

АНА ЧОВИЋ

ИНСТИТУТ ЗА УПОРЕДНО ПРАВО
БЕОГРАД
a.covic@iup.rsDOI: <https://doi.org/10.18485/bogoslovlje.2023.82.1.5>УДК: 2-747:347.6(4)
322:347.61/.64(4)ПРИМЉЕНО: 11.3.2023.
ОДОВРЕНО: 24.4.2023.

ЗНАЧАЈ ВЕРСКИХ СУДОВА У ПИТАЊИМА ИЗ ОБЛАСТИ ПОРОДИЧНОГ ПРАВА И ПРИМЕНА ВЕРСКОГ ЗАКОНА У ПОСТУПЦИМА ПРЕД РЕДОВНИМ СУДОВИМА*

Сажетак: Право на културну и верску припадност има основу у међународном праву, у члану 9. Европске конвенције о људским правима и у члановима 29. и 30. Конвенције Уједињених нација о правима детета. Иако су током XIX века велики делови исламског права замењени кодификацијама заснованим на европскоконтиненталном моделу, већина држава са претежно муслиманским становништвом задржала је породично право засновано на шеријату. Ширење различитих правних модела породица које су у Европу увели имигранти, посебно исламске вере, почело је да подстиче важна питања која потичу из исламског породичног закона, потчињености жена и повезаности правних, социјалних и религијских правила која карактеришу ислам. Пошто исламско право не прихвата раздвајање закона и религије, исламско породично право највише одолева секуларизацији. У Великој Британији постоје и делују верски судови, па ће у складу са тим бити анализирано деловање Католичког националног суда за Велс, Бет Дина у Лондону (рабинског суда јудаизма) и Шеријатског већа Централне џамије у Бирмингему у области брака и развода. Сви ови судови јасно признају и подржавају крајњи ауторитет грађанскоправних процеса у питањима брака и развода и ниједан није тражио веће признање од државе. Они свој рад виде као верску дужност и пружање важних механизма за организацију послова заједнице и испуњавање потреба заједнице, иако њихове пресуде и одлуке у вези са брачним статусом немају грађанско признање. У другом делу рада доноси се преглед примене верског породичног закона у судским поступцима пред редовним судовима и покушава да се одговори на питање да ли рад верских судова треба ставити

* Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право, који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

у контекст ширих промена породичног права. ► *Кључне речи*: брачно право, верски бракови, верски судови, шеријатска већа, арбитражна већа.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Породица је основна друштвена ћелија, присутна у свим историјски познатим друштвима, али се њена структура и функције с временом мењају. Током историје брак је еволуирао од дела обичаја и традиције до друштвене уставне регулисане правом, којом се уређује однос између два лица (моногамни брак) или више њих (полигамни брак), ради заједничког живота и одгајања потомства. Појединци се могу венчати из правних, социјалних, емоционалних, финансијских, духовних или верских разлога, а на избор супружника могу утицати пол, друштвено одређена правила о инцесту, прописана брачна правила, верски прописи, избор родитеља и индивидуална жеља. У неким деловима света и данас постоје уговорени бракови, дечји бракови, полигамија и присилни бракови као културна традиција, која се све чешће забрањује и кажњава у циљу спречавања кршења женских и дечјих права и као резултат промена у међународном праву људских права последњих деценија.

У зависности од тога да ли се склапају од стране световне или духовне (верске) власти, разликују се грађански и црквени бракови. У секуларним државама верско венчање мора бити одвојено од грађанског, тако да су супружници у обавези да закључе брак пред матичарем, а верском обреду могу приступити у складу са веровањем и традицијом, док у неким земљама свештеник има својство државног службеника, а грађански карактер венчања односи се на упис брака у световне матичне књиге.¹ У Данској су, на пример, свештеници чак двадесет верских заједница овлашћени да обављају венчања, а грађанска и верска форма венчања су изједначене у правним дејствима.² У европским државама однос између црквеног и државног брачног права разликује се у зависности од утицаја цркве и њеног односа са државом, па се тако разликују државе које имају јаку везу са државном влашћу (Енглеска, Грчка, Малта, Финска); државе у којима постоји принцип потпуне одвојености државе и цркве (Холандија, и у великој мери Ирска и Француска); државе у којима постоји споразумни систем сарадње приликом обављања заједничких задатака,

¹ Више о томе у: Ана Човић, „Правна дејства закључења и престанка црквеног брака у државно-правној сфери“, in *Државно-црквено право кроз вјекове*, ур. Владимир Чоловић, Велибор Џомић, Владимир Ђурић и Милош Станић (Београд: Институт за упоредно право у Београду – Будва: Православна митрополија црногорско-приморска, 2019), 631–651.

² Ингер Дибек, „Држава и црква у Данској“, in *Држава и црква у Европској унији*, прир. Герхард Робертс (Београд: Православни богословски факултет Универзитета у Београду и Институт за теолошка истраживања, 2012), 76, 77.

иако у основи постоји њихова раздвојеност (Италија, Шпанија, Мађарска, Португал, Аустрија, балтичке земље).³

Члан 44 Устава Републике Србије утврђује да су цркве и верске заједнице равноправне и одвојене од државе.⁴

2. ГУБИТАК ВЕРСКОГ КАРАКТЕРА БРАКА КРОЗ ИСТОРИЈУ

Након што су Срби примили хришћанство из Византије, Свети Сава је приредио и превео са грчког на словенски језик нови црквено-грађански зборник – Номоканон или законик, касније назван Крмчија, у коме се налазио велики број византијских грађанских прописа црквеног карактера.⁵ Одељак „О тајни брака“ налази се у другом делу Крмчије (глава 50, односно 51). У XIII веку у нашој земљи потпуно се усваја хришћанско црквено законодавство, а брак добија верски карактер. У црквеносудској пракси Руске православне цркве одељак „О тајни брака“ је током XVIII века био база за судске одлуке и решења, а у судској пракси Српске православне цркве то представља и данас. Осим у Крмчији, прописи из брачног права били су садржани у Жичкој повељи краља Стефана Првовенчаног из 1220. године, у којој се 13 чланова, од укупно 32 члана, односи на брак. Цар Душан је 1349. године забранио нецрквене бракове у свом Законику, да би осигурао доследно поштовање ових прописа, а доношењем Српског грађанског законика 1844. године акцептирани су сви постојећи прописи везани за брак.⁶ У њему се у одељку „О личним правима“ говори о лицима и правима личним и по сопственим својствима (чланови 36–59); о правима и дужностима супружника (чланови 60–111); о правима и

³ Герхард Роберс, „Држава и црква у Европској унији“, in *Држава и црква у Европској унији*, прир. Герхард Роберс (Београд: Православни богословски факултет Универзитета у Београду и Институт за теолошка истраживања, 2012), 10.

⁴ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, 96/2006 и 115/2021, https://www.paragraf.rs/proписи/ustav_republike_srbije.html, приступљено 25. 2. 2022.

⁵ Крмчија је била зборник прописа, различитих по садржају и пореклу, који су регулисали правни живот цркве и државе. Представљала је основ свих каснијих правних аката – најзначајније дело словенске правне науке. Крмчија се налазила у основи свих каснијих правних аката, а свој значај није изгубила ни након доношења других законодавних зборника, који су се позивали на њу (Душанов законик у члановима 6, 8, 11, 109 и 196, Српски грађански законик из 1844. године у члану 93). Од своје појаве па до XIX и XX века, Крмчија је била основни правни извор за све Источне Словене, за све православне словенске цркве – за средњовековну Србију, Бугарску, Русију и делимично за Румунску православну цркву. Више у: Зоран Деврња, „Законоправило Светог Саве и Душанов законик“, *Богословље* 78, № 2 (2019): 86–103, <http://bogoslovlje.pbf.rs/images/arhiva/2019/2/2019-2-06.pdf>, приступљено 15. 2. 2023; Бранко Цисарж, *Црквено право II. Брачно право и црквеносудски поступак Српске православне цркве* (Београд: Космос, 1973), 49–53.

⁶ Српски грађански законик од 11. марта 1844, https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugostocna-evropa/privatno-pravo/srbija/Srpski_gradjanski_zakonik_1844.pdf, приступљено 10. 2. 2023.

