



**PRAVNI FAKULTET
UNIVERZITETA „DŽEMAL BIJEDIĆ“ U MOSTARU**

ZBORNIK RADOVA

Naučni skup

**RAZVOJ PORODIČNOG PRAVA – OD NACIONALNOG
DO EVROPSKOG**

Mostar, 21. 12. 2012. godine

Mostar, 2013.

ZBORNİK RADOVA

Naučni skup

**RAZVOJ PORODIČNOG PRAVA – OD NACIONALNOG DO
EVROPSKOG**

Izdavač - Publisher

Pravni fakultet, Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru
Faculty of Law, University of "Džemal Bijedić" of Mostar

Za izdavača - For the Publisher

Prof.dr. Osman Pajić

Uredništvo - Editorial Board

prof.dr. Osman Pajić, glavni i odgovorni urednik - Editor in Chief,
prof. dr. Suzana Bubić, doc. dr. Maja Čolaković,
doc. dr. Dubravka Husić, doc.dr. Amra Jašarbegović

ISSN 1512-6707

Adresa uredništva: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru,
Mostar, Maršala Tita b.b

SADRŽAJ

Predgovor.....	7
PORODIČNO/BRAČNO PRAVO.....	9
<i>Zoran Ponjavić</i> O evoluciji porodičnog prava	11
<i>Suzana Bubić</i> Uticao evropskog prava na porodično pravo u Bosni i Hercegovini	26
<i>Branko Morait</i> Mirenje i/ili posredovanje	56
<i>Anita Duraković</i> Razvod braka sa stranim elementom u bosanskohercegovačkom i europskom pravu – mogući pravci harmonizacije	69
<i>Alena Huseinbegović</i> Postupak za davanje dozvole za sklapanje braka	84
<i>Željko Galić</i> Srodstvo u obiteljskim odnosima u kontekstu aktualnosti <i>de lege ferenda</i>	95
<i>Ramajana Demirović</i> Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu....	113
<i>Darja Softić Kadenić</i> Bračni ugovor i ugovor o nasljeđivanju u pravu Federacije Bosne i Hercegovine kao instrumenti jačanja pravnog položaja nadživjelog bračnog partnera	135
PORODICA U HISTORIJSKOPRAVNOM KONTEKSTU.....	153
<i>Jasmin Branković</i> Šerijatsko bračno pravo i njegova primjena u Bosni i Hercegovini 1878 - 1918.	155

RODITELJSKO PRAVO 165

Udžejna Habul

Zaštita djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja 167

Maja Čolaković

Pravo djeteta – pacijenta na samoodređenje 180

Dimitrije Čeranić

Sistem ugovora i sistem dekreta u postupku za zasnivanje usvojenja 211

Borjana Miković

Pravo djeteta na zaštitu od nasilja u porodici - porodičnopravni aspekti 224

Dubravka Husić i Emina Hasanagić

Zaštita žena i majčinstva u radnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine 236

ZAŠTITA OD NASILJA U PORODICI 257

Boris Krešić

Nasilje u porodici - stavovi Evropskog suda za ljudska prava 259

Lana Bubalo

Pravo žrtve nasilja u porodici na naknadu štete 270

Denis Pajić

Zaštita svjedoka u predmetima nasilja u porodici 289

Sunčica Vejzović

Krivično djelo Nasilje u porodici (*de lege lata* i *de lege ferenda*) 313

CONTENTS

Preface.....	7
FAMILY/MATRIMONIAL LAW.....	9
<i>Zoran Ponjavić</i> On evolution of Family Law	11
<i>Suzana Bubić</i> The influence of European Law on Family Law in Bosnia and Herzegovina ...	26
<i>Branko Morait</i> Reconciliation and/or Mediation	56
<i>Anita Duraković</i> Divorce in private international law in the Bosnian and European Law - The Possible Directions of Harmonization	69
<i>Alena Huseinbegović</i> Procedure for granting marriage permission	84
<i>Željko Galić</i> Kinship in family relationships in the context of <i>de lege ferenda</i> actualities	95
<i>Ramajana Demirović</i> New trends in legal regulation of cohabitation in the law of Bosnia and Herzegovina.....	113
<i>Darja Softić Kadenić</i> Der Ehe- und Erbvertrag im Recht der Föderation Bosnien und Herzegowinas als Instrumente zur Stärkung der rechtlichen Stellung des überlebenden Ehepartners	135
FAMILY IN THE LEGAL HISTORIC CONTEXT	153
<i>Jasmin Branković</i> Sharia matrimonial law and its application in Bosnia and Herzegovina 1878 – 1918	155

PARENTAL LAW 165

Udžejna Habul

Protection of the children without appropriate parental care 167

Maja Čolaković

The child's right to self-determination 180

Dimitrije Čeranić

The contract system of Adoption and Adoption by decree system 211

Borjana Miković

The right of the child to the protection from the domestic violence– family-law aspect 224

Dubravka Husic and Emina Hasanagić

Protection of women and motherhood in the labor legislation of Bosnia and Herzegovina 236

THE PROTECTION FROM THE DOMESTIC VIOLENCE 257

Boris Krešić

Domestic violence - the views of the European Court of Human Rights 259

Lana Bubalo

Domestic violence victims' right to damage compensation 270

Denis Pajić

Witness protection in Domestic violence cases 289

Sunčica Vežzović

Criminal act of domestic violence (*de lege lata, de lege ferenda*) 313



Predgovor

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, u saradnji s Njemačkom fondacijom za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ), organizovao je naučni skup „Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog.“ Na ovom skupu, održanom u Mostaru 21. 12. 2012. godine, izložena su 22 referata, od kojih je najveći broj objavljen u Zborniku radova sa skupa, kojeg upravo imate pred sobom.

Referati su izloženi u okviru dvije sesije. U prvoj su izlagani referati na opšte teme iz oblasti Porodičnog prava i iz uže oblasti Bračno pravo. Druga sesija je obuhvatila izlaganja iz slijedećih oblasti: Porodica u historijskopravnom kontekstu, Roditeljsko pravo i Zaštita od nasilja u porodici.

Pored podnosilaca referata, naučnih radnika – uglavnom nastavnika i saradnika fakulteta iz Bosne i Hercegovine i R Srbije, na skupu su učestvovali i stručni radnici čija djelatnost je usko vezana za oblast Porodičnog prava. Tako smo imali priliku i zadovoljstvo razmijeniti iskustvo s predstavnicima Općinskog suda u Mostaru, Centra za socijalni rad u Mostaru, Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine – Ureda u Mostaru i Notarske komore FBiH. Skupu su prisustvovali kolegice i kolege s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, predstavnica Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju te predstavnici Federalnog ministarstva nauke i obrazovanja, na čelu s ministrom Damirom Mašićem.

Autori su razmatrali porodičnopravne ustanove, odnosno pojedina pitanja vezana za njih s teorijskopravnog aspekta, ali predmet njihovog interesovanja i istraživanja bila je i primjena važećih propisa iz ove oblasti u praksi te kritički osvrt na njih. Rezultat toga su izneseni prijedlozi izmjena, odnosno drugačijeg uređenja razmatranih pitanja, kako bi se domaći propisi uskladili sa zahtjevima i standardima postavljenim u evropskim propisima, ali i otklonili propusti uočeni u praksi domaćih organa.

Zahvaljujemo Njemačkoj fondaciji za međunarodnu naučnu saradnju (IRZ) na pruženoj finansijskoj pomoći u održavanju skupa, a Federalnom ministarstvu nauke i obrazovanja zahvalni smo za finansijsku podršku za izdavanje Zbornika radova sa naučnog skupa. Nadamo se da će se uspješna saradnja nastaviti i u budućnosti.

Izražavamo želju da naučni skup posvećen Porodičnom pravu postane tradicionalan, da proširimo krug učesnika - uvaženih naučnih i stručnih radnika iz zemlje i okruženja te da damo doprinos razvoju teorije i unapređenju zakonodavstva i prakse u ovoj oblasti.

U Mostaru, maj 2013. godine

Prof. dr. Suzana Bubić

PORODIČNO/BRAČNO PRAVO



Dr Zoran Ponjavić, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu
Republika Srbija

O EVOLUCIJI PORODIČNOG PRAVA

Sažetak: U radu se daje sažeti pregled dosadašnje evolucije porodičnog prava, iznose zapažanja o faktorima promena porodičnog prava danas i onim de lege ferenda. Tri su ključne karakteristike kojima se mogu opisati promene u domenu porodičnog prava: privatizacija, individualizacija i pluralizam. To faktički znači da pojedinac sve više autonomno, izjavama svoje volje, kreira svoje porodične odnose, budući da država ne nameće poželjan porodični model. Porodično pravo se demokratizovalo, a ideje jednakosti i slobode su bile i ostale osnovni pokretači njegovih promena. Dalja evolucija porodičnog prava zavisice od društvenih promena, ali svakako će sve veći uticaj imati i praksa Suda za ljudska prava u Strazburu sa svojim tumačenjem odredbi Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Ključne reči: evolucija, porodično pravo, faktori evolucije

Uvod

Porodično pravo je jedno od grana prava koja su poslednjih decenija doživelo spektakularne promene. Jedna od tih brojnih promena vezana je svakako i za privatizaciju normi kojima se regulišu porodični odnosi. Privatizacija se može odrediti kao davanje sve većeg značaja individualnoj volji i ugovorima, kao najznačajnijim instrumentima privatnog prava, i u domenu prava kojim se regulišu porodični odnosi.¹ Izraz se pojavio najpre u radovima iz sociologije prava,² a kasnije i u pravnoj teoriji.³ Porodica

- ¹ Izraz „privatizacija” se koristi uglavnom u sektoru ekonomije gde predstavlja proces transfera imovine, odnosno kapitala iz javne (državne) u privatnu svojinu, ali se može označiti i kao proces deregulacije ekonomskih odnosa od strane države.
- ² O privatizaciji porodice, bez pominjana ovog izraza, pisao je još poznati francuski sociolog krajem devetnaestog i početkom dvadesetog veka Emil Dirkem (Émile Durkheim, 1892). U studiji *“La famille conjugale,”* Dirkem, faktički, govori o dve oprečne tendencije: o privatizaciji porodice, što po njemu podrazumeva davanje sve većeg značaja odnosima između samih članova porodice, a sa druge strane o socijalizaciji, tj. o sve većem mešanju države u porodične odnose; Videti: http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_3/textes_3_2/famille_conjugale.doc, 12.11.2011. O ovome videti i: F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, 1993 (prikaz: Mauger, G), na: <http://books.google.com/books?> 12.11.2011. Od savremenijih sociologa, pre svega u Francuskoj, ovaj izraz naročito afirmiše L. Rusel (Roussel, L, *La famille incertaine*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1989).
- ³ Ceo jedan zbornik radova posvećen je ovoj temi. Videti: *La contractualisation de la famille* (Ed. D. Fenouille i P. de Vareilles-Sommieres), Economica, Paris, 2001.

sve više sama utvrđuje sopstvena pravila ponašanja. Sve se to poklopilo sa evolucijom običaja i usvajanjem novih propisa na unutrašnjem i međunarodnom planu, kao i sa nečim što bi se moglo označiti kao “kriza” porodičnog prava.⁴

Privatizacija se odvija istovremeno sa individualizacijom. Individualizacija bi se mogla označiti kao proces koji se sastoji u tome da individua (pojedinaac), a ne grupa (porodica), postaje centar autonomnih odluka. Sve je veći značaj individualne volje i ugovora kao načina regulisanja porodičnih odnosa gotovo u svim delovima porodičnog prava. To je rezultat uticaja različitih unutrašnjih i spoljnih faktora, a pre svega prihvatanja međunarodnih dokumenata kojima se uglavnom regulišu individualna prava. Tako je Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁵, kao što i sam njen naziv upućuje, posvećena pravima individue. Došlo je do pomeranja težišta pravne zaštite, od porodice ka individui. Ideja da se porodica štiti preko individualnih prava njenih članova koja su garantovana na međunarodnom i unutrašnjem planu prisutna je i u porodičnom pravu, koje, pre svega, reguliše porodične odnose i pravni položaj članova porodice.

U jednom takvom kontekstu porodično pravo danas postaje sve više pluralistično. Porodica je, istina za volju, oduvek imala različite oblike ali je demokratizacijom porodičnog prava ta mogućnost znatno uvećana.⁶

Takođe, objavljen je i zbornik radova koji se kritički odnosi prema kontraktualizaciji: *Approche critique de la contractualisation* (Ed. S. Chassagnard-Pinet i D.Hiez), L.G.D.J, Paris, 2007.

