminovnost, uzrokovanu razvojem biomedicine i društvenim promenama koje su zahvatile porodicu.⁶⁴ Mišljenja smo da će ta neminovnost, u nekom trenutku, nesumnjivo zahtevati prilagođavanje našeg zakonodavstva u pogledu pravila o jednoroditeljskom usvojenju, ali i uvođenje novih instituta kojima bi se istopolnim partnerima omogućio pravni osnov za vršenje roditeljskog prava i bez uspostavljanja roditeljskog statusa.

5. ZAKLJUČAK

Pravno prepoznavanje istopolnih zajednica neminovno postavlja zahteve u pogledu utvrđivanja pravnog osnova prema kojem bi istopolni partneri, u različitim životnim okolnostima, mogli vršiti roditeljsko pravo. Ovo naročito dolazi do izražaja u slučajevima u kojima jedan istopolni

62 Potencijalna otežavajuća okolnost je što bi predviđanje ovakvog osnova za vršenje roditeljskog prava iziskivalo reformu domaćeg porodičnog zakonodavstva, kako bi se i bračnim i vanbračnim partnerima roditelja deteta omogućilo isto. Naime, prema PZ-u, roditelji mogu samo privremeno poveriti dete na čuvanje i podizanje trećem licu ako to lice ispunjava uslove za staratelja. Vid. čl. 69. st. 4. PZ.

63 Tako Reece, H., *The Degradation of Parental Responsibility*, in: Probert, R., Gilmore, S., Herring, J., (eds.), 2009, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, Hart Publishing, p. 94.

64 Detaljnije, Scherpe, J. M., 2017, *The Present and Future of European Family Law: Volume IV of European Family Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 107–111.

partner živi u zajednici sa detetom svog partnera. Kada je istopolni partner roditelja deteta razvio odnos psihološkog i socijalnog roditeljstva sa detetom, a drugi roditelj deteta nije faktički ili pravno u mogućnosti da vrši roditeljsko pravo, najbolji interes deteta zahtevaće da se istopolnom partneru roditelja deteta omogući vršenje roditeljskog prava kako bi se zaštitila prava samog deteta.

Nacrt zakona o istopolnim zajednicama potvrđuje postojanje potrebe da se istopolnom partneru roditelja deteta omogući vršenje određenih prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava. Međutim, izbegavajući da pojedine dužnosti istopolnih partnera zaodene u njihovu istinsku, roditeljskopravnu prirodu, Nacrt nudi nedovršena, fragmentarna, pa i protivurečna rešenja koja bi u praksi teško mogla osigurati ostvarivanje najboljeg interesa deteta koje živi u istopolnoj zajednici. Da bi se ovaj nedostatak otklonio, neophodno je da postoji jasan pravni osnov prema kojem bi istopolni partner roditelja deteta mogao vršiti roditeljsko pravo. Tako bi se vršenje roditeljskog prava moglo istopolnom partneru deteta obezbediti uspostavljanjem roditeljskog statusa, ali i predviđanjem posebnog pravnog osnova bez prethodno zasnovanog roditeljskog statusa. U prvom slučaju, to bi značilo omogućiti istopolnom partneru da usvoji dete sa kojim već živi u zajednici, dok bi u drugom pitanje vršenja roditeljskog prava moglo biti rešeno na osnovu posebne sudske odluke koja bi počivala na najboljem interesu deteta.

Danas su istopolne zajednice sastavni deo našeg društva. U takvim zajednicama žive deca koja ne smeju ostati van vidokruga našeg zakonodavca. Da bi u praksi njihova prava i najbolji interesi zaista bili zaštićeni, buduća zakonska rešenja moraju biti usklađena sa važećom regulativom u sferi porodičnih odnosa. Kako ustavno načelo jedinstva pravnog poretkla nalaže da se pravila o vršenju roditeljskog prava istopolnog partnera prilagode matičnom porodičnom zakonodavstvu, u ovim okvirima treba razmišljati o potrebama dece koja žive u istopolnim zajednicama, ali i sagledati mogućnosti za regulisanje roditeljstva istopolnih partnera u Srbiji.

LITERATURA

1. Aloni, E., 2010, Incrementalism, Civil Unions, and the Possibility of Predicting Legal Recognition of Same-Sex Marriage, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 18, No. 1, pp. 105–161.
2. Alston, P., Cantwell, N., Tobin, J., Article 21: Adoption, in: Tobin, J., (ed.), 2019, *The UN Convention on the Rights of the Child – A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, pp. 759–817.
3. Carbonnier, J., 2004, *Droit civil: Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, Paris, Quadrige/PUF.