дужностима родитеља и деце (чланови 112–155). Ове одредбе су се односиле на припаднике Српске православне цркве, док је за остале конфесије важило њихово конфесионално брочно право.⁷

Закон о црквеним властима Источно-православне цркве донет је 1890. године и за предмет регулисања имао је уређење Православне цркве у Краљевини Србији и организацију црквено-судске власти. Након Првог светског рата, 1929. године, усвојен је Закон о српској православној цркви, а 1931. године Устав Српске православне цркве. Прописано је да аутокефална Српска православна црква своје верске послове уређује самостално, а осим Крмчије, не постоји ниједан други зборник који обухвата сва правила: светих апостола, седам васељенских сабора, десет помесних сабора и тринаест светих отаца, који и данас важе. Брачна правила Српске православне цркве⁸ донета су 7. септембра 1933. године, а исте године је усвојен и Поступак за судове у Српској православној цркви.⁹

Српски грађански законик из 1844. године признавао је надлежност цркве за склапање брака чланом 60, а у члану 99 била је предвиђена надлежност црквених судова за престанак брака, укључујући и развод.¹⁰ Брак губи верски карактер усвајањем Основног закона о браку 1946. године, а у другим европским земљама много раније под утицајем реформације, филозофије и Француске револуције (у Француској 1791. године, у Холандији 1795. године, у Белгији 1796. године, у Румунији 1864. године, у Швајцарској 1874. године, у Немачкој 1875. године, у Мађарској са Војводином 1894. године, у Португалији 1910. године, у Совјетском Савезу 1917. године, у Шведској 1920. године, у Албанији 1925. године).¹¹ Такође, до 1946. године на територији Босне и Херцеговине постојали су шеријатски судови, а шеријатско право било је у примени и на територији Србије за питања из области брачног права супружника исламске вере.¹² Уставом ФНР Југославије¹³ од 31. јануара 1946. године

⁷ Више у: Stanka Stjepanović i Bogdana Stjepanović, „Primena šerijatskog prava u mešovitim brakovima u Kraljevini Jugoslaviji“, in *Uvod u šerijatsko pravo*, ur. Vladimir Čolović i Samir Manić (Beograd: Institut za uporedno pravo, 2020), 147–157.

⁸ Брачна правила Српске православне цркве, Друго допуњено и исправљено издање (Београд: Свети архијерејски Синод, 1994).

⁹ Правила и поступци за црквене судове СПЦ, 1961.

¹⁰ Српски грађански законик од 11. марта 1844, https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/srbija/Srpski_gradjanski_zakonik_1844.pdf, приступљено 10. 2. 2023.

¹¹ Olga Cvejić Jančić, „Brak i развод između prošlosti i budućnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* № 2 (2009): 64–67.

¹² Више у: Fikret Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama* (Sarajevo: IC EL-KALEM – Izdavački centar Rijaseta Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini i CNS – Centar za napredne studije, 2011); Enes Durmišević, *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoleća* (Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008).

¹³ Устав ФНРЈ, *Службени листи ДФ Југославије*, бр. 10.

(члан 25) и Устав СФР Југославије¹⁴ (члан 46) од 7. априла 1963. године, верске заједнице су одвојене од државе, која уређује све правне односе који се тичу брака и породице. Црквени бракови закључени до ступања на снагу Основног закона о браку 1946. године изједначени су у дејствима са грађанским браковима, а изводи из тадашњих црквених матичних књига имају својство јавних исправа.

Може се закључити да у нашој држави од 1946. године до данас правна дејства производи само грађански брак закључен пред матичарем, док шеријатски бракови, као ни црквени бракови, не уживају правну заштиту државе и имају искључиво церемонијални карактер. Такође, пуноважан брак за живота супружника може бити разведен само пресудом надлежног државног суда. Наше право познаје два узрока за развод брака – озбиљна и трајна поремећеност односа у браку и стварна немогућност да се оствари заједница живота, а осим на основу тужбе, може се развести и споразумом супружника.¹⁵ Суд не утврђује постојање субјективних елемената на страни супружника нити било какве друге узроке, а судска пракса озбиљну и трајну поремећеност односа у браку тумачи врло широко, полазећи од чињенице да један од супружника жели развод. Поступак мирења спроводи се само у поступцима који су покренути тужбом за развод брака, као и поступак посредовања или медијације, који је уведен у брачне спорове као обавезан саставни део судског поступка. Међутим, након развода грађанског брака не може се ступити у други црквени брак, уколико претходни црквени брак није разведен пред надлежним црквеним судом.

Црква прописује сложену процедуру утврђивања околности и разлога за прекид брака. Свештеници прво покушавају да помире завађене партнере, а уколико покушај помирења не успе, разводи се брак који је претходно разведен одлуком грађанског суда. Задатак црквеног суда не своди се само на потврђивање разлога и чињеница утврђених у грађанском бракоразводном поступку, већ је пресуда грађанског суда само један од доказа у бракоразводном поступку пред црквеним судом. Брачни правилник Српске православне цркве разликује случајеве престанка брака без пресуде и престанак брака на основу пресуде, из прописаних бракоразводних узрока.¹⁶

¹⁴ Одлука о проглашењу устава Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени листи Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, бр. 14, од 10. 4. 1963.

¹⁵ Члан 219 и члан 225. Породичног закона, *Службени гласник РС*, 18/2005, 72/2011, 6/2015, https://www.paragraf.rs/propisi/porodicni_zakon.html, приступљено 1. 3. 2023.

¹⁶ Без пресуде брак може престати у случају смрти једног од брачних другова, проглашења једног брачног друга мртвим, полагањем монашког завета и рукоположењем за епископа. Брак може престати за живота оба брачна друга, само ако га надлежни црквени суд разведе правоснажном пресудом, на основу прописаних бракоразводних узрока. Брачни друг чијом кривицом је настао бракоразводни узрок не може тражити развод брака, осим ако су оба брачна друга крива (члан 86 Бп). Прописани бракоразводни узроци су следећи: прељуба; рађење о глави брачном

Разводом црквеног брака наступају одређене последице за црквеноправно подручје. Разведени брачни другови могу ступити у нови брак уколико томе не стоје на путу сметње, забране или казне, изречене у пресуди о разводу брака.

За разлику од црквених прописа, сва законодавства европских држава напустила су принцип кривице као искључиви узрок за развод брака, па данас постоје државе чија су законодавства у овој области заснована на мешовитом систему, у коме постоји и развод брака заснован на кривици брачног друга, а схвата се и као санкција и као лек у ситуацији поремећених односа. У закондавствима која су заснована само на систему развода лека, као бракоразводни узрок појављује се „неуспех брака“ у Немачкој, „неповратно уништен брак“ у Енглеској и Велсу, „тешка и трајна поремећеност брачних односа“ у Грчкој и слично формулисани разлози, који искључују могућност утврђивања кривице.¹⁷

За државноправно подручје последице развода брака односе се на: могућност склапања новог брака; употребу заједничког презимена; децу (вршење родитељског права и право становања); имовинска права (деоба заједничке имовине, престанак наследних права, повраћај поклона); супружничко издржавање; накнаду парничних трошкова.

Досадашње најаве да ће се грађански и црквени брак у Републици Србији изједначити у правним дејствима до данас нису реализоване. У радном тексту Грађанског законика Републике Србије од 29. маја 2015. године у члану 2235, који се односи на форму закључења брака, наводи се да се „брак закључује на свечан начин, пред матичарем и уз присуство два сведока“, а као могућа алтернатива: „Брак се закључује у свечаном грађанском или верском облику“.¹⁸ У Преднацрту Грађанског законика од 28. маја 2019. године у члану 2138 наводи се само да се „брак закључује на свечан начин, пред матичарем и уз присуство два сведока“.¹⁹

Изједначавањем верске и грађанске форме брака било би испоштовано право верника да правно дејство производи и брак склопљен само пред органом

другу; хотимичан (намеран) побачај; злобно напуштање брачног друга; нестанак брачног друга дужи од две године; телесна и душевна болест, ако та болест потпуно онемогућује сваку телесну заједницу са зараженим и ако доводи у животну опасност његовог брачног друга; морална покарвеност; отпадништво од православне вере, в. §79–§114 Брачна правила СПЦ.

¹⁷ Законодавства заснована на мешовитом систему су француско, аустријско, право Луксембурга, ирско и данско. На систему развода лека заснивају се право Италије, Швајцарске, Немачке, Енглеске и Велса, Мађарске, Грчке, Словеније, Холандије, Финске, Шведске, Шпаније. В. Milan Počuča i Nebojša Šarkiћ, *Porodično pravo i porodičnopravna zaštita* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta „Union“ u Beogradu, JP Službeni glasnik, 2014), 136–139.

¹⁸ Радни текст Грађанског законика Републике Србије од 29. маја 2015, <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, приступљено 8. 3. 2022.

¹⁹ Преднацрт Грађанског законика Републике Србије од 28. маја 2019, https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacr-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, приступљено 29. 3. 2023.