- 4 Brunetti-Pons, C, *L' emergence d' une notion de couple en droit civil*, Revue trimestrielle de droit civil, 1/1999, str. 28.
- 5 Potpisana 4. novembra 1950. u Rimu. Republika Srbija ju je ratifikovala tek 2003. Zakon o njenoj ratifikaciji objavljen je u:”Sl. list SCG - Međunarodni ugovori”, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr.
- 6 Porodica je oduvek imala različite oblike, ali od kraja sedamdesetih godina prošlog veka o tome se u sociologiji porodice i sve više govori, budući da se broj uvećava. Neki stoga smatraju da ne treba govoriti o porodici već o porodicama (u množini). Tako: Janjić-Komar, M, *Porodica sa stanovišta prava*, *Pravni život*, 7-8/1995, str.70. Tako se od strane sociologa ali ponekad i u pravnoj teoriji pominju “jednoroditeljske porodice” i “trogenacijske porodice” (Ponjavić, Z, *Zasnivanje monoparentalne porodice - pravo ili hendikep*, *Pravni život*, 9/2001). Ali sve je više i porodica koje su sastavljene od muškarca i žene koji žive sa decom koja nisu njihova zajednička, koje bi se mogle nazvati prekomponovane porodice. Većina, dakle, ovih pojmova pripada ne-pravu, budući da nisu našli svoje mesto u zakonima, odnosno da postoje bez pravne podrške zakona. Ideju o ne - pravu prvi je razvio francuski pravnik i sociolog prava Karbonije. Da bi ovaj, pre svega sociološki pojam, opravdao on ističe da “u životu ima mnogo više stvari nego u pravu”, odnosno da je život mnogo bogatiji od prava. U pitanju su društveni odnosi koji nisu regulisani pravom. Ponekad

Ovaj pluralizam je zasnovan na postulatu neutralnosti i dezangažovanju zakona.⁷ U zakonu se više ne govori o tome kakva je struktura i društvena organizacija porodice u skladu sa društvenim potrebama. Individui se ne nameće porodični model koji bi bio poželjan sa stanovišta društvenih ciljeva, već joj se predlažu rešenja i mogućnost izbora. Država više nema zadatak da štiti određen model porodice, onaj proizašao iz braka, ili bračno poreklo deteta, već da zaštiti individualne slobode. Jednostavno se svakom tipu porodice pruža pravna podrška što joj omogućava da se organizuje u cilju realizacije svega onoga što smatra za svoje posebno dobro. Raskid koji se tako desio između organizovanja porodice i opštih društvenih vrednosti postavio je porodicu u privatnu sferu, široko autonomnu, van javnog prostora. Ukratko, objektivni okvir porodičnog prava uzmiče pred napadom subjektivnih prava i snagom individualne volje. Porodica je stoga sve manje sastavljena od roditelja i rođaka, a sve više od stranaka.

Pojava novih oblika porodice (pluralizam), postojanje različitih ambijenata u kojima se sve promene dešavaju ne bi smele da zavaraju pravnike. Pitanje je da li pluralizam uopšte postoji danas kada se zna da ne postoje značajne ideoliške razlike između bračnih i vanbračnih porodica. S druge strane, može li se jedna porodica nazvati monoparentalnom ili prekonponovanom budući da one nisu alternativni vidovi porodica već samo faze u porodičnom ciklusu, kao posledice raspada jednog para (smrt ili rastava). Drugačije rečeno, jedne iste osobe, zavisno od životne faze, mogu se naći u jednoj ili drugoj situaciji. Ali, bez obzira na ovo srodstvo, brak ili vanbračna zajednica i dalje ostaju osnovni kriterijumi formiranja porodice.

Sve promene u porodičnom pravu nisu se desile odjedanput i iznenada. One se mogu pratiti kroz vreme, koje je iza nas.

1. Faktori evolucije do sada

Istorija porodičnog prava svakako nije i istorija porodice. Porodično pravo nije ono koje opisuje šta su porodice, to je pravo koje utvrđuje

je "ne pravo" stvar individualnog izbora. Individua odbija da se uključi u pravnu situaciju već se uključuje u sličnu nepravnu situaciju. To je recimo slučaj sa rastavom supružnika. Videti: Carbonnier, J, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J, 4.ed.1979, str.21; Navedeno prema: Gaudement-Tallon, H, *De quelques paradoxes en matiere de droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 4/1981, str. 720.

⁷ O neutralnosti, ambivalentnosti i realnosti, kao karakteristikama porodičnog prava govori Glendon , M.- A, *Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1989.

određene vrednosti, norme, određene modele za koje društvo u datom trenutku smatra da jesu porodica. Porodica koja postoji trenutno u društvu verovatno ne odgovara u potpunosti modelu opisanom u pozitivnom pravu. Ljudi u porodici, na kraju krajeva, sporazumno uređuju svoje odnose na način kako nalažu običajna i moralna pravila, a manje kako je propisano zakonom. Pravna norma nije reprodukcija onoga što postoji u stvarnosti.⁸ Svrha norme je da postavi okvire, da dâ vrednosti i repere u slučaju sankcionisanja, a ne da opisuje objekt na koji se odnosi. I ovo je verovatno razlog što današnje porodično pravo, odnosno zakoni koji ga uređuju, uglavnom, ne sadrže definiciju porodice.⁹

Porodično pravo se nalazilo pod jakim uticajem društvenih promena koje su se odigrale od polovine prošlog veka do danas. Ono se demokratizovalo udaljivši se od patrijarhalnih normi koje su ustanovljavale prava na osnovu prirodnih razlika: porekla, pola, uzrasta.¹⁰ Demokratizacija kao pravni fenomen se može pratiti kroz individualizaciju učesnika odnosa, kroz sporazumno uređivanje unutrašnjih odnosa i razrešavanje konflikta, ali i pre svega, kroz uspostavljanje dva oblika ravnopravnosti: ravnopravnosti polova i ravnopravnosti dece. Prva se svodi na ravnopravnost između muža i žene i između oca i majke. Šta više, porodično pravo je u ovom smislu postalo aseksualno. Više i ne govori o mužu i ženi već o supružnicima, niti

8 Iako se u Porodičnom zakonu Republike Srbije ("Službeni glasnik Republike Srbije", 18/2005) u najvećem delu regulišu odnosi u nuklearnoj porodici, sastavljenoj od roditelja i njihove maloletne dece, ona je u Republici Srbiji 1973. činila oko 64 % svih porodica, da bi 2003. godine pala na svega 31 % ; Navedeno prema novinama "Vreme", od 21. maja 2009.

9 Pojam porodice nije, po pravilu, određen u zakonima, koji samo po svom nazivu govore o porodici. Ovi zakoni u suštini govore o braku, razvodu, srodstvu, roditeljskom pravu, itd. Ponekad nam ovi zakoni na jedan vrlo moderan način govore i o porodičnom životu, ali o samoj porodici vrlo retko i na diskretan način. Tako Porodični zakon Republike Srbije nema definiciju porodice ali govori o pravu na poštovanje porodičnog života. Jedan od zakona koji definiše porodicu jeste Porodični zakon Republike Crne Gore (Zakon je objavljen u "Službenom listu RCG", br. 1/2007 od 9.1.2007. godine). U čl.2 se kaže: "Porodica je životna zajednica roditelja, djece i drugih srodnika koji u smislu ovoga zakona imaju međusobna prava i obaveze, kao i druga osnovna zajednica života u kojoj se njeguju i podižu djeca". Nešto kraću definiciju daje Porodični zakon Republike Srpske u čl.2: "Porodica, u smislu ovog zakona, je životna zajednica roditelja i djece i drugih srodnika" . ("Službeni glasnik Republike Srpske", 54/2002). Slična, ali i nešto određenija definicija sadržana je i u čl. 2. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH, 35/05, 41/05): "Porodica, u smislu ovog Zakona, jeste životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu".

10 Janjić-Komar, M, *Demokratizacija porodičnih odnosa*, Pravni život, 9/2000, str.499.

ocu i majci već o roditeljima. Druga se odnosi na izjednačavanje dece bez obzira na njihovo poreklo. Tako se više ne govori o bračnoj i vanbračnoj deci, već o deci rođenoj u braku i van braka. Jedna od retkih razlika postoji i dalje u pogledu načina uspostavljanja porekla deteta prema roditeljima ako je dete rođeno izvan braka. Materinstvo udate ili neudate žene se po pravilu uspostavlja upisom rođenja deteta u knjigu rođenih. Očinstvo se pretpostavlja ako je majka u braku, ili se priznaje ili utvrđuje sudskim putem ako je dete rođeno izvan braka.

S druge strane, ravnopravnost nije, nasuprot raširenog mišljenja, ideja koja pripada javnom poretku. Zato se danas u pravnoj doktrini sve više koristi jedna druga reč: jednakost, odnosno princip nediskriminacije. To je, pre svega, posledica činjenice da ravnopravnost dolazi u koliziju sa jednom drugom vrednošću koja se brani najvećom upornošću: slobodom. Jednakost postaje osnovni pojam modernog prava i političkog života i osnovno je načelo državne organizacije još od Francuske revolucije.¹¹

Zakonodavac je nastojao da odgovori na zahteve individua za što većom slobodom: sloboda razvoda i sloboda zajedničkog življenja bez braka označavaju značajne simbole reforme porodičnog prava. Zahtev za slobodom je sam po sebi paradoksalan: istovremeno se radi o želji za emancipacijom (pustite me da radim šta hoću), što je praćeno izvesnim oblicima uzmicanja prava, deregulacijom, odnosno dejurizacijom i u isto vreme snažnom željom za pravnim priznanjem slobode (pravno regulisanje vanbračne zajednice i zahtevi za pravno priznanje homoseksualnih zajednica). To znači da je porodično pravo, kao i ostatak društva, prihvatilo potrebu društvenog priznanja individue. Da bi se ovaj fenomen izmerio u svim delovima porodičnog prava potrebno je razlikovati porodična prava para i prava dece.

Napredak autonomije volje u oblasti prava parova bio je frapantan poslednjih godina. Pa ipak, može se reći da je u porodičnom pravu u ovoj oblasti koja se oduvek smatrala institucionalnom, saglasnost volja igrala određenu ulogu. Ona se najpre afirmisala kroz bračno pravo, tačnije kroz uvođenje sporazumnog razvoda braka osamdesetih godina prošlog veka. Pravnom normom se supružnicima pruža mogućnost da svoje odnose uredi autonomno. Šta više, može se reći da je jedan od paradoksa porodičnog prava, za koje se obično smatra da ima više imperativnih normi u odnosu na građansko pravo, to što je u nekim slučajevima autonomija volje znatno veća nego u građanskom pravu. Naime, u građanskom pravu ako se stranke ne dogovore primeniće se dispozitivna norma iz zakona. U porodičnom pravu je u nekim

¹¹ Kartag-Odri, A, *Jednakost i ravnopravnost kao evropske vrednosti*, Pravni život, 12/2005, str. 779.

slučajevima sve prepušteno volji subjekata porodičnih odnosa. Sud u tim situacijama ne može reći šta je pravo jer i ne raspolaže pravnom normom koja bi bila primenjena. Sporazum, ugovor, subjekata porodičnog odnosa ničim ne može biti zamenjen. Ugovorni model regulisanja porodičnih odnosa se tako širi i izvan prava parova, na sve oblasti porodičnog prava. Čak i u oblasti kojom se ustanovljava status jednog lica u porodici, ono što je nekada zbog zaštite opštih interesa, ili javnog poretka, bilo nezamislivo.

Postoji ustaljena predstava da je ugovor ekskluzivno vezan za privatno pravo, pa prema tome uvek je samo privatnopravni i kao takav stran porodičnom pravu. Stran, zato što je porodica, po tradiciji, jedan od stubova pravnog, političkog i društvenog poretka. S druge strane, dok se ugovor kao najbolji instrument savremenog kapitalizma nalazi u srcu imovinskog prava, porodica se, zasnovana na braku ili vanbračnoj zajednici, nalazi van ove sfere. I tačno je da većina ugovora ima imovinski karakter što ga svrstava u obligaciono pravo, po čemu se oni razlikuju od ugovora koji postoje u drugim granama prava.