4. Choudhry, S., Herring, J., 2010, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, Hart Publishing.
5. Dethloff, N., 2005, Same-Sex Parents in a Comparative Perspective, *International Law FORUM du droit international*, Vol. 7, No. 3, pp. 195–205.
6. Draškić, M., 2016, *Komentar Porodičnog zakona*, Beograd, Službeni glasnik.
7. Fenton-Glyn, C., 2014, *Children's Rights in Intercountry Adoption: A European Perspective*, Cambridge, Intersentia.
8. Fenwick, H., An ECHR Right to Access a Registered Partnership?, in: Scherpe, J. M., Hayward, A., (eds.), 2017, *The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Cambridge, Intersentia, pp. 471–496.
9. Francoiz Terminal, L., Registered Partnerships in France, in: Scherpe, J. M., Hayward, A., (eds.), 2017, *The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Cambridge, Intersentia, pp. 153–184.
10. Francoiz Terminal, L., The changing concept of 'family' and challenges for family law in France, in: Scherpe, J. M., (ed.), 2016, *European Family Law – Volume II*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 39–64.
11. Herring, J., 2017, *Family Law*, Harlow, Pearson Education Limited.
12. Lund-Andersen, I., Registered Partnerships in Denmark, in: Scherpe, J. M., Hayward, A., (eds.), 2017, *The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Cambridge, Intersentia, pp. 19–42.
13. Malaurie, P., Aynès, L., 2006, *La famille*, Paris, Defrenois.
14. Martin, C., Théry, I., 2001, The PACS and Marriage and Cohabitation in France, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 15, No. 1, pp. 135–158.
15. Mršević, Z., 2009, Istopolne zajednice i deca, *Stanovništvo*, 1, str. 23–47.
16. Reece, H., The Degradation of Parental Responsibility, in: Probert, R., Gilmore, S., Herring, J., (eds.), 2009, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, Hart Publishing, pp. 85–102.
17. Reyniers, P., Same-Sex Couples in France and Belgium: The Resilient Practice of Judicial Deference, in: Gallo, D., Paladini, L., Pustorino, P., (eds.), 2014, *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, Springer, pp. 249–262.
18. Scherpe, J.M., 2017, *The Present and Future of European Family Law: Volume IV of European Family Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
19. Scherpe, J. M., Hayward, A., The Future of Registered Partnerships: An Introduction, in: Scherpe, J., Hayward, A., (eds.), 2017, *The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Cambridge, Intersentia, pp. 1–9.
20. Vlašković, V., Odlučivanje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta prema Porodičnom zakonu Srbije, u: Draškić, M., Šarkić, N., Arsić, J., (ur.), 2018, *Porodični zakon – dvanaest godina posle*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, str. 201–216.
21. Vlašković, V., Žena koja živi sama kao korisnica usluga biomedicinski potpomognute oplodnje, u: Mićović, M., (ur.), 2019, *Sloboda pružanja usluga i pravna sigurnost*, Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, str. 651–665.
22. Winkler, S., 2017, Roditeljska skrb i uzastopne obitelji, *Godišnjak Akademije pravni znanosti Hrvatske*, str. 75–92.

PROPISI

1. Porodični zakon, *Sl. glasnik RS*, br. 18/05, 72/11 – dr. zakon i 06/15.
2. Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, *Sl. glasnik RS*, br. 40/17 i 113/17 – dr. zakon.
3. Zakon o pravima pacijenata, *Sl. glasnik RS*, br. 45/13 i 25/19 – dr. zakon.
4. Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. glasnik SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispr. i *Sl. glasnik RS*, br. 12/10, 10/15.
5. Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/09 i *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97.
6. Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola Republike Hrvatske, *Narodne novine RH*, br. 92/14 i 98/19.

SUDSKA PRAKSA

1. ECtHR, *E.B. v. France*, no. 43546/02, Judgment of 22 January 2008.
2. ECtHR, *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, Judgment of 15 March 2012.
3. ECtHR, *X and Others v. Austria*, no. 19010/07, Judgment of 19 February 2013.
4. ECtHR, *Oliary and Others v. Italy*, nos. 18766/11 and 36030/11, Judgment of 21 July 2015.
5. ECtHR, *Fedotova and Others v. Russia*, nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14, Judgment of 13 July 2021.
6. Odluka Ustavnog suda RS, IY3 br. 231/2009 od 22. jula 2010, *Sl. glasnik RS*, br. 89/10.

INTERNET IZVORI

Nacrt zakona o istopolnim zajednicama, Ministarstvo za ljudska i manjinska prava i društveni dijalog (<https://www.minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php>, 25. 3. 2022)

THE PERSPECTIVES OF SAME-SEX PARENTING IN SERBIA: BETWEEN NEEDS AND OPPORTUNITIES

Veljko Vlašković, Jelena Arsić

ABSTRACT

In the context of current aspirations in terms of drafting and adopting a regulation that would finally legalize same-sex unions in Serbia, particularly important issue relates to the effect of same-sex union on the legal position of a child in such unity. The recently published text of the Draft Law on Same-Sex Unions undoubtedly opens the space for considering certain solutions related to the rights and obligations of a same-sex partner of a parent of the child, which is of direct importance in terms of exercising rights of the child in family relations. Based on these provisions, the authors seek to analyze legal possibilities and restrictions regarding the regulation of parental duties and rights of the child in the context of same-sex unions in Serbia. In these efforts, the authors commence from the relevant legal framework that regulates family relations, and thereby indicate some possible solutions.

Key words: same-sex union, same-sex partner, parenting, child, best interests of the child.

Dostavljeno Uredništvu: 14. aprila 2022. godine

Prihvaćeno za objavljivanje: 9. juna 2022. godine