цркве или верске заједнице којој припадају, с тим што би се на материјалне услове за пуноважност брака склопљеног у верској форми, на последице брака које се тичу права и обавезе супружника, као и на престанак брака, права и обавезе које из тога произилазе, и поништај брака примењивало искључиво породично, а не верско право. Такође, да би до наведених промена дошло, неопходна је промена Устава, који сада изричито предвиђа у члану 62 да се брак може закључити само пред надлежним државним органом.²⁰

3. Правни и друштвени изазови мултикултуралног друштва

Са великим приливом имиграната у Европу последњих година све чешће се говори о интеграцији новопридошлог становништва, која може бити културна интеграција (усвајање начина живота, вредности и пракси које су карактеристичне за домаће становништво), али и социјална и економска интеграција, у циљу спречавања социјалне маргинализације ових људи, чији је циљ да достигну ниво друштвеног, економског и културног живота који имају дугогодишњи становници на тој територији. Запад је до сад имао два модела „управљања“ муслиманским становништвом у својим државама: мултикултурализам, који се повезује са земљама енглеског говорног подручја (Уједињено Краљевство, Сједињене Државе, Канада) и северном Европом, и, са друге стране, модел асимилације, специфичан за Француску, Немачку и Аустрију.²¹ Аутор Мехмет Џан наводи да „мултикултурализам претпоставља да је ислам као религија уграђен у посебну културу, која постоји и одржава се од генерације до генерације, те да неко може бити добар грађанин и ако се првенствено поистовећује са културом која није доминантна, док у моделу асимилације – званични термин је интеграција – држављанство се добија релативно лако, а раса, етнички или верски идентитет премештају се у приватну сферу“.²² Традиционална решења и правни модели везани за права верско-културних мањина и заштите људских права не уклапају се лако у данашње западно друштво које више није монокултурно.

У неким европским земљама (на пример у Немачкој, Француској и Шпанији) избор закона који се примењује на многа породична питања и даље се одређује националношћу особе (*lex nationalis* или *lex patriae*), док је у Швајцарској и Енглеској домицил критеријум на основу кога се одређује право

²⁰ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, 96/2006 и 115/2021.

²¹ Mehmet Can, “Freedom of Religion for Muslim Minorities in Balkans and in European Union in the Light of Ottoman-Serbian Agreement of March 1914”, *Academia*, https://www.academia.edu/19867662/Freedom_of_Religion_for_Muslim_Minorities_in_Balkans_and_in_European_Union_in_the_Light_of_Ottoman_Serbian_Agreement_of_March_1914, 3, приступљено 8. 3. 2023.

²² Can, “Freedom of Religion for Muslim Minorities in Balkans”, 4.

које ће се применити у конкретном случају, што подразумева да се особа настанила у некој земљи са намером да остане у њој стално или на неодређено време.²³ Резултат тога је да се исламско право у овим државама примењује ређе, а правни односи успостављени у Европи не морају бити признати у земљи порекла странака.

Иако особе са пребивалиштем у Енглеској подлежу енглеском породичном закону, процењује се да једна трећина муслиманских парова не ступа у грађански брак према енглеском закону, већ само закључују шеријатски брак. Данас, у Уједињеном Краљевству парови могу закључити верски или грађански брак, а Законом о разводу верских бракова из 2002. године омогућено је судовима да издају наредбу по којој одлука о разводу грађанског брака не производи дејство док обе стране не потврде да су испоштоване све верске процедуре.²⁴ Овај се закон односи само на јеврејске бракове.

У наставку рада биће дат приказ улоге верских судова у питањима из области породичног права у Великој Британији, будући да многи научници различитих националности, верске и културне припадности данас разматрају улогу коју би шеријат требало да има унутар правила британског породичног права.²⁵ Ово је од несумњиве важности и значаја за све љубитеље државно-црквеног права. У исто време, питање може бити изузетно интересантно за грађане у породичним поступцима са елементом иностраности, а нарочито уколико је у конкретном случају закључен мешовити брак, што ће бити илустровано и неким пресудама у другом делу рада. Поље преплитања државног права и аутономних права цркава и верских заједница у области породичних односа може бити изненађујуће широко, а ситуације са гледишта права, али и верског закона, изузетно комплексне, што ће неминовно захтевати сарадњу стручњака у области породичног права и верског права у мултикултуралном друштву.

²³ Ana Čović, *Porodičnopravni aspekti verskih brakova* (Beograd: Institut za uporedno pravo, 2020), 155.

²⁴ Andrea Büchler, "Islamic Family Law in Europe? From Dichotomies to Discourse – or: beyond Cultural and Religious Identity in Family Law", *International Journal of Law in Context* 8, № 2 (2012): 203, https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:f7865ae7-17b3-4f0b-8d1a-5bf1a2230190/Buechler_IslamicFamilyLre.pdfawinEuro, приступљено 1. 3. 2023.

²⁵ У говору лорда главног судије Филиписа „Равноправност пред законом“ у Муслиманском центру у Лондону 3. јула 2008. године, главни судија је подржао хипотезу да би шеријатска правила о породичном закону могла да нађу простор у енглеском правном систему кроз коришћење арбитражног система за решавање спорова, а позивом на усвајање националних и међународних извора права који садрже забрану расне и верске дискриминације признаје се постојање и легитимитет паралелних правних система. Alessandra Pera, "Family Law, Religious Marriage and Sharia Courts in Western Societies. One Comparative Insight on the English Model", *Cardozo Electronic Law Bulletin* 23, № 1 (2017): 14.

4. ДЕЛОВАЊЕ ВЕРСКИХ СУДОВА У ОКВИРУ БРИТАНСКОГ ПОРОДИЧНОГ ПРАВА

Одељак 46. Закона о арбитражи²⁶ поверава арбитражним судовима овлашћење да одлучују о споровима које су им повериле странке у складу са законом који су стране изабрале као применљив на суштину спора, поштујући процедурална правила енглеског права (право на саслушање страна, правила о доказима, чињенице и извршност пресуде у погледу јавног реда и закона, жалба на пресуду пред надлежним судом обичајног права) и уз поштовање принципа садржаних у Закону о људским правима из 1998.²⁷

У оквиру шеријатских судова посредовање за резултат има акт којим се странке придржавају предлога медијатора (то је често имам или његов представник), чији предлог/одлуку прихватају.²⁸ Не постоји никакав облик контроле над именовањем судија, односно медијатора, као ни механизам избора и праћења њиховог рада. За странке није потребно правно заступање, не постоји систем регистрације споразума/одлуке о посредовању, те се може закључити да се овде ради о брзом суђењу, које улази у меритум сукоба, у којем судија одлучује у складу са шеријатским правилима, доносећи обавезујућу и одмах извршну одлуку за странке.²⁹ Може се рећи да ово није алтернативни облик решавања спорова, већ често једини културно и верски прихватљив начин за муслиманку која жели да се разведе, у коме су арбитражи одговорни за правилно праћење поступка и поштовање енглеског права и права и интереса страна у поступку.

Поступак активирају странке, чак и само једна од њих, али се обе морају унапред договорити (путем арбитражног споразума, арбитражног поднеска или арбитражне клаузуле) о избору за решавање спора који је између њих настао. Захтев мора бити у писаном облику, са наведеним именом подносиоца и његовог адвоката или његовог делегата, условима спора и правом за које се претпоставља да је оштећено, именом и адресом друге стране и свим сведоцима или доказима које странке намеравају да користе. Арбитражни суд, такође, може поступити у одсуству странке у следећим случајевима: када је странка у иностранству; ако би странка могла да ризикује да претрпи озбиљне потешкоће; ако странка није способна за разлучивање; ако је било немогуће

²⁶ The Arbitration Act 1996, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, приступљено 8. 3. 2023.

²⁷ Међу њима су забрана полне дискриминације и заштита жена, као и право на приступ правди и право на жалбу (одељак 6 (3) предвиђа да све јавне власти, укључујући судове и трибунале, морају деловати у складу са Европском конвенцијом о људским правима). The Human Rights Act 1998, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>, приступљено 8. 3. 2023.

²⁸ Постоји најмање 85 шеријатских већа и 13 судова који делују у мрежи Исламског шеријатског већа, добротворне организације са седиштем у Лејтону (Leyton), као и три шеријатска већа која води Удружење правника муслимана.

²⁹ Pera, "Family Law, Religious Marriage and Sharia Courts in Western Societies", 20–22.