Kod nas¹² se porodično pravo tretira kao samostalna grana prava, izdvojena iz građanskog (privatnog) prava od koga se bitno razlikuje, pored ostalog, načinom regulisanja odnosa.¹³ Naime, odnosi u porodičnom pravu su pretežno uređeni imperativnim normama države pa je stoga malo mesta ostalo za ispoljavanje individualne volje, a samim tim i za ugovaranje između subjekata porodičnih odnosa. Međutim ovakva konstatacija je sve manje i manje tačna. Njegova sve veća primena i u porodičnom pravu poslednjih dvadesetak godina postala je opšta karakteristika prava gotovo kod svih evropskih država, što bi se moglo označiti kao privatizacija ili kontraktualizacija porodičnog prava. Činjenica da se porodični odnosi i u Republici Srbiji sve više regulišu sporazumom subjekata porodičnih odnosa govori da proces privatizacije nije ni nas zaobišao, odnosno da se ugovor više ne može smatrati stranim elementom. Većina ovih sporazuma se zaključuje izvan pravnog konteksta, kada subjekti porodičnih odnosa uređuju svoja svakodnevna životna pitanja. Neki od njih mogu biti i protivni zakonu. Nastaju bez ikakve forme ili procene njihove validnosti. Oni funkcionišu sve dok se ne pojavi problem u njihovom izvršavanju.¹⁴

12 Misli se, uglavnom, na sve države nastale raspadom bivše SFRJ.

13 Videti: Ponjavić, Z., *O mestu porodičnog prava u pravnom sistemu - istorijat i uporedni pregled*, Građanska kodifikacija (ur. R. Kovačević-Kuštrimović), Pravni fakultet, Niš, 2002, str. 139-150.

14 Benabent, A., *L'ordre public en droit de la famille*; Navedeno prema: Egea, V., *L'imperatif en droit de la famille*, str. 60, fn.236; <http://www.themis.u-3mrs.fr/egea/memoire-egea.doc>, 12. 10.2012.

Sve više jača uticaj »privatnog« u odnosu na »javno« u porodičnom pravu. Porodica se sve više posmatra kao grupa lica koja žive jedno pored drugog, a sve manje kao zajednica sa sopstvenim interesima. Porodičnopravne norme koje su bile po pravilu imperativne prirode sve se više povlače pred rastućom autonomijom pojedinaca, njihovim slobodama i pravima i intimom porodičnog života.¹⁵ Čini se, ipak, da je dosledno posmatranje porodičnog prava kao dela privatnog ili javnog prava jedva moguće, budući da ima toliko izuzetaka. S druge strane, uverenje da je ugovor samo instrument privatnog prava više ne vlada među pravnicima. Ugovor se danas smatra kategorijom prava uopšte, kako privatnog tako i javnog.¹⁶ Upravo je istorijsko smeštanje ugovora u domen privatnog prava sprečavalo da se on u porodičnom pravu uopšte pomene, budući da je to sa sobom nosilo odricanje posebnosti porodičnog prava i njegovo vraćanje u krilo privatnog prava.

Pored ovoga, treba ukazati na to da jačanje značaja individualne volje u porodičnom pravu ne znači neizostavno slabljenje onog što bi se moglo nazvati javni poredak porodičnog prava. Ovo najčešće znači samo uzmicanje imperativnih normi koje se ne mogu izjednačiti sa javnim poretkom.¹⁷ Naravno, ovo ne isključuje potrebu definisanja javnog poretka u porodičnom pravu kako bi se postavile jasne granice ove privatizacije. Budući da se porodična prava sve više odnose na pojedinca to razmatranje njegovih prava izbija u prvi plan kada se govori o porodičnom javnom poretku. Nekada je javni poredak bio usmeren ka punom razvoju društva, koji je trebao da obezbedi razvoj pojedinca, dok se danas prelazi na javni poredak koji je usmeren ka punom razvoju pojedinca koji treba da obezbedi razvoj društva.¹⁸

Zbog svega navedenog ugovor se sve manje smatra smetnjom u odvijanju porodičnih odnosa.

Ugovor je smatran smetnjom (remetilačkim faktorom) za odvijanje porodičnih odnosa zato što je prihvatanje uloge individualne volje često bilo praćeno uzmicanjem vrednosti osnovnih porodičnih institucija. Tako bi, primera radi, prihvatanje razvoda bez kontrole moglo značiti napad na instituciju braka. Međutim, pojava ideologije prava čoveka menja ugao

15 Janjić-Komar, M, *Porodično pravo i stvarnost*, Pravni život, 9/1997, str. 700.

16 Vodinelić, V, *Upravni ugovor - između prihvatanja i odbijanja*, Pravni život, 11-1/1993, str. 2115.

17 U ovom smislu: Hausser, J, *Javni poredak u porodičnim odnosima*, Pravni život, 9, 2000, 473-474. Uostalom, ovakvo razlikovanje pravi i Zakon o obligacionim odnosima prilikom uspostavlja ograničenja slobode ugovaranja, kada govori, u čl.103, o javnom poretku, imperativnim propisima i moralu.

18 Isto, str. 479.

posmatranja i daje novu skalu društvenih vrednosti. Odlučujući uticaj na ovom planu odigrala je Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u kojoj se, između ostalog, daje primat interesima pojedinaca nad interesima grupa, pa i društva u celini (čl.2). Sve ovo nužno mora imati odraza i na pravo kojim se regulišu porodični odnosi. Čak se ponekad »pravo na privatni život« (*Right of Privacy*), regulisano čl.8.Konvencije, definiše u ovom smislu kao pravo koje je garant individualne slobode, dok se »pravo na porodični život«, nasuprot ovog, može činiti kao potencijalna pretnja individualnoj slobodi.¹⁹

Što se tiče prava dece njihov pravni položaj i sudbina nisu opredeljeni postojanjem, odnosno nepostojanjem pravne veze njihovih roditelja. Porodično pravo svoj deci, bez obzira na poreklo, mora garantovati ista prava i stabilnost roditeljskopravnog odnosa. Život para je nesiguran i neizvestan, ali bez obzira na njegovu pravnu strukturu i njegovu budućnost, roditelji moraju nastaviti da preuzimaju odgovornost prema deci: to je njihova zajednička odgovornost. Položaj dece, prema tome, zavisi od toga u kojoj meri su roditelji odgovorni prema njima, tj. da li su dobri ili loši, a ne da li su u braku ili ne. Stoga se može reći da su pluralizam parova (postojanje različitih oblika življenja muškarca i žene), u krajnjem slučaju porodičnih oblika, i stabilnost roditeljskopravnog odnosa dve velike tendencije porodičnog prava na kraju dvadesetog i na početku XXI veka.

Jedan od savremenih mitova, koji je u osnovi vezan za navedene dve tendencije je onaj o već pomenutoj privatizaciji porodičnog prava. Oslobođeni od državnog modela unitarne porodice zasnovane na braku i deci proizašoj iz njega, porodični odnosi postaju sve više i više privatna stvar. Mešanje države u njih se sve manje toleriše i izgleda da za to ima sve manje opravdanja.²⁰ Prava i obaveze danas svoj izvor sve više nalaze u individualnoj volji, a sve glasnjiji zahtevi za više slobode i jednakosti uvećavaju njen značaj.

Prema tome, može se reći da su ideje jednakosti i slobode bile i ostale osnovni pokretači promena porodičnog prava poslednje tri decenije. U ovom pogledu ne smeju se zanemariti ni evolucija običaja, kao i uticaj spoljnih faktora, pre svega prakse Suda za prava čoveka u Strazburu. Tako recimo, najbolji interes deteta postaje osnovni kako kod vanbračnog, tako i bračnog porekla, što dovodi do autonomne konstrukcije prava deteta.

19 Commaille, J, Martin, C, *La repolitisation de la famille contemporaine*, <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/20/18/36/PDF/comprendre2.pdf>, 5.05.2012.

20 Egea, f.n.14, str. 102.

Međutim, kako se ponekad ističe,²¹ odnos između formulisanja i priznanja prava čoveka i afirmacije apsolutnih sloboda, s jedne strane i porodičnog prava, s druge strane, nije očigledan. Ima čak i izvesne antinomije između pojma prava čoveka i porodice. Prava čoveka se bave subjektivizmom, to je trijumf ličnosti apsolutno slobodne i držaoca svih prava. Takav koncept se suprotstavlja, na izvestan način, ideji porodice, koja se zasniva na konceptu grupe.

Naporedo sa jačanjem značaja individualne volje u sferi određivanja sadržine porodičnopравnih odnosa i dalje egzistira, naravno uz proporcionalno smanjen značaj, imperativnost nekih normi.²² Njihovo korišćenje u porodičnom pravu ukazuje na potrebu dalje zaštite porodice i njenih specifičnosti, na njenu institucionalnost. Ali ono što čini njihovu specifičnost u domenu porodičnog prava, čega nema u drugim delovima pravnog sistema, jeste učešće ljudskih osećanja, pre svega ljubavi.²³ To je metafizičko pravo, pravo života i smrti. O tome se mora voditi računa prilikom kreiranja sadržine konkretnih imperativnih porodičnih normi, a naročito prilikom određivanja posledica njihovog neizvršavanja. Zakonodavac nije svemoguć. Svojom naredbom ne može prinudno izvršiti pravnu normu čija se sadržina upravo temelji na ljudskim osećanjima. Ovo je naročito uočljivo kada se porodica reguliše pravilima privatnog prava, čija je tehnika namenjena prvenstveno za uređenje ekonomskih odnosa i koje raspolaže instrumentima kadrim da se osigura izvršenje obaveza koje su strane stvorile svojim dogovorom. Ono je, međutim, vrlo nemoćno kada su u pitanju krajnje lični odnosi, idealizovani u očima laičkog, kao i religioznog poretka. Ovde prvenstveno imamo u vidu moralne aspekte njihovog sadržaja, koji u osnovi te odnose posmatraju kao trajne, namenjene za nesmetano prevazilaženje konfliktnih situacija.

Intimni odnosi koje održavamo i razvijamo tokom našeg postojanja doprinose stvaranju našeg identiteta i generalno gledano učvršćuju naše pripadanje kolektivu, što je naročito značajno za porodicu. Oni su istovremeno i izvor naše sreće, napretka i snage. Pojedini od njih se odvijaju sasvim spontano, bez ikakve forme i bilo čije podrške, dok drugi, nasuprot ovoga, zahtevaju minimum pravnog uobličavanja. Ti odnosi se, na kraju krajeva, sporazumno uređuju od strane njihovih aktera na način kako nalažu običajna i moralna pravila, a manje kako je propisano zakonom.

21 Arnaud, A.-J, *Philosophie des droits de l' Homme et droit de la famille*, Internationalisation des droit de l' Homme et évolution du droit de la famille, 1996, (ed. Dekeuwer-Défossez,F.), colloque Lille, LGDJ, Paris, str.5.

22 Egea, f.n.14, str. 102.

23 Janjić Komar, f.n.10, str. 499.

Brak i vanbračna zajednica savršeno ilustruju ovakav tip odnosa. U slučaju kada odnosi između partnera, zasnovani na osećanjima koja ih ujedinjuju, ne funkcionišu na predviđen način, ta lica mogu biti pozvana da uzajamno obezbede poštovanje njihovih potreba. Uprkos zajedničkih osobina, svi ovi odnosi unutar porodice ne uživaju isto pravno priznanje. Država se naročito interesuje za odnose među supružnicima i pri tome zapostavlja ostale porodične odnose.²⁴

Tako je brak brojnošću normi i njihovim karakterom bio podignut gotovo na rang institucije i odavno je bio predmet vrlo širokog zakonskog normiranja. Zaključujući brak supružnici su prihvatili status venčanih lica bez mogućnosti da mu određuju sadržinu. Ovo je danas sve manje tačno. Bračni status koji je bio bez ikakvog uticaja volje supružnika danas se sve više zamenjuje njihovom voljom. Volja supružnika je tako jedan od osnovnih uslova valjanosti braka. Uzajamna saglasnost dveju volja je ne samo uslov nastanka već i uslov njegovog trajanja. Brak traje onoliko vremena koliko hoće supružnici.

Već je opisano kretanje od zaštite institucije ka zaštiti osanovnih vrednosti i ideje da promocija individue osigurava porodicu i *in fine* društvenu koheziju.²⁵ Postoje i demografski razlozi pojave individue. Sa padom nataliteta, porodica se smanjuje. Vrlo su retki parovi sa petoro ili šestoro dece. Jedna osoba, dakle, ima manje braće i sestara, manje ujaka, stričeva, tetki, rođaka. Sve je više porodica sa jednim detetom koje preživljava zahvaljujući opadanju smrtnosti dece. Paralelno sa produžavanjem životne dobi povećava se i broj porodica u kojima živi više generacija. Individua tako stiže jedan sasvim poseban položaj.

2. Faktori evolucije porodičnog prava danas

Pri koncipiranju normi porodičnog prava danas se mora poći od nekoliko odlučujućih faktora koji generišu promene. Na prvom mestu mora se poći od onog što svako može uočiti, ali što je opet nedovoljno istraženo. Od društvenih promena.