обавестити странку да се одазове; ако је странка изразила своје мишљење и неће учествовати у поступку.³⁰ Странке сnose терет доказивања чињеница у прилог својој тврдњи, а по питању терета доказивања, процедурална правила разликују писане доказе од изјава сведока, који су дозвољени само ако су неопходни и од суштинског значаја за доказивање релевантне чињенице. Свака странка има право и дужност да пружи доказе у пуном знању да су истинити и релевантни за случај који се третира, а одбор је овлашћен да одлучи о удаљавању особе или више њих из суднице у присуству неких критичних околности: ради јавног реда и/или националне безбедности; у случају опасности за дете; у случајевима озбиљних кршења енглеског закона или кривичних дела.³¹

Можда најпознатије академско истраживање о деловању и улози верских судова које даје упоредни приказ три верска суда јесте „Социјална кохезија и грађанско право“, спроведено на Универзитету Кардиф.³² У истраживању су аутори дали приказ деловања Католичког националног суда за Велс, Бет Дина у Лондону (рабинског суда јудаизма) и Шеријатског већа Централне џамије у Бирмингему у области брака и развода. Сви ови судови признају крајњи и врховни ауторитет грађанскоправних процеса у питањима брака и развода и ниједан не тражи веће признање од државе. Они свој рад сматрају верском дужношћу у циљу испуњавања потреба заједнице, а њихове пресуде и одлуке у вези са брачним статусом немају грађанско признање, па се може рећи да они имају улогу посредника. Ово се посебно односи на Шеријатски суд, будући да се случајевима представљеним Шеријатском савету прво бави Служба за подршку породици, односно постоји обавезна фаза посредовања пре доношења пресуде, у циљу сагледавања могућности да се брак спаси (два члана особља су одговорна за доношење закључка да ли случај треба предати Већу). Тамо где је дошло до грађанског развода, пресуда се сматрала доказом неповратног прекида брачне везе, а одлука Савета је тражена да би се странкама пружила сигурност да ће се поново моћи венчати у оквиру њихове вере. Они који су закључили верски брак, али нису венчани према грађанском закону, имају исти правни статус као и други парови у ванбрачној заједници. Аутори Санберг и Томпсон закључују да закони који се тичу недостатка правне заштите невенчаних парова у XXI веку јесу изузетно неадекватни, и да деловање верских судова треба ставити у контекст ширих промена породичног закона.³³

³⁰ Pera, “Family Law, Religious Marriage and Sharia Courts in Western Societies”, 20–22.

³¹ Pera, “Family Law, Religious Marriage and Sharia Courts in Western Societies”, 20–22.

³² Gillian Douglas, Norman Doe, Sophie Gilliat-Ray, Russell Sandberg, and Asma Khan, *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts – Report of a Research Study funded by the AHRC* (Cardiff: Cardiff University, 2011), <https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/10788/1/Social%20Cohesion%20and%20Civil%20Law%20Full%20Report.pdf>, приступљено 15. 2. 2023).

³³ Russell Sandberg, and Thompson Sharon, “The Sharia Law debate: The missing family law context”, *Law and Justice* 177 (2016): 181–192.

Истраживачи на пројекту „Социјална кохезија и грађанско право“ Универзитета Кардиф дошли су до неких интересантних закључака.³⁴ Сва три верска трибунала препознају важну пастирску улогу у процесу – било путем неформалних савета или подстицањем страна да се саветују са спољним телима или са својим свештеником/рабином/имамом – и саветују странке да се прво грађански разведу пре него што затраже раскид верског брака. Католички суд се не бави захтевом странака док се грађански не разведу, а Бет Дин неће доставити своју потврду док не добије доказ о грађанском разводу. Бет Дин сматра да, ако муж не пристане на развод, онда према јеврејском закону жена нема начина да га натера на то, и у том случају супруга је позната као „агунах“ или „окована жена“.

У том контексту интересантан је случај *Avitzur v. Avitzur*, у коме је апелациони суд у Њујорку закључио да би могао да користи „неутралне принципе уговорног права“, без прибегавања верској доктрини, како би се извршила уговорна обавеза из брачног уговора јеврејског пара, због које ће се појавити пред Јеврејским верским судом, у циљу саветовања у вези са њиховим браком.³⁵ Управо је циљ таквих арбитражних клаузула да помогну супрузи да се заштити од мужа, тако да може слободно поново да се уда и не буде жена везана за свој брак.

Унутар било које од три проучаване вере, не постоји монолитна заједница која представља цело тело, јер иако је хомогеност Римокатоличке цркве велика, на њу утичу локални културни и друштвени контекст. Због тога је могуће да Католичка црква у Африци потпуно другачије приступа верској пракси у односу на Цркву у Сједињеним Америчким Државама или у Велсу. Такође, у исламу и у јудаизму постоји неколико верзија различитих тумачења.³⁶ Треба имати у виду да постоје различити верски судови унутар различитих заједница у погледу основа њиховог ауторитета, па различите заједнице унутар ових вероисповести могу имати своје верске судове који одлучују о стварима релевантним за њихове следбенике.

Унутар јеврејске и муслиманске заједнице не постоји хијерархија трибунала, као ни структура жалби, што значи да странке могу да одаберу којем ће се суду обратити. Иако се странка не може жалити на неповољну одлуку, Јевреји и муслимани имају могућност да користе други верски суд ако нису задовољни првобитном одлуком. Ово ће се вероватније десити у муслиманској

³⁴ Douglas et al., *Social Cohesion and Civil Law*, наведено према: Ана Човић, *Породичноправни аспекти верских бракова* (Београд: Институт за упоредно право, 2020), 159–161.

³⁵ *Avitzur v. Avitzur*, 86 A.D.2d 133, 449 N.Y.S.2d 83 (N.Y. App. Div. 1982), <https://case-law.vlex.com/vid/avitzur-v-avitzur-887354900>, приступљено 5. 3. 2023.

B. Bruker v. Marcovitz, [2007] 3 S.C.R. 607, 2007 SCC 54, https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Intellectual_Life/Bruker_v._Marcovitz.pdf, приступљено 23. 3. 2023.

³⁶ Douglas et al., *Social Cohesion and Civil Law*, 42, 43.

заједници, због недостатка било каквих структурних веза између џамија према верској школи мишљења коју оне следе, док, са друге стране, за Јевреје, пресуде либералнијих струја јудаизма не би биле признате у заједницама ортодоксних Јевреја³⁷. Католички суд је у другачијој позицији јер је део хијерархијске жалбене структуре која свој ауторитет изводи из Рима.

Сваки верски суд примењује верски закон у смислу скупа норми које обавезују припаднике, али се чини да је Шеријатски савет проучаван у овом пројекту имао врло флексибилан приступ, јер не представља ниједну школу мишљења, већ се ослања на различите школе мишљења како би дошао до онога што сматра праведним и поштеним одлукама (не постоји систем „преседана“ који ограничава његово одлучивање).³⁸ То се односи и на Бет Дин, који ће приликом доношења својих пресуда узети у обзир низ других мишљења и пресуда, али с обзиром на то да не постоји хијерархија судова, није везан ниједном претходном пресудом. Јеврејски закон о разводу, како га тумачи Бет Дин, пре свега се фокусира на сведочење пристанка странака на развод. Католички суд се ослања на коментаре, као и на Законик канонског права, и сматра да су одлуке и пресуде из Рима уверљиве, али не и обавезујуће.³⁹ Ова флексибилност у погледу извора права заједничка је свим проучаваним институцијама, па се чини да све ове институције користе верски закон на практичне начине да задовоље стварне потребе људи.

Процес и поступак се разликују између три суда. За Бет Дин, трибунал не истражује разлоге странака због којих се тражи развод, а уколико се чини да постоји могућност да странке нису сигурне у то да ли се желе развести, биће подстакнуте да потраже саветовање, што није део саме функције трибунала, већ представља надзор. За Шеријатско веће, фаза посредовања је обавезни прелиминарни корак, иако то није посредовање које постоји у енглеском систему породичног правосуђа, које, пре свега, подстиче стране да постигну договор о последицама развода, јер је овде фокус на помирењу. Католички национални суд има проактивнији приступ, па тако у процесу постоји „бранитељ везе“, који истражује потенцијал за одржавање ваљаности брака, а трибунал може тражити доказе и од својих сведока, укључујући и независне стручњаке.⁴⁰

Када се говори о питањима која се односе на последице окончања брака у вези са заједничком децом, новцем и имовином, Католички национални суд нема улогу у решавању ових питања, док је, према јеврејском закону, могуће да се странке у време венчања договоре да ће затражити од Бет Дина да реши сва споредна питања, иако такви споразуми не би представљали обавезујуће

³⁷ Douglas et al., *Social Cohesion and Civil Law*, 43.

³⁸ Douglas et al., *Social Cohesion and Civil Law*, 43.

³⁹ Douglas et al., *Social Cohesion and Civil Law*, 44.

⁴⁰ Douglas et al., *Social Cohesion and Civil Law*, 46.