Društvene promene su vidljive. One se tiču, pre svega, promena nekih aspekata porodičnog života, kao što je povećan broj razvoda, vanbračnih zajednica, nepotpunih porodica. Model "nuklearne porodice" sve se više

²⁴ Uostalom, sve do skoro je u Republici Srbiji (do 2005) naziv zakona bio Zakon o braku i porodičnim odnosima (ZBPO), čime se ukazivalo na privilegovano mesto koje je bilo dato braku.

²⁵ Egea, f.n.14, str. 103.

dovodi u pitanje, jer su se u praksi javile nove forme življenja, zavisno od želja i mogućnosti pojedinaca.²⁶

Pored ovoga, evolucija biologije i medicine se ne sme zanemariti. Napredak nauke u domenu ljudske prokreacije na novi način postavlja pitanja utvrđivanja porekla dece u odnosu na roditelje. Nije u pitanju samo usavršavanje tehnika biomedicinske oplodnje, artificijelne inseminacije i surogat materinstva, već i sve veće mogućnosti utvrđivanja biološke istine. Ta saznanja, može se slobodno reći, imaju često krajnje kontradiktorne posledice. S jedne strane doprinose otkrivanju biološke istine o poreklu deteta, ali sa druge strane, ljudskoj volji u kreiranju porodice daju dominantan značaj. U ovom pogledu postojanje pretpostavki, pa i fikcija, u domenu utvrđivanja porekla deteta, gubi na značaju. Ovde treba, takođe, dodati i poznatu činjenicu produžavanja životnog veka, što dovodi do dugog trajanja zajednica života, koegzistencije više generacija pod istim krovom. Kao što je već konstatovano, sve više ima višegeneracijskih porodica, ne samo na selu već i u gradu o čemu se i kroz zakonodavne reforme mora voditi računa. Uključivanje treće generacije, deda i baba, ali i zaštita prava i obaveza pobočnih srodnika, posle perioda njihovog zakonodavnog ignorisanja, postaje preka potreba.

Evolucija prava je opšte poznata. Pod uticajem Evropske Konvencije o pravima čoveka i Konvencije o pravima deteta moraju se činiti odgovarajuće intervencije u zakonodavnom tekstu porodičnog prava. U ovom kontekstu potrebno je na novim osnovama graditi porodičnu koheziju kojoj se često suprotstavljaju individualna prava, roditeljska prava pravima deteta, individualna i kolektivna prava, a posebno u odnosu na pravo svakog na jednakost i nediskriminaciju.

26 Činjenicu da se porodica smanjila na nuklearnu niko ne opovrgava, ali i šira porodica i dalje postoji. Klasična šema intergeneracijskih odnosa je modifikovana, ali istraživanja pokazuju da ovih porodica i dalje ima, uprkos evoluciji. Šta više, ekonomske nedaće koje su zadesile Republiku Srbiju poslednjih godina imale su odraza i na uspostavljanje jedne nove porodične strukture. Naime, sve je više porodica sastavljenih iz tri generacije, što je posledica dugotrajnih kriza. U sociološkom zborniku «Društvo rizika» (2008) se kaže da je velika srodnička porodica postala prepoznatljiva u Srbiji i da je karakteristična za sve regione. Šta više, najviše je zastupljena u Beogradu 15,4%. Nasuprot ovoga, u svetu se više ovakve porodice gotovo i ne pominju. Istovremeno sociolog Vesna Miletić-Stepanović, u knjizi «Društvo u previranju» Instituta za sociološka istraživanja iz Beograda, konstatuje prema sprovedenom istraživanju, da je u Srbiji više od 25 odsto porodica u kojima živi više generacija, što je rezultat velikog siromaštva i nezaposlenosti. Ta eksplozija proširenih porodica u Srbiji ima «ambivalentan karakter», s jedne strane je «resurs opstanka u društvu Srbije», a sa druge «veliki razvojni rizik». Navedeno prema: <http://www.kontra-punkt.info/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=54645>, 23. 7. 2012.

Osnovni zadatak koji se postavlja u domenu zakonodavne politike je kako ova pitanja da ne budu suprotstavljena već komplementarna. Da bi se to postiglo, pored ostalog, u kreiranju novih porodičnih odnosa se mora poći od dve premise, koje se uvek moraju uzeti u obzir.

- 1) Porodično pravo mora biti u skladu sa evolucijom običaja, odraz društvenih odnosa. U ovom smislu pravo se mora adaptirati prema ličnosti zbog koje je stvoreno.
- 2) Na drugom mestu, porodično pravo mora biti u funkciji orijentacije, a ne samo adaptacije. Ono mora biti odraz evolucije vrednosti u društvu. Pravo ne treba samo da registruje ono što se dogodilo u društvu. Ono sadrži smernice za ponašanje pojedinaca, ali i za kreiranje sudske prakse.

Bilo da se radi o pravu koje se adaptira ili koje orijentiše, jedno je sigurno: nema, ili nema više samo jednog modela organizovanja porodičnog života. Sve je očiglednije da postoje vrlo različiti oblici porodice. Ove forme funkcionišu manje kao alternativne, a više kao sukcesivne porodične forme. Jedno je sigurno, svi pokušaji unifikacije porodičnih oblika doživeli bi neuspeh. Oni ne korespondiraju sa potrebama vremena i društva.

3. Faktori evolucije porodičnog prava *de lege ferenda*

Ako se zapitamo kako će dalje teći evolucija porodičnih odnosa, na ovo pitanje je vrlo teško odgovoriti budući da pravo treba uvek biti »prilagođeno vremenu«, što je lajtmotiv svake reforme prava, pa i onog kojim se regulišu porodični odnosi. Ovo prilagođavanje realnosti ili stvarnosti, kako se ističe u pravnoj teoriji, ponekad dovodi do promene shvatanja realnosti.²⁷ Realnost se u nekim slučajevima pretpostavlja. Tako, primera radi, afirmacija individualnih prava sprovedena kroz Porodični zakon Republike Srbije i prepuštanje subjektima porodičnih odnosa da sami i sve više urede svojom voljom odnose nužno podrazumeva opadanje porodične solidarnosti i njenu zamenu mehanizmima državne intervencije. Ako znamo da su mogućnosti ove intervencije u periodu tranzicije društva bitno smanjene, nije li se upravo realnost pretpostavila? Nije li jedna zakasnela neoliberalna tržišna i društvena klima ostavila porodicu razapetu između proklamovanog individualizma i nužnosti kolektivizma? Taj kolektivizam kojim se uspostavlja solidarnost nije institucionalizovan i formalizovan, ali nadomešta nefunkcionisanje državnih i drugih društvenih institucija.²⁸

²⁷ Janjić-Komar, f.n.15, str. 702.

²⁸ U ovom smislu: Tripković, G., *Porodica u tranziciji*, Sociološki pregled, 1-2/2004, str. 211.

Pored promena zakona koji regulišu porodicu i odnose u njoj na njihovo profilisanje imaće sve veći uticaj i praksa Suda za ljudska prava u Strazburu sa svojim tumačenjem odredbi Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ovaj Sud ima neosporno harmonizatorsku ulogu zakonodavstva Evrope u domenu porodičnog prava.²⁹ Svaki strah od »vladavine sudova« što u Evropi ima jednu negativnu konotaciju čini se u ovom pogledu, bar za sada, neopravdanim budući da Sud u Strazburu zna na pravi način poštovati nacionalno zakonodavstvo. U ovom pogledu svako isticanje da će Republika Srbija upravo pod uticajem ove prakse morati, htela ne htela, da prihvati, primera radi, homoseksualne brakove izgleda, bar u ovom trenutku, neosnovano.³⁰ Ono što bi se ovoj praksi moglo prigovoriti zasniva se, pre svega, na činjenici da se ona, po prirodi stvari, sastoji iz niza odluka od kojih praktično zavisi evolucija prava što predstavlja trijumf subjektivnih prava nad objektivnim pravima. Stoga Strazbur može postati mesto sukoba zemalja *common law* i zemalja pisanog prava.³¹

Na neki način može se čak očekivati da će u budućnosti promene unutar porodice imati male reperkusije na promene pravnih pravila kojima se ona reguliše. Ne zato što će zakon izgubiti interesovanje za nju, već zato što će demokratizacija porodičnih odnosa biti praćena uzmicanjem pravnih normi u korist drugih vidova regulisanja, pa i ugovora. Uostalom, ovo uzmicanje normi nije skorijeg datuma. Ovaj proces »dejurizacije« prvi put je bio teorijski obrađen još davne 1977. godine od strane M.A. Glendon, govori o »neutralnosti prava« u ovom domenu u korist »principa tolerancije«. ³² Pravo se povlači iz porodičnih odnosa prepuštajući mesto običaju i na kraju i sporazumima samih subjekata porodičnih odnosa.

Na kraju zapitajmo se gde će se u budućnosti odlučivati o porodičnom pravu? Vrlo je moguće da će se o tome podjednako odlučivati u Strazburu, eventualno za neke u Briselu, ali i u Sarajevu, Banja Luci, Beogradu, Podgorici...No bez obzira na svoje poreklo, evropsko ili nacionalno,

29 Takvu ulogu su odigrale, primera radi, čuvene odluke *Mazurek c. France* (no 34406/97), *Marckx c. Belgique*, (31 (13.6.79). Pod njihovim uticajem promenjeno je pravo, u ovom slučaju, Francuske i Belgije.

30 Tako, primera radi, Francuska nije osuđena zato što njeno pravo poznaje "pravo na anonimni porođaj"; *Affaire Odièvre*, CEDH, od 13 februara 2003, predstavka br. 42326/98.

31 Bosse-Platière, H, *L'avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures, À l'horizon de l'Europe*; http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=INSO&ID_NUMPUBLIE=INSO_128&ID_ARTICLE=INSO_128_0038, 23.11.2012.

32 Glendon, M.-A, *State, Family Law in Transition in the United States and Westwrn Europe*, New York, North Holland Publishing Cy, 1977.

porodično pravo će iziskivati još više slobode i jednakosti. Ove reči kriju i dalje velike mogućnosti izbora i vrlo je verovatno da će sadržina porodičnog prava još dugo zavisiti od država.³³

33 Bosse-Platière, f.n.31, str.38.

Dr Zoran Ponjavić, full professor
University of Kragujevac, Faculty of Law

ON EVOLUTION OF FAMILY LAW

(Abstract)

This paper gives a sketch of the evolution of family law. At the very beginning it is asserted that privatization, individualization and pluralism are three key characteristics of family law. To put it concisely, family law is more and more affected by the greater significance of the private will of the individual who chooses ways of organizing his private life on his own. This paper presents a review of the factors of evolution, both up to this moment and at present, as well the factors that are *de lege ferenda*.

Family life has been under a great influence of the social changes that have been taking place from the middle of the previous century to the present day. It has been democratized by distancing from patriarchal norms that establish rights based on natural differences: origins, gender, age. Democratization as a legal phenomenon can primarily be traced in the establishment of two forms of equality: gender equality and the equality of children. What generates changes in the modern family law are social changes, evolution of biology and medicine, and the evolution of law that generally occurs under the influence of the European Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of the Child.

What is primarily emphasized in the domain of legislative policy of creating new family relationships is that family law needs to be in line with the evolution of customs and to reflect social relationships. Yet, it also needs to have a function of orientation, and not merely adaptation. Law is not supposed to simply reflect what has occurred in society, but also to provide directions for individual behaviour and for the creation of judicial practice.

When evolution *de lege ferenda* is taken into consideration, it is emphasized that defining of family relationships is going to be increasingly influenced by the practice of the Court of Human Rights in Strasbourg with its interpretation of regulations of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In the end it is stated that the future of family law shall be decided in Strasbourg, even in Brussels for some, but also at the level of national states. However, regardless of its origin, be it European or national, family law shall necessitate more freedom and equality.

Key words: evolution, family law, evolution factors

Dr. sc. Suzana Bubić, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru

UTICAJ EVROPSKOG PRAVA NA PORODIČNO PRAVO U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak

Autorica u radu razmatra rješenja prihvaćena u porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovini na čije donošenje je uticalo evropsko pravo. Pažnju je usmjerila na ustanove porodičnog prava pri čijem uređenju bi trebalo, u većoj mjeri no što je to urađeno u pozitivnom pravu, uvažiti evropske dokumente iz ove oblasti i praksu Evropskog suda za ljudska prava. Autorica iznosi prijedloge *de lege ferenda* kojima bi se uspješnije zaštitila prava i interesi članova porodice. U prvom redu time bi se potpunije osigurali najbolji interesi djeteta, a uz njih i prava odraslih članova porodice, odnosno bračnih i vanbračnih partnera, zagarantovana Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.

Ključne riječi: pravo na brak, najbolji interesi djeteta, roditeljsko staranje/odgovornost, usvojenje, Evropski sud za ljudska prava (Sud)

Uvodna razmatranja

Reforma nacionalnih porodičnih prava izvršena u posljednjih nekoliko decenija dovela je do snažnog razvoja porodičnog prava. Brzina odvijanja ovog procesa u pojedinim evropskim državama bila je i još uvijek je različita, ali je njegov pravac identičan. Naime, promjene koje se unose u nacionalna prava usmjerene su na to da se patrijarhalni pristup i na njemu zasnovana rješenja zamijene modernim te da se pravo koje ograničava, zabranjuje i sankcioniše određena ponašanja članova porodice transformiše u pravo koje štiti interese članova porodice kojima je potrebna pomoć i zaštita društva i države.¹ Pri tome se mogućnost intervencije u

¹ Opšti trendovi u porodičnom pravu su njegova modernizacija, odnosno prihvatanje i osiguravanje "slobode, jednakosti i sekularnosti." O modernizaciji porodičnog prava vidjeti šire: McGlynn, C, *Families and the European Union Law, Politics and Pluralism*, Durham University, Cambridge University Press 2006.

To što nacionalni zakonodavci, pri donošenju novih i izmjenama pozitivnopravnih propisa, prihvataju savremena rješenja koja su sama po sebi međusobno slična, ima za posljednicu harmonizaciju nacionalnih porodičnih prava.

porodicu i porodične odnose ograničava, pa se dozvoljava samo ukoliko se time neće povrijediti ljudska prava članova porodice, kako odraslih tako i djece, odnosno prava djeteta zagarantovana međunarodnim i evropskim dokumentima.²

Na izmjenu nacionalnih propisa uticali su i utiču akti doneseni od institucija Evropske unije i Vijeća Evrope te praksa Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava.³ Prihvatanje zahtjeva iz ovih dokumenata dovelo je do prihvatanja međusobno sličnih rješenja u nacionalnim porodičnim pravima, odnosno do uređenje pojedinih porodičnih ustanova na sličan način.. Bez ove harmonizacije, pogotovo onih oblasti u kojim postoje velike razlike između nacionalnih pravnih sistema u Evropi, nemoguće je osigurati i postići slobodno kretanje osoba, stvaranje zajedničkog evropskog identiteta - evropskog državljanstva i integrisanog evropskog pravnog prostora.⁴ Međutim, harmonizacija

2 Upravo je i ova tijesna veza između porodičnog prava i ljudskih prava, odnosno obaveze njihovog poštovanja, jedan od faktora koji doprinose harmonizaciji nacionalnih porodičnih prava. Posebno značajni su stavovi Evropskog suda za ljudska prava zauzeti u odlukama donesenim po zahtjevima za utvrđivanje povrede članova 8, 12. i 14. Evropske konvencije za ljudska prava. Postupanje država u skladu s odlukama ovog Suda znatno doprinosi uklanjanju razlika između nacionalnih prava.

3 Neki od evropskih akata, odnosno njihovih odredaba, neposredno su primjenjivi u državama članicama Evropske unije: za privatnopravne subjekte stvaraju prava i obaveze koje se mogu prinudno ostvariti pred nadležnim državnim organima. U ovoj grupi su odredbe Osnivačkih ugovora, a od sekundarnih izvora evropskog prava direktive, odluke i uredbe. Neposredno primjenjive su i konvencije zaključene između država članica. Međutim, donedavno su se nacionalni organi u svojim odlukama uglavnom pozivali na stavove zauzete u evropskoj praksi. Tek u posljednje vrijeme izraženija je primjena zakonskih akata Unije u praksi u državama članicama. Tumačenje i primjena ovih akata doprinosi punijem uticaju i boljoj primjeni komunitarnog prava.

4 Boele-Woelki, K, *The principles of European family law: its aims and prospects*, Utrecht Law Review, Volume 1, Issue 2 (December) 2005, str. 161, dostupno na stranici: <http://www.utrechtlawreview.org/>

Nužnost harmonizacije porodičnog prava evropskih država uočavana je kroz istoriju više puta, tako da su u nekoliko navrata zabilježene više ili manje uspješne aktivnosti radi postizanja njihove unifikacije, odnosno harmonizacije. Tako je još u srednjem vijeku bila izvršena unifikacija kanonskog porodičnog prava, koje je zamijenilo međusobno različita rimsko pravo, s jedne, i varvarska običajna prava, s druge strane. Nastojanja da se postigne harmonizacija porodičnog prava uslijedila su ponovo u 16. vijeku, kada je katolička crkva pokušala harmonizovati u međuvremenu međusobno udaljena porodična prava katoličkih i protestantskih zemalja. Dalja podjela i razilaženje u uređenju porodičnopravnih ustanova u nacionalnim pravima, nastale nakon francuske revolucije i održane i u savremenom pravu, razlog su intenziviranja procesa harmonizacije. Zahvaljujući tome, osnovna karakteristika današnjeg

je poželjna i bit će uspješna ukoliko su prihvaćena rješenja u skladu s kulturom, tradicijom i običajima te ako ona odgovaraju stepenu razvoja društvenih odnosa i potrebama građana.

Značaj ovih akata i sudske prakse došao je do izražaja i u procesu reforme domaćeg prava.⁵ Iako se reformi pristupilo u prvom redu zbog socijalnih i ekonomskih promjena nastalih u periodu od donošenja Porodičnog zakona RBosne i Hercegovine (1979. g.), ona je ipak rezultat i sagledavanja neophodnosti usklađivanja našeg prava sa zahtjevima i standardima postavljenim u međunarodnim i evropskim dokumentima, odnosno osiguranja, u mjeri u kojoj to nije bilo ranije urađeno, realizacije ljudskih prava i sloboda priznatih u ovim dokumentima i u domaćim ustavima. U pripremi reforme razmatrani su uglavnom akti Vijeća Evrope i praksa Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud), u najvećoj mjeri odluke ovog Suda koje se odnose na pravo na poštovanje porodičnog života (član 8).⁶ Na taj način su utvrđene oblasti u kojima je trebalo da se izvrše izmjene ranijih zakonskih rješenja i unutar kojih domaći organi treba da postupaju s većim stepenom pažnje kako svojim odlukama ne bi povrijedili pravo na poštovanje porodičnog života. Uvažavanjem prakse ovog Suda nastojala su se eliminisati zakonska rješenja slična onim iz uporednog prava, povodom kojih je on odlučivao i utvrđivao povredu prava priznatih u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Konvencija). Isto tako, time se htjelo smanjiti broj slučajeva,

porodičnog prava jeste jačanje njegove evropske dimenzije.

5 Ove akte i sudsku praksu u radu označavamo terminom evropsko pravo.

6 Akti doneseni od institucija EU nemaju direktno dejstvo na bosanskohercegovačko pravo, mada se ne može osporiti mogućnost ostvarenja njihovog posrednog dejstva pri donošenju i primjeni zakona. Naime, ukoliko hoće uskladiti unutrašnje pravo s evropskim, što je obaveza Bosne i Hercegovine preuzeta potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, zakonodavac se, pri uređenju pojedinih oblasti odnosa, mora rukovoditi rješenjima prihvaćenim u evropskim propisima. Pri primjeni prava nadležni domaći organi mogu uvažavati propise i zahtjeve sadržane u evropskim aktima te u skladu s njima određivati smisao domaćeg prava. Uporedo s tim, nužno je da domaći organi uvažavaju i praksu Evropskog suda pravde: zakonodavac, ali i sudovi i upravni organi treba da vode računa o stavovima zauzetim u odlukama ovog Suda. Značaj prakse ovog Suda je i u tome što ona dijelom utiče i na evropskog zakonodavca. Za razliku od akata EU i prakse Evropskog suda pravde, praksa Evropskog suda za ljudska prava ostvaruje direktan uticaj na domaće pravo. Isto dejstvo imaju i obavezujući akti Vijeća Evrope, čija uloga u stvaranju evropskog porodičnog prava je nezamjenjiva. Njegovim aktima se promoviše reforma prava, harmonizacija ili kooperacija između država. (u tom smislu Killerby M, *The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)*, u: *Families across frontiers* /edited by Nigel Lowe and Gillian Douglas; the International Society of Family Law, The Hague ; Boston : M. Nijhoff Publishers ; Cambridge, MA, 1996, str. 13 - 14)

odnosno eliminisati slučajeve u kojim bi se pred ovim Sudom Bosna i Hercegovina mogla naći u položaju tužene strane zbog toga što odluke domaćih organa vrijeđaju pravo na poštovanje porodičnog života, načelo zabrane diskriminacije i pravo na zasnivanje braka i porodice.

Određenje pravaca reforme u skladu s praksom Suda je fenomen zajednički većini prava evropskih država. Objašnjenje za to se može naći u metodama koje on primjenjuje u tumačenju odredaba Konvencije. Uz ostale metode, koristi i teleološku i evolutivnu, tako da prihvatanjem novih stavova i shvatanja zauzetih u nauci, društvu i praksi, ovim odredbama određuje novo značenje, drugačije od onog koje su one imale u vrijeme donošenja Konvencije, ali isto tako i onog koje je Sud zauzimao u ranijim predmetima.⁷

Domaći zakonodavci nisu imali isti pristup pri uređenju pojedinih porodičnopravnih ustavova. Porodični zakon Republike Srpske, koji je prvi donesen (2003. godine), ne sadrži krupnije izmjene u odnosu na Porodični zakon RBiH. Naprotiv, u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine (iz 2005. godine) i Porodičnom zakonu Brčko Distrikta (iz 2007. godine) veći broj ustanova je uređen na novi način, u skladu s tendencijama prisutnim u evropskom i uporednom pravu, tako da je u njima jače izražena evropska dimenzija porodičnog prava.

U daljem tekstu će se razmotriti pojedine oblasti porodičnog prava u kojim je izvršena reforma i zauzet će se stavovi o (ne)uspješnosti prihvaćenih rješenja te iznijeti prijedlozi *de lege ferenda* za njihovo uspješnije rješenje, kao i prijedlozi za izmjenu stavova zauzetih u praksi.

1. Oblast bračnog prava

U oblasti bračnog prava najkrupnije promjene u modernom pravu tiču se prava na brak, porodičnog posredovanja, razvoda braka, vanbračne heteroseksualne zajednice i uređenja imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera. U domaćem pravu, međutim, u svim ovim oblastima nisu izvršene izmjene, odnosno one nisu izražene u istoj mjeri.

1.1. Pravo na brak

Oblast bračnog prava u kojoj je kod nas u najmanjoj mjeri došao do izražaja uticaj evropskog i uporednog prava tiče se prava na brak. A upravo

⁷ U velikom broju predmeta, Sud i Komisija su zauzeli, odnosno ponovili stav da se Konvencija mora tumačiti "u svjetlu današnjih uslova", u skladu s novim shvatanjima, uslovima i potrebama života, te naučnim i društvenim razvojem. Ovaj je stav tako zauzet u odluci donesenoj 1979. godine (predmet Marckx p. Belgije) i ponavljan u odlukama donesenim nakon ove, kao i u najnovijim (napr. predmet Mazurek p. Francuske, odluka 1. 2. 2000. godine) (<http://www.echr.fr/hudoc>, pristup 2.7.2002)

su se vezano za ovo pravo desile krupne promjene u uporednom pravu: od 90-ih godina prošlog vijeka nacionalni zakonodavci su počeli legalizovati istospolnu zajednicu, a od početka 21. vijeka i istospolni brak. Tek nakon toga Sud je počeo utvrđivati povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, odnosno prava na brak učinjenu nepriznavanjem ovog prava u nacionalnim zakonima. Isto tako i evropski zakonodavac je tek 2000. godine, u Povelji EU o osnovnim pravima, izostavio vezivanje prava na brak za osobe različitog spola, iz čega se može izvesti zaključak da je nacionalnim zakonodavcima ostavljena mogućnost da ovo pravo priznaju i osobama istog spola.⁸ Zabrana diskriminacije po osnovu spolne orijentacije normirana je u velikom broju evropskih dokumenata obavezujućeg i neobavezujućeg karaktera. Međutim, ni u jednom od obavezujućih dokumenata nije naloženo državama članicama da legalizuju brak ili zajednicu osoba istog spola. U neobavezujućim dokumentima, naprotiv, upućuju se pozivi državama da ih legalizuju, ali se tim pozivima države ne moraju odazvati.