арбитражне уговоре, јер се споразумом страна не може укинути надлежност грађанских судова по таквим питањима (§34 Закона о брачним стварима из 1973. године⁴¹; §10 Закона о деци из 1989. године).⁴² Шеријатско веће, врло слично, саветује странке да користе грађанске судове за решавање спорова, признајући да не може да доноси правно обавезујуће пресуде, али их може саветовати у вези са мехром.⁴³ Мехр се може дефинисати као „одређена имовинска вредност коју муж даје својој супрузи приликом склапања брака или пре њега, а може, у договору са супругом, да одложи исплату, у целости или делимично, и након склапања брака“⁴⁴; услов је пуноважности шеријатског брака и предуслов за ступање у интимне односе – право супруге установљено Кураном и сунетом, у вези са чиме постоји сагласност или иџма.⁴⁵

5. ПИТАЊЕ ПРИМЕНЕ ВЕРСКОГ ПОРОДИЧНОГ ЗАКОНА И АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА У СУДСКИМ ПОСТУПЦИМА ПРЕД РЕДОВНИМ СУДОВИМА

5.1. Питање примене арбитражног споразума

Судови су подржали споразуме страна које се грађански разводе на основу верске арбитраже. У случају *Jabri v. Qaddura*, брачни пар из Тексаса који се развео потписао је арбитражни споразум да би све захтеве и спорове предао

⁴¹ Matrimonial Matters Act 1973, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18>, приступљено 7. 3. 2023.

⁴² Children Act 1989, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/10>, приступљено 7. 3. 2023.

⁴³ Главни разлог деловања ових шеријатских већа јесте чињеница да су муслимани после грађанског развода понекад одбијали исламски развод, на штету муслиманки, пошто су мушкарци имали могућност ступања у нови брак након грађанског развода (будући да им и енглески и исламски закон даје то право, јер су према енглеском закону разведени, а према исламском закону могу се, иако још увек ожењени, венчати са другом женом), а жене не би имале могућност склапања новог брака, јер су у очима своје заједнице још увек у браку.

⁴⁴ Samir Manić, „Pravna priroda mehra“, in *Uvod u šerijatsko pravo*, ur. Vladimir Čolović i Samir Manić (Beograd: Institut za uporedno pravo, 2020), 181.

⁴⁵ У случају одложене исплате, исплата се везује за развод брака или за неки други догађај који су супружници предвидели. Мехр може имати природу законске облигације у ужем смислу уколико приликом закључења брака није било речи о мехру, будући да супруга самим закључењем брака стиче право да потражује мехр; с друге стране, мехр ће имати правну природу уговора уколико је приликом закључења брака, или касније током брака или по престанку брака, сагласним изјавама воље супружника одређен мехр. Мехр је субјективно и имовинско право супруге, а њен пристанак да предмет мехра буде нешто што се новчано не може изразити сматрао би се њеним одрицањем од мехра у корист супруга (она га може ослободити обавезе на плаћање мехра, али се мушкарац својом једностраном изјавом воље не може ослободити ове обавезе). Мехр улази у посебну имовину супруге којом она може слободно располагати, па га тако може поклонити и супругу, коме није дозвољено да до тога дође употребом преваре, претње или силе. Manić, „Pravna priroda mehra“, 185–188.

на обавезујућу арбитражу Тексашког исламског суда. Када се нису сложили око обима споразума, првостепени суд је пресудио да споразум није важећи или обавезујући и одбио је да наложи арбитражу. Апелациони суд је ову одлуку преиначио, закључивши да је „арбитража снажно фаворизирана према савезном и државном закону“.⁴⁶

Ауторка Линда Меклејн стога оправдано закључује да „породично право у Сједињеним Државама укључује благи облик правног плурализма, ограниченог захтевима уставног права и породичног права, чиме се људима даје простор да уређују свој породични живот у складу са својим верским уверењима, у ери када породице све више прелазе државне границе, тако што судије породичних судова дају правно признање страним брачним уговорима и пресудама о разводу“.⁴⁷

Муслимани могу да искористе америчку традицију слободе уговарања као и нерелигиозни или припадници других религија, Јевреји и хришћани, који, такође, могу закључити уговоре који предвиђају верску арбитражу у њиховим споровима. Међутим, сви ови уговори нису извршни, јер амерички судови неће наложити радњу која би представљала кривично дело.⁴⁸

5.2. Питање меродавног права у поступку закључења и развода брака

У случају *Dukali v. Lamrani*⁴⁹ супружници муслимани, држављани Марока (тужиља рођена у Енглеској, са двојним држављанством; тужени рођен у Мароку, са пребивалиштем у Енглеској од своје седме године), 2002. године прославили су мароканску церемонију грађанског венчања у конзулату Марока у Лондону, у присуству бележника, и том приликом им је издата службена потврда о венчању, након верске прославе и меденог месеца. У Енглеској су живели у породичном дому, који се водио на супруга; 2006. године су добили ћерку, а однос супружника престаје између 2009. и 2010. године, након чега супруга подноси захтев за развод енглеском суду. Тужени није спорио да је одржана мароканска церемонија венчања, али је оспоравао да је она могла произвести било каква дејства према енглеском закону. Такође, он је у међувремену поднео захтев за развод шеријатском суду у Лараху у Мароку, који 2. јуна 2011.

⁴⁶ *Jabri v. Qaddura*, 108 S.W.3d 404 (Tex. App. 2003), <https://casetext.com/case/jabri-v-qaddura>, приступљено 27. 2. 2023.

⁴⁷ Linda C. McClain, “The Intersection of Civil and Religious Family Law in the U.S. Constitutional Order: A Mild Legal Pluralism”, in *Religion, Secularism, Constitutional Democracy*, eds. Jean L. Cohen, and Cécile Laborde (New York: Columbia University Press, 2016), 394.

⁴⁸ Eugene Volokh, “Religious Law (Especially Islamic Law) in American Courts”, *Oklahoma Law Review* 66, № 3 (2014): 435, <https://digitalcommons.law.ou.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1051&context=olr>, приступљено 1. 3. 2023.

⁴⁹ *Dukali v. Lamrani* [2012] EWHC 1748, <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed98292>, приступљено 1. 3. 2023.

године изриче исламски развод, по коме је супрузи припао одређени новчани износ, скроман према енглеским правним стандардима.

Случај се односи на два значајна питања: 1) да ли је дошло до венчања у складу са чланом 12 (1) (а) Закона из 1984. године; 2) ако јесте, да ли би закон Велике Британије признао марокански развод према члану 12 (1) (б) Закона из 1984. године.⁵⁰ Супруг је оспоравао статус брака према енглеском закону, тврдећи да Део III (новчана олакшица на коју се позивала супруга) није применљив у том случају, јер није постојао грађански брак, а марокански развод не треба да буде признат у енглеском правном систему. Супруга је сматрала да су она и супруг, заједно са родитељима и рођацима, веровали да закључују венчање према енглеском закону, а не само верску церемонију. Марокански конзулат, присуство бележника, потврда и други елементи показују намеру странака да у потпуности закључе брак према енглеском закону и да избегну каснију енглеску грађанску церемонију. На прослави у мароканском конзулату, упркос тези коју је аргументовао генерални конзул ослањајући се на Бечку конвенцију о дипломатским и конзуларним односима, суд је појаснио да таква институција није регистрована или одобрена од стране Генералног регистра или локалних власти као место за венчање према Закону о браку од 1949. до 1994. и позвао се на принцип да се конзулат сматра делом територије државе пријема, а не државе пошљаоца. На овај начин, суд је стао на становиште да се формална ваљаност брака мора испитати узимајући у обзир енглеско право. Суд је утврдио да, иако је церемонија била довољна да испуни све услове да брак важи према мароканском закону, упркос томе што се није догодио у Мароку, у енглеском правном смислу то није био брак, нити ништав брак, јер према брачним актима није ни био брак, због чега је закључено да је реч о „небраку“. Државни правобранилац је овај поступак сматрао важним да интервенише на основу интереса јавне политике, тврдећи да је интерес државе да се поштују формални услови за склапање важећег брака, такође, и због економских последица које из брака проистичу у погледу опорезивања. Подржао је став супруга у поступку, а суд је закључио у његову корист: према енглеском закону није било брака. Без брака, суд је даље сматрао, није могао да дозволи супрузи приступ финансијским средствима према енглеском закону, па јој је преостала незнатна новчана нагодба из мароканског поступка. Суд је закључио да су многи припадници мароканске заједнице током година прошли сличне церемоније у мароканској амбасади, те да постоји сумња да стотине енглеских парова могу веровати да су валидно венчани, а да заправо нису, што би их могло оставити без икакве могућности да се обрате суду ради правичне поделе имовине у случају развода. Судија је на крају рекао:

⁵⁰ Matrimonial and Family Proceedings Act 1984, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/42>, приступљено 25. 2. 2023.