U evropskoj sudskoj praksi dugo nije pružana zaštita osobama istospolne orijentacije, kao ni zajednicama koje su one zasnivale. I Evropski sud pravde i Sud za ljudska prava favorizovali su tradicionalnu konstrukciju porodice, odnosno porodicu zasnovanu na heteroseksualnom braku.⁹ Sud u Strasbourgu sve do 2003. godine nije bio sklon intervenirati u nacionalno pravo i praksu vezane za priznavanje istospolnih zajednica i brakova. U odlukama je stalno ponavljao da član 12. Konvencije

8 Prema članu 9. Povelje, koja je stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora (1. 12. 2009. godine) postala pravno obavezujuća, pravo na stupanje u brak i zasnivanje porodice „zagarantovano je u skladu s nacionalnim zakonima koji uređuju ostvarivanje tih prava.“

Kako je to navedeno u Komentaru Povelje, njen doprinos u ovoj oblasti jeste to što je član 9. formulisan na rodno neutralan način. Odredba ovog člana normira širu zaštitu prava na brak od ostalih instrumenata o ljudskim pravima te mogućnost proširenja pojma braka na oblike izvan tradicionalnog, ukoliko je to normirano nacionalnim zakonodavstvom. Znači, ključnu ulogu ima nacionalni zakonodavac, koji se pri uređenju braka rukovodi društvenim i kulturnim shvatanjima. Ipak, s obzirom na to da je pravo na brak uključeno u instrumente o ljudskim pravima, nacionalni zakonodavci nisu potpuno slobodni u njegovom normiranju, već moraju poštovati minimum standarda zagarantovanih ovim instrumentima (*Commentary of Charter of Fundamental Rights of the European Union*, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, 2006, str. 98) http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf)

9 Tek 2008. godine Sud u Luksemburgu je odlučio u korist istospolnih parova: homoseksualni partner može naslijediti dio penzije svog partnera pod uslovom da je njihov odnos ekvivalentan braku (Odluka donesena 1 aprila 2008 u predmetu C-267/06, Tadao Maruko, www.curia.europa.eu, pristup 3. 4. 2008)

garantuje pravo na brak zrelim osobama različitog biološkog spola i da nedozvoljavanje sklapanja braka homoseksualno orijentisanim osobama ne znači ni povredu prava na poštovanje porodičnog života. U odluci iz 2010. godine promijenio je prvi stav, ali je i dalje ostao pri stavu da se normiranjem ograničenja prava na brak ne krše odredbe člana 12. i člana 14. u vezi s članom 8. Naime, imajući u vidu član 9. Povelje EU o osnovnim pravima, u odluci u predmetu Schalk i Kopf p. Austrije¹⁰ naveo je da više ne može smatrati da pravo na brak mora biti ograničeno na brak osoba različitog spola. I pored toga, zaključio je da član 12. Konvencije ne obavezuje vladu tužene države da pristup braku dozvoli istospolnom paru i da se nenormiranjem ove mogućnosti ne krši odredba ovog člana. Naglašavajući da brak ima društvene i kulturne konotacije, različite u pojedinim društvima, i u ovoj odluci je istakao da svojim odlukama on ne može zamijeniti odluke nacionalnih vlasti (&61 - 64). Sud nije utvrdio ni povredu člana 14. u vezi s članom 8, pošto je austrijsko pravo aplikantima priznalo, kao alternativno sredstvo, mogućnost zasnivanja istospolnog partnerstva kojim stiču pravni status jednak ili sličan braku. Također je konstatovao da, određenjem prava i obaveza priznatih registrovanim partnerima, država nije prekoračila slobodu procjene (margin of appreciation; & 109).¹¹ Za naše zakonodavstvo je posebno važan odgovor Suda na pitanje da li je tužena država trebalo da, prije donošenja Zakona o registrovanom partnerstvu, obezbijedi alternativna sredstva zakonskog priznanja njihove veze? Sud je odgovorio da se propuštanje da se to uradi ne može prigovoriti zakonodavcu (&104. i 106). Znači, još uvijek Sud ne obavezuje države na priznavanje homoseksualno orijentisanim osobama prava na brak i na zajednicu života, pa ni propuštanje tog priznanja ne utvrđuje kao povredu prava priznatih Konvencijom.

U našem pravu nijedan od porodičnih zakona ne priznaje ovim osobama pravo na sklapanje braka ili zajednice, niti ima bilo kakvih naznaka da će se pristupiti reformi u tom pravcu. To, međutim, ne znači da seksualno opredjeljenje može biti osnov za diskriminaciju roditelja: pri odlučivanju o tome koji roditelj će ostvarivati roditeljsko staranje, odnosno

10 Schalk and Kopf v. Austria, Application no. 30141/04, Judgment 2 June 2011, final 22/11/2010

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{), pristup 20. 5. 2011.

11 U kontekstu članova 8. i 14. Konvencije, Sud je zaključio da, s obzirom na brze promjene društvenih stavova prema istospolnim parovima u velikom broju država članica, odnos istospolnih kohabitanata koji žive u stabilnom *de facto* partnerstvu je obuhvaćen terminom „porodični život“, u smislu člana 8, isto kao i par osoba različitog spola (&93 - 110).

s kojim roditeljem će živjeti dijete, ono ne smije biti razlog da se odluka ne donese u korist homoseksualno orijentisanog roditelja. U tom smislu se izjasnio i Sud u predmetu vođenom protiv Portugala, 1999. godine.¹²

Promjene u uporednom pravu su učinjene i priznavanjem prava na brak transseksualcima. U našem pravu ono nije izričito normirano, ali se zbog toga ne dovodi u pitanje, s obzirom da domaći zakonodavci ne zahtijevaju da budući bračni partneri budu različitog biološkog spola. To znači da se u praksi ne bi smjelo spriječiti transseksualca da zaključi brak s osobom suprotnog spola u odnosu na spol kojem on sada pripada. U tom smislu se izjasnio i Sud još 2002. godine: naveo je da nije uvjeren da, u vrijeme kada se odlučuje u ovom predmetu, spol treba da se utvrđuje po čisto biološkim kriterijima (&100).¹³ Uz to, državama nije ostavio punu slobodu da, u okviru slobode procjene, normiraju zabranu sklapanja braka transseksualcu. Nije našao opravdanje za normiranje ove zabrane, već je državama ostavio mogućnost da, između ostalog, odrede uslove za utvrđenje efektivnosti promjene spola ili uslove za poništenje ranijeg braka ove osobe te da normiraju formalnosti primjenjive na buduće brakove (naprimjer, informisanje budućeg bračnog partnera). Sud je zaključio da u ovom slučaju nije učinjena povreda člana 12. Konvencije (&103 - 104).

U domaće pravo su unesena nova rješenja koja transseksualcima omogućavaju ostvarivanje prava na brak. Prihvatanje novih rješenja je učinjeno pod uticajem prakse Suda: u većem broju odluka utvrđena je povreda učinjena od nacionalnih zakonodavaca i/ili nadležnih nacionalnih organa nedozvoljavanjem da se nakon izvršene promjene spola promijene ime i podaci u registrima. Tako je Zakonom o ličnom imenu Federacije Bosne i Hercegovine¹⁴ normirana mogućnost promjene imena u slučaju promjene spola (član 9. stav 2), dok Zakon o matičnim knjigama Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine normiraju mogućnost upisa promjene spola (član 12), na osnovu pravosnažnog rješenja nadležnog organa, odnosno kantonalnog ministarstva unutrašnjih poslova (član 44).¹⁵

12 U predmetu *Salgueiro da Silva Mouta p. Portugala* (1999. g.) utvrdio je diskriminaciju vezanu za povredu prava na poštovanje porodičnog života učinjenu biološkom ocu djeteta kojem dijete nije povjereno nakon razvoda braka isključivo zbog njegove spolne orijentacije - života u zajednici s muškarcem. Značaj ove odluke je u tome što je Sud u njoj prvi put postavio kao princip zabranu diskriminacije zasnovane na spolnoj orijentaciji u uživanju prava priznatih u EKLJP. (Aplikacija 33290/96, Odluka od 21.12.1999, <http://www.echr.fr/hudoc>, pristup 2.7.2002,

13 *Christine Goodwin v. UK*, Application no. 28957/9, Judgment 11 July 2002, dostupno na stranici: <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2002/588.html>

14 «Službene novine Federacije BiH», broj 7/12 /27.1.2012./

15 «Službeni glasnik Republike Srpske», broj 111/09; «Službene novine Federacije BiH», broj 37/12 /3.5.2012./

Ukoliko promjenu spola izvrši osoba koja je roditelj, pa se po prestanku braka odlučuje o tome s kojim roditeljem će dijete ostati živjeti, to što je roditelj promijenio spol ne bi se moralo *a priori* smatrati kao dokaz njegove nesposobnosti da bude dobar roditelj. Utvrđenje nesposobnosti djeteta da bez problema prihvati roditelja kao pripadnika novog spola te mogućeg negativnog uticaja koji će ova promjena imati na razvoj ličnosti djeteta, opredijelit će sud da odluči ne samo da dijete ostane živjeti s drugim roditeljem, već i da ograniči ili čak zabrani kontakte i odnose djeteta s tim roditeljem.¹⁶

Transseksualcima ne treba onemogućiti ni zasnivanje roditeljskog odnosa usvojenjem i medicinski pomognutom oplodnjom. U evropskoj praksi se još uvijek u slučaju ovakve zabrane ne utvrđuje povreda prava na poštovanje porodičnog života.¹⁷ Međutim, evolucija prakse ide u pravcu priznavanja i ovog prava: ako je priznato pravo na brak, nema razloga da se ne prizna zasnivanje roditeljskog odnosa s djecom koja se rode, odnosno usvoje u tom braku.

1.2. Porodično posredovanje

Pri uređenju ustanove porodičnog posredovanja, odnosno mirenja, vezanog za razvod braka, u našem pravu se vodilo računa, ali ne u potrebnoj

16 U predmetu *P.V. p. Španije* (No 35159/09, 30. 11.2010), koji je aplikantica pokrenula tvrdeći da su španski organi povrijedili član 8. Konvencije time što su joj ograničili pravo na viđanje sina nakon što je promijenila spol, Sud je zauzeo stav da transseksualnost aplikantice nije bila odlučujući motiv za izmjenu odluke o prvobitnom uređenju posjeta. Naprotiv, utvrdio je da je u donošenju odluke prevladao najviši interes djeteta: španski sudovi su, imajući u vidu emocionalnu nestabilnost aplikantice, dali prednost interesu djeteta da se postepeno privikne na izvršenu promjenu spola njegovog roditelja (&36). Zbog toga je ocijenio da ograničenje sporazuma o posjetama nije rezultat diskriminacije po osnovu aplikanticine transseksualnosti i zaključio da nije povrijeđen član 8. u vezi s članom 14. KLJP (&37). (Odluka dostupna na stranici:

http://www.icam.es/docs/web3/doc/AsuntoEspanaDemanda35159_09.pdf)

17 Stav koji je Sud zauzeo 1997. godine u predmetu *X, Y i Z protiv Ujedinjenog Kraljevstva* ostao je nepromijenjen. U odluci u ovom predmetu zaključio je da nadležni nacionalni organi nisu povrijedili član 8. Konvencije time što su, na osnovu toga što domaće pravo registraciju oca veže za činjenicu njegovog biološkog muškog spola, odbili zahtjev aplikanta (žene koja je promijenila spol) da prizna očinstvo djeteta koje je njegova partnerica začela vještačkom oplodnjom. Pošto su živjeli u stabilnoj zajednici u kojoj je transseksualac stalno imao ulogu muškog partnera i starao se o djetetu kao otac, Sud je priznao postojanje porodične veze između partnera, ali je ipak ograničio roditeljsko pravo transseksualca. (*X, Y and Z v. the United Kingdom*, no. 21830/93, 22. 04. 1997, Izvod iz Odluke objavljen u RTDH 1998/33, str.118 - 131)

i dovoljnoj mjeri, o zahtjevima, standardima i načelima iz preporuka Vijeća Evrope o porodičnom posredovanju.¹⁸

Rješenja u našim porodičnim zakonima su različita - u zakonu Republike Srpske zadržana je, odnosno u zakonu Brčko Distrikta normirana je ustanova mirenja, dok je u zakonu Federacije BiH ona zamijenjena ustanovom posredovanja. Međutim, između ovih rješenja ne postoje značajnije razlike koje bi se ticale sadržaja ovih ustanova.