„Понављам своје саосећање са проблемима супруге, али не могу се понашати из милости и морам применити закон онако како верујем да јесте.“

5.3. Исплата мехра као предмет спора

Примери примене верског породичног закона забележени су и код нас, па је тако у случају пред Општинским судом у Новом Пазару, у коме је предмет спора била исплата мехра модификована одложним условом, односно разводом брака, судском одлуком одбијен тужбени захтев тужиље за исплату мехра у износу од 8.500 евра као неоснован. Том приликом уговор о мехру квалификован је као брачни уговор, те је закључено да он као такав не испуњава форму прописану за брачни уговор. Иако је тужиља тражила исплату овог износа по основу брачног уговора, аутор Манић наводи да, на основу члана 187 став 4 тада важећег Закона о парничном поступку, суд није био везан правним основом тужбеног захтева, те да је могао слободно да бира правну норму под коју подводи чињенични супстрат и даље закључује да је уговор о мехру требало подвести под уговор о поклону.⁵¹ Уговор о мехру се разликује од уговора о поклону јер не поседује самосталност, већ је саставни елемент верског брака, али упркос томе, мехр као уговор представља резултат слободе уговарања супружника, чији основ није у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, због чега је суд у овом случају могао да се ослони на принцип *falsa demonstratio non nocet* (нетачан опис не шкоди).⁵² Суд је у овом случају навео да је основ уговора о мехру недопуштен, јер је реч о обавезном елементу шеријатског брака, што аутор Манић сматра погрешним, наводећи да је основ истоветан основу уговора о поклону, будући да је намера дарезљивости јасна, као и да сам уговор о мехру није неопходан елемент шеријатског брака, јер мехр постоји и без уговора, као законска облигација у ужем смислу, која настаје самим закључењем брака.⁵³

5.3.1. Случај *S.B. v. W.A.*

У случају *S.B. v. W.A.*⁵⁴ супруга је тражила од њујоршког суда да призна пресуду о разводу која је донета у Абу Дабију, у Уједињеним Арапским Емиратима. Пар је закључио грађански брак у Њујорку, као и на верској церемонији по исламском закону, када је потписан споразум о мехру. Када је супруга, америчка држављанка, тражила развод, живели су у Абу Дабију због запослења

⁵¹ Манић, „Pravna priroda mehra“, 189, 190.

⁵² Манић, „Pravna priroda mehra“, 190–192.

⁵³ Манић, „Pravna priroda mehra“, 192.

⁵⁴ *S.B. v. W.A.*, 38 Misc. 3d 780, 959 N.Y.S.2d 802, 2012, <https://cite.case.law/misc-3d/38/780/>, приступљено 27. 2. 2023.

мужа, а повод за развод брака било је кривично гоњење и осуда супруга, према исламском закону и кривичном закону УАЕ, због насилног понашања и наношења озбиљних повреда. У кривичном поступку суд је закључио да су чињенице поткрепиле исказ жене о њеним повредама и да је муж „прешао законске границе дисциплине према својој жени“. У жалби је супруг неуспешно тврдио да је његово понашање било у оквиру „законског права мушкарца да супругу дисциплинује“. Жена је захтевала да јој супруг исплати одложени мехр, на основу споразума о мехру, у износу од 250.000 долара. Суд у Њујорку је применио општи принцип да „одлука о разводу“ коју су становници „ове државе добили у страниој јурисдикцији, у складу са њиховим законима, има право на признање, осим ако иста не вређа јавну политику државе Њујорк“. Основе због којих се супруга развела у УАЕ нису биле у супротности са јавном политиком Њујорка, већ су биле сличне „окрутном и нехуманом поступању“ према породичном закону Њујорка. Бивши супруг је тврдио да је прекршена јавна политика Њујорка, јер је суд у Абу Дабију „донео пресуду о разводу засновану на верском браку и одбио да призна и покрене парницу против грађанског брака“. Међутим, суд је одговорио да је поступак развода вођен у „цивилном државном суду, а не у верском шеријатском суду“. Неуспешан је био и супругов аргумент да су „закони УАЕ засновани на шеријатском закону“. У очигледној супротности са страховима од шеријатског закона које су показали неки судови и законодавна тела држава, њујоршки суд је образложио да, док би „делови шеријатског закона који уређују лични статус“ заиста кршили унутрашњу политику државе, као што су нпр. закони који дозвољавају мужевима да практикују полигинију и употребу физичке силе да би дисциплиновали своје жене, ниједан од принципа који су судови у Абу Дабију користили у бракоразводној парници, да би утврдили финансијска питања међу странкама, није у супротности са јавном политиком државе Њујорк. Споразум склопљен након церемоније грађанског венчања у Њујорку јесте „уговорна обавеза након брака“ извршна „према неутралним начелима закона, под условом да не крши државни закон или јавну политику“.

5.3.2. Случај *Soleimani v. Soleimani*

Нешто другачије пресудио је суд у Канзасу у случају *Soleimani v. Soleimani*⁵⁵, сматрајући да споразум о мехру склопљен током иранске церемоније брака између америчког држављанина и иранске држављанке представља неједнак третман жена у браку и приликом развода. Основни приговор се односио на

⁵⁵ *Soleimani v. Soleimani*, № 11CV4668 (Kansas Superior Court, 2012), <http://www.volokh.com/wp-content/uploads/2012/09/soleimani.pdf>, приступљено 22. 2. 2023.

то да такви уговори потичу из јурисдикција које не раздвајају цркву и државу, те да се може реализовати дискриминација кроз верску доктрину. Суд се позвао на Канзасову забрану судске примене страног закона, прихватајући аргумент супруга да би спровођење мехра кршило јавну политику Канзаса у погледу економске расподеле имовине приликом развода (захтев праведне поделе имовине у секуларном систему који није под контролом и утицајем верских власти). С обзиром на то да исламски закон, попут традиционалног јеврејског закона, омогућава мушкарцима да једностраном изјавом о разводу разведу брак, мехра представља „средство за ублажавање неједнакости традиционалног верског закона и може бити културно оправдан“. Суд је изразио забринутост због поштовања верског закона који произвољно дискриминише жене, али је одбио да изврши право супруге на исплату одложеног дела махра приликом развода у износу од око 677.000 америчких долара. Такође, закључено је да услови у јеврејским и исламским верским брачним уговорима који би жени обезбедили значајну уплату новца или половину супругове имовине у случају развода вређају јавну политику јер подстичу развод.

5.4. Насиље у породици и верска уверења

У случају *S.D. v. M.J.R.*⁵⁶ тужиља, муслиманка из Марока, живела је са супругом, мароканским муслиманом, у Њу Џерсију. Њен супруг ју је током неколико недеља више пута тукао и силовао, а док се тужиља лечила од повреда у болници, полицијски детектив је обавио интервју са њом и фотографисао повреде груди, бутина, руке, модрице на уснама, очима и десном образу. Даљом истрагом утврђено је да су на јастуку и чаршавима тужиоцевог кревета биле мрље од крви. Супруга је тражила забрану прилаза и судија је одржао рочиште како би одлучио да ли ће издати налог. На суђењу је, између осталог, утврђено да јој је муж рекао да је њена дужност да му се покорава и чини све што он захтева од ње, будући да је то његово право, које му признаје њихова религија, а да у супротном, он може да повреди њено тело, односно да јој учини било шта као њен супруг. О њеним налазима сведочио је полицијски детектив, а неке од фотографија уведене су у спис. Имам оптуженог је сведочио да жена мора да се повинује сексуалним захтевима мужа, одбијајући да одговори да ли, према исламском закону, муж мора да се заустави ако она каже да не жели сексуални однос. Првостепени судија је утврдио да је већина кривичних дела заиста доказана, али је без обзира на то одбио да изда трајну забрану приближавања. Судија је сматрао да окривљени не може бити одговоран за насилне сексуалне

⁵⁶ *SD v. MJR*, 2A.3d 412 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2010), <https://www.courtlistener.com/opinion/2445096/sd-v-mjr/>, приступљено 22. 2. 2023.

нападе, јер није имао намеру да сексуално злоставља своју супругу и зато што су његови поступци били „у складу са његовом верском праксом“. Судија је одбио да изда трајну забрану приближавања, јер је према шеријатском закону муж муслиман имао „право“ да силује своју супругу. Апелациони суд је преиначио ову одлуку и наложио да се изда трајна забрана приближавања, јер је „судија одлучио да окривљеног изузме из деловања државних закона као резултат његових верских уверења“, што је у супротности са неколико одлука Врховног суда, у којима се истиче да „одговорност појединца да поштује општеприменљив закон, посебно онај који регулише друштвено штетно понашање, не може бити условљена његовим верским уверењима“. Овај случај показује да се глобални дOMET шеријатског закона шири, јер је првостепени суд дозволио да се унесе сведочење имама како би „његов приказ шеријатских стандарда могао да надмаши стандарде постављене у законодавству Њу Џерсија“.⁵⁷

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Данас адвокати у Великој Британији нуде правне услуге које укључују издавање муслиманских потврда о разводу или састављање тестаментa који испуњава и муслиманске и енглеске услове прописане законом, спајајући некада неспојиве облике закона. На овај начин они грађанима помажу да испуне обавезу коју предвиђа муслимански закон, али у оквиру енглеског закона, онда када је то могуће.