Jedna od izmjena učinjenih u Porodičnom zakonu FBiH, po kojoj se on razlikuje od druga dva domaća zakona, tiče se nadležnosti za posredovanje. S organa starateljstva, koji je po ovim zakonima ostao nadležan za posredovanje, u federalnom zakonu ono je preneseno na fizičke i pravne osobe ovlaštene za posredovanje (član 45. stav 1). Međutim, rezultat koji se htio postići ovom izmjenom - uspješnije vođenje i okončavanje ovih postupaka u odnosu na dotadašnju praksu, izostao je. U podzakonskom aktu, Pravilniku o uslovima koje mora ispunjavati osoba ovlaštena na posredovanje, propušteno je normirati uslove koji bi osigurali da na posredovanju rade za to kvalifikovane osobe: posjedovanje potrebnih znanja i vještina; njihovu posebnu obučenost, osposobljenost i stručnost u oblasti posredovanja, stečene prethodnom edukacijom; obavezno redovno nastavljanje obuke s ciljem proširivanja znanja i daljeg razvijanja vještina radi unapređivanja i uspješnog provođenja posredovanja. Ovaj propust je nužno otkloniti, u skladu s relevantnim principima sadržanim u evropskim dokumentima..¹⁹

O (ne)obaveznosti učešća bračnih partnera u postupku posredovanja, u domaćem pravu također postoje različita rješenja. Porodični zakon Federacije BiH (dalje, na odgovarajućim mjestima: PZ FBiH) i Porodični zakon Republike Srpske (dalje, na odgovarajućim mjestima: PZ RS) posredovanje, odnosno mirenje normiraju kao obavezno: u slučaju neopravdanog neodazivanja oba bračna partnera (član 49. stav 1. PZ FBiH, osim ako se radi o partneru koji se nasilnički ponaša prema drugom bračnom partneru), odnosno oba ili onog bračnog partnera koji namjerava podnijeti tužbu za razvod braka (član 60. stav 2. PZ RS), postupak će se

18 Preporuka o porodičnom posredovanju Rec No. R (98), Preporuka broj 1639 (2003) 1 koja se odnosi na porodično posredovanje i ravnopravnost spolova, Dopuna prethodne Preporuke (Reply (CM/AS (2004) Rec 1639 final)

19 Pored pomenutih preporuka VE, principi koji se tiču kvalifikacija ovih osoba sadržani su i u slijedećim aktima: Osnovnim standardima za obuku u porodičnom posredovanju, Smjernicama za bolju primjenu preporuka koje se tiču porodičnog i građanskog posredovanja te Pravilniku o praksi u porodičnom posredovanju u rastavi i razvodu (Šire o ovim aktima u: Bubić, S, *Ustanova porodičnog posredovanja u evropskom, njemačkom i domaćem pravu*, Nova pravna revija, 2011.)

obustaviti. Ukoliko se nakon njegovog obustavljanja podnese tužba ili zahtjev za sporazumni razvod, odnosno zajednički prijedlog za razvod braka, sud će taj podnesak odbaciti (član 49. stav 3, odnosno član 60. stav 4). Prihvatanjem ovakvog rješenja, ova dva zakona su odstupila od stava zauzetog u Preporuci VE iz 1998. godine da, u načelu, posredovanje ne treba da bude prisilno. Istina, s obzirom da je navedeno “u načelu”, to znači da nije isključena mogućnost da ono u nacionalnim pravima bude normirano kao obavezno. U uporednom pravu strankama je uglavnom ostavljeno da odluče hoće li spor pokušati riješiti u postupku posredovanja ili će odmah pokrenuti sudski postupak.²⁰

Uskraćivanjem mogućnosti pokretanja postupka za razvod braka zbog izostanka iz postupka posredovanja, krši se pravo na pristup sudu, koje je jedan od aspekata prava na pravično suđenje (iz člana 6. Konvencije). Stoga je ova rješenja, mada prihvaćena u prvom redu radi zaštite interesa djeteta, nužno izmijeniti.²¹ U prilog ovome navodimo odredbu Direktive 2008/52/EC Evropskog parlamenta i Vijeća o nekim aspektima posredovanja u građanskim i trgovačkim predmetima (2008. godina),²² koja ne dovodi u pitanje nacionalno zakonodavstvo koje normira obavezno korištenje posredovanja pod uslovom da se takvim rješenjem ne sprečavaju stranke u ostvarivanju njihovog prava na pristup sudu (član 5).

Rješenje o obaveznosti posredovanja trebalo bi da se izostavi.²³ Zahtjevi zbog kojih je posredovanje u važećem pravu normirano kao obavezno su opravdani, ali se njima može udovoljiti i na drugi način. Prihvatljiv je stav da je od prisiljavanja na posredovanje efikasnije ohrabrivati strane na posredovanje, uz vršenje odgovarajućeg, pažljivo odmjerenog pritiska na njih. Uz to je važno da se one pripreme da posredovanje shvate kao fazu koja prethodi ostvarenju prava da sud donese odluku o njihovom zahtjevu.²⁴

20 Rješenje o neobaveznosti posredovanja prihvaćeno je u svim zemljama koje su u svoje zakone implementirale Direktivu Evropskog parlamenta i Vijeća o nekim aspektima posredovanja u građanskim i trgovačkim predmetima iz 2008. godine.

21 Njegovom izmjenom će se i eliminisati postupanje u praksi suprotno ovoj zakonskoj odredbi: neodbacivanje, od sudova s područja Federacije BiH, zahtjeva za razvod i onda kada je postupak posredovanja obustavljen zbog izostanka jednog od bračnih partnera.

22 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>

23 V. šire: Duman, Dž, *Posredovanje u porodičnom pravu*, magistarski rad, Pravni fakultet u Sarajevu 2007, str. 78 - 81.

24 Wade, G., *Mediation: Article 6, Mandatory Mediation and the Hallmark Democracy*,

Slijedeće značajno pitanje u ovoj oblasti tiče se vremena provođenja posredovanja - normiranja posredovanja kao postupka koji prethodi brakorazvodnom postupku ili kao faze ovog postupka. Rješenje Porodičnog zakona Brčko Distrikta (dalje, na odgovarajućim mjestima: PZ BD) se, vezano i za ovo pitanje, razlikuje od rješenja druga dva zakona. Ovaj Zakon normira pokretanje postupka mirenja nakon pokretanja brakorazvodnog postupka (član 42), dok je u druga dva zakona posredovanje izdvojeno iz ovog postupka (stav 1. člana 45. PZ FBiH, odnosno član 57. PZ RS). Normiranje posredovanja prije i izvan sudskog postupka za razvod ima brojne prednosti,²⁵ ali su one kod nas ostale bez efekta zbog sankcionisanja izostanka bračnih partnera nemogućnošću pokretanja brakorazvodnog postupka. U preporukama o porodičnom posredovanju ovo pitanje se ne pominje, a u odredbama pomenute Direktive normira se da će države članice osigurati da stranke koje se odluče za posredovanje radi rješenja spora neće biti spriječene naknadno pokrenuti sudski ili arbitražni postupak u vezi s tim sporom kao i da za vrijeme trajanja posredovanja dolazi do odlaganja ili do prekida toka rokova određenih za pokretanje i vođenje sudskog postupka, tj. do prekida rokova zastare (član 8. stav 1).

Imajući u vidu probleme nastale u našoj sudskoj praksi zbog normiranja obaveznog postupka posredovanja, izdvojenog iz sudskog postupka za razvod braka, a u isto vrijeme uzimajući u obzir rezultate istraživanja evropskog i uporednog prava, čini se najprihvatljivijim posredovanje ponovo uključiti u brakorazvodni postupak. Njegovo uređenje kao faze brakorazvodnog postupka, čak i kada je normirano kao obavezno, ne bi moralo značiti povredu prava na pristup sudu. U isto vrijeme ne bi se vrijeđalo ni pravo na suđenje u razumnom roku, kao aspekt prava na pravično suđenje. Sud ne bi zakazivao pripremno ročište prije no što okonča postupak posredovanja, a to ne bi imalo za posljedicu duže trajanje brakorazvodnog postupka, jer strane u postupku

Date: June 15th, 2010; <http://www.cpdseminars.ie/articles/mandatory-mediation-and-the-hallmark-of-democracy>

25 U prilog ovome navodimo belgijsko iskustvo koje pokazuje da, iako se partneri mogu obratiti službi za posredovanje u bilo kojem momentu, idealan moment za posredovanje jeste prije no što su strane iskristalisale svoje pozicije. Vrijeme posredovanja može uticati i na uspjeh ili neuspjeh posredovanja, zajedno sa spremnošću strana na pregovaranje, sposobnostima za neposredan dijalog, stavom i vrstom saradnje drugih učesnika - sudija, tužilaca, advokata, socijalnih radnika. (van den Steen, H, *Une autre maniere d'aider les familles; La mediation familiale: Experience Belge*, http://www.centrovolontariato.net/daphne/matilde/ancora_matilde/varna/belgio/02_mediation_familiale_fr.pdf), pristup 22.10.2011.)

posredovanja traženu pravdu mogu dobiti brže (uz to i jeftinije), tako da posredovanje može pomoći u zaštiti i realizaciji ovih prava. Kraćem trajanju brakorazvodnog postupka doprinijelo bi i postizanje sporazuma o djeci u postupku posredovanja, pošto se time sud oslobađa obaveze raspravljanja i odlučivanja o pitanjima koja su predmet ovog sporazuma.

Isto tako, uzimajući u obzir rješenja koja postoje u uporednom pravu, trebalo bi da se, u okviru postupka posredovanja, razmotri i odvajanje mirenja od postupka namijenjenog za postizanje zakonom predviđenih sporazuma kojim se štiti interes djece i slabijeg bračnog partnera.

Pored posredovanja u užem smislu – pri razvodu braka, PZ FBiH normira i posredovanje u širem smislu. Naime, u nadležnosti osobe ovlaštene na posredovanje je i pružanje stručne pomoći i zaštite prava i interesa djeteta i ostalih članova porodice, rješavanje sporova između članova porodice, kao i svi slučajevi poremećenih porodičnih odnosa, a posredovanje je normirano i za odlučivanje o tome s kojim roditeljem će živjeti dijete onda kada se roditelji o tome nisu sporazumjeli. Prednosti posredovanja u širem smislu nisu iskorištene u praksi, s obzirom da se posredovanje provodi samo u slučaju razvoda braka. U praksi je nužno ove propuste ukloniti.

1.3. Razvod braka i njegove posljedice

U domaćem pravu pri uređenju razvoda braka pošlo se od shvatanja da bračnim partnerima u slučaju nastale poremećenosti bračnih odnosa, ukoliko je ona teška i trajna, treba dati mogućnost da traže razvod braka bez obzira na to šta ju je izazvalo, odnosno bez obzira na to da li je ona posljedica njihovog skrivljenog ili neskrivljenog ponašanja. Između naših zakona postoje određene razlike u uređenju ove ustanove, naročito sporazumnog razvoda braka. Sistem razvoda lijeka je, s određenim razlikama, odnosno u različitim varijantama, prihvaćen u zakonodavstvu velikog broja evropskih država.

Potreba za reformom, odnosno određenim izmjenama domaćih porodičnih zakona u ovoj oblasti nije jednako izražena, s obzirom da njihova rješenja nisu identična. Ukoliko se odluče za drugačije uređenje razvoda braka i postizanje harmonizacije, zakonodavci se mogu rukovoditi, kao preporukama, Principima evropskog porodičnog prava u oblasti razvoda i izdržavanja između bivših bračnih partnera, formulisanim od Komisije za evropsko porodično pravo (CEFL).²⁶ Cilj ustanovljavanja ovih principa je

²⁶ Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses, (2004), dostupno na stranici: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>

harmonizacija porodičnog prava u Evropi, dok se principima koji se tiču samog razvoda želi i “dedramatizovati razvod bez zanemarivanja interesa djeteta i slabijeg bračnog partnera”, a favorizujući sporazumni u odnosu na jednostrani razvod.²⁷

Prema Principima, brak se može razvesti na osnovu međusobne saglasnosti bračnih partnera i bez saglasnosti jednog od njih. Dok je za jednostrani razvod uslov faktička odvojenost u trajanju od godinu dana, za sporazumni razvod ova odvojenost se ne zahtijeva (princip 1:4). Od momenta pokretanja postupka za sporazumni razvod, ukoliko bračni partneri u tom momentu imaju djecu mlađu od 16 godina, mora proteći period za razmišljanje, čije trajanje zavisi od toga da li su oni postigli sporazum o svim posljedicama razvoda braka. Ako jesu, trajanje ovog perioda je određeno na tri mjeseca, a u protivnom na šest mjeseci. Protek perioda za razmišljanje ne zahtijeva se kada bračni partneri nemaju djecu mlađu od 16 godina, a postigli su sporazum o izdržavanju, kao ni kada su bili faktički odvojeni šest mjeseci (princip 1:5).