Може се рећи да је створено једно хибридно британско-муслиманско правно поље, у коме грађански развод осигурава државне користи, финансијску сигурност и заштиту, док шеријатски развод доприноси прихватању у заједници, осигуравајући финансијску подршку и психолошко благостање.

Постоје два предлога о заштитним мерама које би се могле предузимати у ситуацијама када је дозвољена верска арбитража: прво, утврђивање предуслова који се морају испунити да би одлука арбитраже имала грађанскоправну пуноважност (што подразумева образовање арбитра у области секуларног права и постулата на којима се оно заснива, обавезу арбитра да води досије предмета и обавезно правно саветовање оних који се желе служити верским правом); други предлог је вођење надзора над верским арбитражним судовима, чиме се признање грађанскоправног дејства одлука верских арбитра условљава тумачењем и применом верског закона на начин којим се неће угрозити правни поредак и зајемчена људска права (национални судови

⁵⁷ Cully Stimson, "The Real Impact of Sharia Law in America", *The Daily Signal* (2. septembar 2010), <https://www.dailysignal.com/2010/09/02/the-real-impact-of-sharia-law-in-america/>.

постају *de facto* другостепени судови за верске судове, чиме се ствара опасност од стварања владиних верских судова).⁵⁸

Треба узети у обзир да иста политика која јесте прихватљива за неке вероисповести може представљати недостатак и дискриминацију према другим заједницама, а „парадокс мултикултурализма се не може разумети ако се не разуме преклапајућа припадност секуларне државе, верско-културне групе и појединаца који су истовремено држављани државе и припадници неке религије“.⁵⁹ Овај исламски породичноправни поредак, службено непризнат, али у Енглеској нормативно делотворан, данас се назива енглески шеријат. Што се тиче споразума између супружника који су склопљени у складу са шеријатским прописима, грађански судови у њима не препознају шеријат, већ уговорне радње предузете у исламском контексту, а спровођењем ових верских споразума показује се поштовање аутономије појединца.⁶⁰

У случају када правна дејства производи само грађански брак закључен пред матичарем, шеријатски бракови, као ни црквени бракови, не уживају правну заштиту државе и имају церемонијални карактер. Ако би се у тој ситуацији закључио само шеријатски брак, као једина форма, могло би се поставити неколико питања: питање наследства ако се деси да муж негира постојање брака; валидност изјава сведока приликом утврђивања његовог постојања онда кад не постоји споразум између државе и исламске заједнице; исплата мехра уколико муж неће добровољно да га исплати. Професор Сенаид Зајимовић сматра да решење представља склапање споразума између исламске заједнице и надлежних органа власти о признавању шеријатских бракова, као и стављање мехра под посебну клаузулу приликом склапања грађанског брака, чиме би он постао правно обавезујући.⁶¹ Он објашњава да је непостојање мехра као услова за склапање брака једина разлика између бракова закључених пред имамом и матичарем, те да би стављањем мехра у уговор о венчању у договору са матичарем такво венчање могло заменити сва друга од стране оних иза којих не стоји закон. Аутор Манић наглашава да мехр као законска облигација у ужем смислу не може бити предмет заштите пред правосудним органима Републике Србије, као ни пред органима других држава у којима акт којим је предвиђен не представља формални извор права у оквирима постојећег правног поретка, али да мехру као уговору „не треба затворити сва

⁵⁸ Matija Miloš, "Separation of Sharia from the State as Accommodation – Effects and Limits", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 34, № 2 (2013): 1103, 1104.

⁵⁹ Francesco Alicino, "The Collaborations-Relations Between Western (Secular) Law and Religious Nomoi Groups in Today's Multicultural Context: The Cases of France and Canada", *Transition Studies Review* 18 (2011): 441.

⁶⁰ Sandberg, and Thompson, "The Sharia Law debate: The missing family law context", 190.

⁶¹ Senaid Zajimović, „Brak bez garancije“, *Saff*, br. 101/2003, преузето са *Šta treba da znaju oni koji žele sklopiti brak u skladu sa islamskim propisima*, <https://www.n-um.com/sta-treba-da-znaju-oni-koji-zele-sklopiti-brak-u-skladu-sa-islamskim-propisima-1/>, приступљено 27. 2. 2023.

врата нашег правног поретка⁶², и подсећа да се проблем око утуживости мехра може решити посетом супружника нотару и закључењем уговора о поклону, чија би дејства била модификована одговарајућим условом.⁶²

Може се закључити да правно поље није аутономно и независно од друштвеног света у коме постоји, што доказује и питање муслиманског породичног права у Британији које се поставило онда када се држава демографски изменила, након доласка већег броја припадника муслиманске вере. Развијање концепта мултиверског друштва утицало је на ширење и прецизирање правног оквира који регулише религијска питања у европским државама, док у исто време „опстају старе традиције које се противе имплементирању европских погледа на ово питање“.⁶³ Када се поставља питање да ли рад верских судова треба ставити у контекст ширих промена породичног права, у сваком конкретном случају треба проценити да ли је поштовање одређених верских правила и процедура у служби заштите укључених лица и њихових права или за последицу има повреду основних људских права.⁶⁴

⁶² Такође, он наводи да би се проблем утуживости мехра могао решити и убацивањем клаузуле којом би се недвосмислено могла утврдити сагласност супружника да се обавезу пред правним поретком државе, чиме би се показала и озбиљна намера уговорних страна, а у том случају уговор о мехру могао би се сврстати у ред неименованих уговора којима правни поредак пружа правну заштиту. Manić, „Pravna priroda mehra“, 191–193.

⁶³ Oliver Nikolić, „Sloboda veroispovesti u Ujedinjenom Kraljevstvu“, *Strani pravni život* 59, № 1 (2015): 82.

⁶⁴ Тако је нпр. повучено упутство Правног друштва Енглеске и Велса (The Law Society of England and Wales) из 2014. године, дато адвокатима о састављању тестамената у складу са шеријатским правом, након критика да упутство подржава дискриминацију жена и ванбрачне деце и да признаје искључиво муслиманске бракове. С друге стране, деловање шеријатских већа не треба нужно сматрати лошим нити опасним за демократски правни систем. Муслимани су након грађанског развода понекад одбијали исламски развод, што је за последицу имало могућност њиховог ступања у нови брак након грађанског развода (будући да би и према енглеском и према исламском закону имали то право, јер су према енглеском закону разведени, а према исламском закону могу се, иако још увек ожењени, венчати са другом женом), док жене не би имале могућност склапања новог брака, јер су у очима своје заједнице још увек у браку. Ana Čović i Bogdana Stjepanović, „Nasleđivanje u šerijatskom pravu sa osvrtom na položaj vanbračne dece“, *Strani pravni život* 66, № 2 (2022): 279.

БИБЛИОГРАФИЈА BIBLIOGRAPHY

Правни извори

- Брачна правила Српске православне цркве. Друго допуњено и исправљено издање. Београд: Свети Архијерејски Синод СПЦ, 1994.
- Одлука о проглашењу устава Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. *Службени листи Социјалистичке Федеративне Републике Југославије* бр. 14 од 10. априла 1963.
- Породични закон. *Службени гласник РС* 18/2005, 72/2011, 6/2015. https://www.paragraf.rs/propisi/porodicni_zakon.html. Приступљено 1. 3. 2023.
- Правила и поступци за црквене судове СПЦ, 1961.
- Преднацрт Грађанског законика Републике Србије од 28. маја 2019. године. https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html. Приступљено 29. 3. 2023.
- Радни текст Грађанског законика Републике Србије од 29. маја 2015. године. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>. Приступљено 8. 3. 2022.
- Српски грађански законик од 11. марта 1844. https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/srbija/Srpski_gradjanski_zakonik_1844.pdf. Приступљено 10. 2. 2023.
- Устав Републике Србије. *Службени гласник РС* 96/2006 и 115/2021. https://www.paragraf.rs/propisi/ustav_republike_srbije.html. Приступљено 25. 2. 2022.
- Устав Српске православне цркве, Друго издање Светог архијерејског синода, Београд 1947, обнародован први пут у: *Гласник: службени листи Српске православне цркве*, 7–8/1947. год. Син. Бр. 1899/зап. 520 12–ВИ/30–В–1947.
- Устав ФНРЈ. *Службени листи ДФ Југославије* бр. 10.
- Arbitration Act 1996. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>. Приступљено 8. 3. 2023.
- Children Act 1989. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/10>. Приступљено 7. 3. 2023.
- Human Rights Act 1998. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>. Приступљено 8. 3. 2023.
- Matrimonial and Family Proceedings Act 1984. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/42>. Приступљено 25. 2. 2023.
- Matrimonial Matters Act 1973. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18>. Приступљено 7. 3. 2023.

Судске пресуде

- *Avitzur v. Avitzur*, 86 A.D.2d 133, 449 N.Y.S.2d 83 (N.Y. App. Div. 1982). <https://case-law.vlex.com/vid/avitzur-v-avitzur-887354900>. Приступљено 5. 3. 2023.
- *Bruker v. Marcovitz*, [2007] 3 S.C.R. 607, 2007 SCC 54. https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Intellectual_Life/Bruker_v._Marcovitz.pdf. Приступљено 23. 3. 2023.

- *Dukali v. Lamrani* [2012] EWHC 1748. <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed98292>. Приступљено 1. 3. 2023.
- *Jabri v. Qaddura*, 108 S.W.3d 404 (Tex. App. 2003). <https://casetext.com/case/jabri-v-qaddura>. Приступљено 27. 2. 2023.
- *S.B. v. W.A.*, 38 Misc. 3d 780, 959 N.Y.S.2d 802, 2012. <https://cite.case.law/misc-3d/38/780/>. Приступљено 27. 2. 2023.
- *SD v. MJR*, 2A.3d 412 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2010). <https://www.courtlistener.com/opinion/2445096/sd-v-mjr/>? Приступљено 22. 2. 2023.
- *Soleimani v. Soleimani*, No. 11CV4668 (Kansas Superior Court, 2012). <http://www.volokh.com/wp-content/uploads/2012/09/soleimani.pdf>. Приступљено 22. 2. 2023.

Секундарна литература

- Деврња, Зоран. „Законоправило Светог Саве и Душанов законик.“ *Богословље* LXXVIII, № 2 (2019): 86–103. <http://bogoslovlje.pbf.rs/images/arhiva/2019/2/2019-2-06.pdf>. Приступљено 15. 2. 2023
- Дибек, Ингер. „Држава и црква у Данској.“ In *Држава и црква у Евројској унији*, ур. Герхард Роберс, 66–80. Београд: Православни богословски факултет Универзитета у Београду и Институт за теолошка истраживања, 2012.
- Роберс, Герхард. „Држава и црква у Европској унији.“ у: In *Држава и црква у Евројској унији*, ур. Герхард Роберс, 9–16. Београд: Православни богословски факултет Универзитета у Београду и Институт за теолошка истраживања, 2012.
- Цисарж, Бранко. *Црквено љраво II. Брачно љраво и црквеносудски љосйууак Српске љравославне цркве*. Београд: Космос, 1973.
- Човић, Ана. „Правна дејства закључења и престанка црквеног брака у државно-правној сфери.“ In *Државно-црквено љраво кроз вјекове*, ур. Владимир Чоловић, Велибор Џомић, Владимир Ђурић и Милош Станић, 631–651. Београд: Институт за упоредно право у Београду – Будва: Православна митрополија црногорско-приморска, 2019.
- Alicino, Francesco. “The Collaborations – Relations Between Western (Secular) Law and Religious Nomoi Groups in Today’s Multicultural Context: The Cases of France and Canada.” *Transition Studies Review* 18 (2011): 430–444.
- Büchler, Andrea. “Islamic Family Law in Europe? From Dichotomies to Discourse – or: beyond Cultural and Religious Identity in Family Law.” *International Journal of Law in Context* 8, № 2 (2012): 196–210.
- Can, Mehmet. “Freedom of Religion for Muslim Minorities in Balkans and in European Union in the Light of Ottoman-Serbian Agreement of March 1914.” *Academia*.
- Svejić Jančić, Olga. „Brak i razvod između prošlosti i budućnosti.“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* № 2 (2009): 63–87.
- Čović, Ana. *Porodičnopravni aspekti verskih brakova*. Београд: Institut za uporedno pravo, 2020.
- Čović, Ana, i Bogdana Stjepanović. „Nasleđivanje u šerijatskom pravu sa osvrtom na položaj vanbračne dece.“ *Strani pravni život* 66, № 2 (2022): 261–283.
- Durmišević, Enes. *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoleća*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008.

- Douglas, Gillian, Norman Doe, Sophie Gilliat-Ray, Russell Sandberg, and Asma Khan. *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts - Report of a Research Study funded by the AHRC*. Cardiff: Cardiff University, 2011. <https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/10788/1/Social%20Cohesion%20and%20Civil%20Law%20Full%20Report.pdf>. Приступљено 15. 2. 2023.
- Karčić, Fikret. *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*. Sarajevo: IC EL-KALEM – Izdavački centar Rijaseta Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini i CNS – Centar za napredne studije, 2011.
- Manić, Samir. „Pravna priroda mehra.“ In *Uvod u šerijatsko pravo*, ur. Vladimir Čolović i Samir Manić, 177–195. Beograd: Institut za uporedno pravo, 2020.
- McClain, Linda C. “The Intersection of Civil and Religious Family Law in the U.S. Constitutional Order: A Mild Legal Pluralism.” In *Religion, Secularism, Constitutional Democracy*, eds. Jean L. Cohen, and Cécile Laborde, 379–399. New York: Columbia University Press, 2016.
- Miloš, Matija. “Separation of Sharia from the State as Accommodation – Effects and Limits.” *Zbornik Pravnog fakulteta Sbeučilišta u Rijeci* 34, № 2 (2013): 1073–1108.
- Nikolić, Oliver. „Sloboda veroispovesti u Ujedinjenom Kraljevstvu.“ *Strani pravni život* 59, № 1 (2015): 71–83.
- Pera, Alessandra. “Family Law, Religious Marriage and Sharia Courts in Western Societies. One Comparative Insight on the English Model.” *Cardozo Electronic Law Bulletin* 23, № 1 (2017): 2–47.
- Počuča, Milan, i Nebojša Šarkić. *Porodično pravo i porodičnopravna zaštita*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta „Union“ u Beogradu, JP Službeni glasnik, 2014.
- Sandberg, Russell, and Sharon Thompson. “The Sharia Law debate: The missing family law context.” *Law and Justice* 177 (2016): 181–192.
- Stimson, Cully. “The Real Impact of Sharia Law in America.” *The Daily Signal* (2 September, 2010). <https://www.dailysignal.com/2010/09/02/the-real-impact-of-sharia-law-in-america/>.
- Stjepanović, Stanka, i Bogdana Stjepanović. „Primena šerijatskog prava u mešovitim brakovima u Kraljevini Jugoslaviji.“ In *Uvod u šerijatsko pravo*, ur. Vladmir Čolović i Samir, 147–157. Beograd: Institut za uporedno pravo, 2020
- Volokh, Eugene. “Religious Law (Especially Islamic Law) in American Courts.” *Oklahoma Law Review* 66, № 3 (2014): 435–458. <https://digitalcommons.law.ou.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1051&context=olr>. Приступљено 1. 3. 2023.
- Zajimović, Senaid. „Brak bez garancije“, Saff, br. 101/2003. In *Šta treba da znaju oni koji žele sklopiti brak u skladu sa islamskim propisima*. <https://www.n-um.com/šta-treba-da-znaju-oni-koji-zele-sklopiti-brak-u-skladu-sa-islamskim-propisima-1/>. Приступљено 27. 2. 2023.

ANA ČOVIĆ
Institute of Comparative Law
Belgrade
a.covic@iup.rs

THE IMPORTANCE OF RELIGIOUS COURTS IN ISSUES IN THE FIELD OF FAMILY LAW AND THE APPLICATION OF RELIGIOUS LAW IN PROCEEDINGS BEFORE REGULAR COURTS

Summary: The right to cultural and religious affiliation has its basis in international law, in Article 8 of the European Convention on Human Rights, and in Articles 29 and 30 of the UN Convention on the Rights of the Child. Although during the 19th century large parts of Islamic law were replaced by codifications based on the European-continental model, most countries with a predominantly Muslim population retained family law based on Sharia. The spread of different legal models of families brought to Europe by immigrants, especially the Islamic faith, began to raise important questions stemming from Islamic family law, the subordination of women, and the interrelationship of legal, social, and religious rules that characterize Islam. Since Islamic law does not accept the separation of law and religion, Islamic family law, is the most resistant to secularization. Religious courts exist and operate in Great Britain, so the activities of the Catholic National Court for Wales, the Beth Din in London (the rabbinical court of Judaism) and the Sharia Council of the Central Mosque in Birmingham will be analyzed accordingly in the field of marriage and divorce. All of these courts clearly recognize and uphold the ultimate authority of civil processes in matters of marriage and divorce, and none has sought greater recognition from the state. They see their work as a religious duty and providing important mechanisms for organizing community affairs and meeting community needs, although their judgments and decisions regarding marital status do not have civil recognition. In the second part of the paper, the author will provide an overview of the application of religious family law in legal proceedings before regular courts, and will try to answer the question whether the work of religious courts should be placed in the context of wider changes in family law? ► *Keywords:* marriage law, religious marriages, religious courts, Sharia councils, arbitration councils.