U Porodičnom zakonu Federacije BiH, pored sporazuma o svim pitanjima koja se tiču djeteta, koji moraju biti u njegovom interesu, te sporazuma o izdržavanju bračnog partnera (postignutih u postupku posredovanja), uslov za sporazumni razvod braka jeste i trajanje braka najmanje šest mjeseci (član 44). Ovaj drugi uslov, isto kao i period za razmišljanje, sprečava nepromišljene sporazumne razvode, mada samo neposredno nakon sklapanja braka. Kako bi se isti cilj postigao i u brakovima koji su duže trajali, prihvatljivijim se čini kao uslov normirati, umjesto trajanja braka, period za razmišljanje. Dužina ovog perioda bi trebalo da se odredi slično kao u principu 1:5. Isto tako, iz Principa bi trebalo preuzeti i uslov koji se tiče postizanja sporazuma o podjeli bračne stečevine.

Izraženi potreba za izmjenama uređenja ustanove sporazumnog razvoda braka postoji u pravu Republike Srpske. Za zadržavanje postojećeg restriktivnog rješenja, preuzetog iz ranijeg bosanskohercegovačkog prava, o nemogućnosti sporazumnog razvoda bračnih partnera koji imaju maloljetnu djecu (član 55. PZ), ne postoje razlozi i opravdanje. Između ostalog, to je posljedica činjenice da ova zabrana nije jedini način da se osigura zaštita najboljeg interesa djece. On se uspješnije može zaštititi uslovljavanjem sporazumnog razvoda postignutim sporazumom o svim spornim pitanjima koja se tiču djece.

²⁷ Boele-Woelki, K, op.cit. str. 164.

Rješenje Porodičnog zakona Brčko Distrikta treba također da se izmijeni. Ovaj zakon ne normira mogućnost sporazumnog razvoda, već samo mogućnost podnošenja sporazumnog prijedloga za razvod braka u slučaju da bračni partneri imaju djecu nad kojom vrše roditeljsko pravo. Kao i u postupku pokrenutom tužbom, i ovdje sud, da bi donio odluku o razvodu, treba da utvrdi tešku i trajnu poremećenost bračnih odnosa (član 40).

Princip 1:8 se odnosi na razvod braka po tužbi: bez saglasnosti jednog od bračnih partnera, razvod braka će se dozvoliti ukoliko su partneri faktički odvojeni godinu dana. U slučaju jednogodišnje faktičke odvojenosti pretpostavlja se poremećenost odnosa, pa ona ne treba da se utvrđuje, što olakšava zadatak suda, a bračnog partnera oslobađa obaveze njenog dokazivanja.²⁸ Mogućnost razvoda bez ove faktičke odvojenosti predviđena je samo u slučajevima izuzetne teškoće za tužioca (princip 1:9). I pored prednosti ovog principa, domaći zakonodavci bi trebalo da ga opreznije razmotre. Faktički prekid bračne zajednice i trajanje tog prekida propisano vrijeme ne treba da bude jedini uzrok za razvod braka, već razvod treba da se dozvoli i onda kada bračna zajednica nije prekinuta. U zakonu bi se faktička odvojenost mogla normirati kao pretpostavka poremećenosti bračnih odnosa, pa je bračni partner - tužilac ne bi morao dokazivati, niti sud utvrđivati.

Uređenje izdržavanja razvedenih bračnih partnera u domaćem pravu se ne razlikuje od načina na koji je to učinjeno u Principima.

Rješenja domaćih zakona (PZ FBiH i PZ RS) o vremenskom ograničenju prava na tužbu muža trebalo bi preispitati, pogotovo ono sadržano u članu 53. PZ FBiH, koje ovo pravo ograničava na vrijeme od tri godine od rođenja djeteta. Normiranje ovako dugog perioda moglo bi se ocijeniti kao povreda muževog prava na poštovanje porodičnog života.

1.4. Vanbračna zajednica

Radi popravljivanja položaja vanbračnih partnera i lakše realizacije njihovih prava priznatih u domaćem zakonodavstvu, nužno je normirati njenu registraciju, pri čemu treba da se razmotre rješenja prihvaćena u uporednom evropskom pravu, odnosno njihove dobre i loše strane. U našem pravu vanbračni partneri u svakom konkretnom slučaju, kada postave zahtjev proizišao iz njihove zajednice, moraju dokazati postojanje i trajanje zajednice života. Potreba za ovim dokazivanjem bi se eliminisala samim podnošenjem izvoda iz registra u kojem su uneseni podaci o

²⁸ Nepostojanje potrebe utvrđivanja stanja bračnih odnosa tumači se kao napuštanje principa nepovratne propasti braka (ibid.).

zasnivanju zajednice. Osim toga, registracijom bi se otklonili i problemi s kojim se susreću vanbračni partneri, a zbog zauzetog pogrešnog stava u domaćoj sudskoj praksi o nemogućnosti podnošenja deklarativne tužbe, odnosno tužbe za utvrđenje postojanja vanbračne zajednice. Ovakav neprihvatljiv stav posljedica je pogrešnog shvatanja redovnih sudova o tome da je vanbračna zajednica činjenica, a ne pravni odnos. A pošto se tretira kao činjenica, to nije ni moguće podnijeti utvrđujuću tužbu, kojom se u pravilu, prema odredbama Zakona o parničnom postupku, može zahtijevati samo utvrđivanje postojanja prava ili pravnog odnosa (član 54. stav 1. ZPP FBiH).²⁹

Dok zakonodavac ne bude normirao pitanje registracije vanbračne zajednice (nadležnost i formu), nužno je da je sudovi počnu tretirati kao pravni odnos, uvažavajući činjenicu da je zakonodavac odredio njen pojam i uredio njena dejstva, odnosno priznao prava i obaveza vanbračnih partnera.³⁰ To će imati za posljedicu i postupanje po utvrđujućoj tužbi, odnosno prejudicijelnom zahtjevu za utvrđenje ove zajednice. Odluka o postojanju vanbračne zajednice donesena po ovoj tužbi ili prejudicijelnom zahtjevu ima snagu *res iudicata*, tako da bi otpala potreba da se, u svakom budućem postupku koji se bude vodio između vanbračnih partnera, ponovo dokazuje nastanak i trajanje njihove zajednice.

29 Međutim, sudovi pri tome ipak nisu dosljedni. Dok iz ovog razloga odbacuju tužbe za utvrđenje postojanja vanbračne zajednice, u isto vrijeme zaključuju da se ovakav zahtjev može postaviti u obliku prejudicijelnog pravnog pitanja u nekom drugom parničnom ili upravnom postupku u kojem se ostvaruju druga prava. Znači, prvi stav zauzimaju tretirajući vanbračnu zajednicu kao činjenicu, dok je pri zauzimanju drugog stava smatraju pravnim odnosom, budući da se prejudicijelnim zahtjevom, prema članu 54. stav 3. ZPP, može tražiti samo utvrđenje postojanja ili nepostojanja pravnog odnosa.

Ovu nedosljednost i kontradiktornost u rezonovanju redovnih sudova naglasio je Ustavni sud BiH u Odluci od 13.06.2012. u predmetu AP-2900/09, u kojoj je zaključio da “postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kada su nadležni sudovi arbitrarno primijenili odredbe čl. 12. i 54. ZPP-a u apelantičinom slučaju tumačeći da se utvrđivanje postojanja vanbračne zajednice smatra utvrđivanjem činjenice a ne pravnog odnosa, budući da niti jedna zakonska odredba ne upućuje na ovakvo tumačenje, već da, naprotiv, iz odredbi čl. 2, 213, 230. do 234, 263. i 380. Porodičnog zakona proizlazi da se radi o pravnom odnosu.” Iz istih razloga ovaj Sud je na identičan način odlučio i u predmetu AP-2860/09, Odluka od 10.10.2012. (odluke Suda dostupne na web stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba)

30 U prilog tome izjasnio se i Ustavni sud BiH u odlukama navedenim u fusnoti 29.

1. 5. Imovinski odnosi bračnih i vanbračnih partnera

Pri uređenju zakonskog imovinskog režima u domaćim zakonima učinjene su izmjene u odnosu na raniji zakon vezano za bračnu/vanbračnu stečevinu. Kao što je to urađeno u dijelu uporednog prava,³¹ normirano je da je ona po prirodi suvlasništvo s jednakim dijelovima bračnih/vanbračnih partnera, s tim što se u Porodičnom zakonu Republike Srpske pretpostavka o jednakim dijelovima supružnika u zajedničkoj imovini može oboriti i dokazivati veći udio jednog od njih. Izmjena se tiče i izričitog normiranja izuzetaka od načina sticanja bračne stečevine radom.

Po prvi put u našem pravu je, također pod uticajem rješenja prihvaćenih u uporednom pravu, uređen ugovorni imovinski režim, odnosno mogućnost zaključenja bračnog/vanbračnog ugovora. Rješenja u uporednom pravu su različita.³²

Što se tiče forme ovog ugovora, najprihvaćenije rješenje je normiranje njegovog sklapanja u obliku notarski obrađene isprave. Ono je preuzeto i u domaćim zakonima. Obavezivanjem notara na aktivno učešće u sklapanju ugovora, a ne samo normiranjem ovjere već zaključenog ugovora između bračnih/vanbračnih partnera, osiguravaju se na najpotpuniji način njihov interesi. Naime, notar im daje potrebne savjete, provjerava jesu li ispunjeni svi uslovi za punovažnost ugovora, posebno vodi računa o zaštiti neiskusnog i pravu nevještog bračnog partnera. Uspješno je i rješenje prihvaćeno u domaćim zakonima o vremenu sklapanja ovog ugovora – prije sklapanja braka i u toku njegovog trajanja. Radi zaštite interesa bračnih partnera, trebalo bi da se izričito normira mogućnost izmjene ili raskida zaključenog ugovora.

Zakonske odredbe kojima je predmet ovog ugovora samo generalno određen, kao uređenje imovinskopravnih odnosa bračnih partnera, bez preciznijih naznaka sadržaja ugovora, u praksi su pokazale slabosti. Da bi se izbjegle nedoumice i sporovi o mogućoj sadržini, a i bračni partneri zaštitili od unošenja u bračne ugovore odredaba koje mogu biti

31 Imovinski odnosi između bračnih partnera su predmet (četvrtog) seta principa koje će Komisija za evropsko porodično pravo prezentirati u toku 2013. godine. (informacija dostupna na: <http://ceflonline.net/principles/>)

32 Oblast imovinskih odnosa nije harmonizovana, ne postoje evropski dokumenti koji uređuju ove odnose. Razlog za to nije nepostojanje potrebe za harmonizacijom, s obzirom da su razlike koje postoje u nacionalnim pravima smetnja stvaranju i razvoju jedinstvenog evropskog tržišta i njegovoj efikasnosti. Zbog toga se u posljednje vrijeme pokazuje poseban interes i počinju se preduzimati aktivnosti radi pripreme i donošenja evropskih dokumenata, a u cilju harmonizacije rješenja nacionalnih zakona. Sva pitanja koja se tiču imovinskih odnosa bračnih partnera nisu jednako podobna za harmonizaciju, tako da će se ovaj proces međusobnog približavanja nacionalnih propisa odvijati različitim tempom.

poništene, u zakonu bi trebalo da se izričito odredi predmet ovog ugovora. Ispravno i prihvatljivo je zakonom usloviti unošenje i izmjenu pojedinih odredaba ugovora time da one ne smiju biti suprotne interesima djece i bračnih/vanbračnih partnera, kao što je to urađeno u dijelu uporednog prava. Također je nužno otkloniti i propust učinjen u domaćim zakonima nenormiranjem registracije bračnih/vanbračnih ugovora. U uporednom pravu javnost ovih ugovora se osigurava na različit način - intervencijom notara, upisom u registar građanskog stanja ili u posebne registre. Najbolje rješenje je uspostavljanje posebnih registara bračnih ugovora, u koje bi se upisivali svi zaključeni ugovori. Međutim, kako se uspostavljanje ovih registara kod nas ne može očekivati, trebalo bi da se normira upis bračnih ugovora u postojeće registre – zemljišne knjige i druge odgovarajuće javne registre.

2. Oblast roditeljskog prava

Na uređenje ove oblasti porodičnog prava snažan uticaj su ostvarili evropski i međunarodni dokumenti. U prvom redu radi se o normiranju prava djeteta, odnosno njegovog položaja u odnosu na roditelje i ostale srodnike, ali i u odnosu na državne organe. Promjene se tiču i roditeljskog staranja, a među njima su naročito izražene one koje regulišu njegovo ostvarivanje.

2.1. Prava djeteta

Nova rješenja o pravima djeteta, prihvaćena u porodičnim zakonima Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta, rezultat su uvažavanja zahtjeva postavljenih državi i roditeljima u UN Konvenciji o pravima djeteta. Poštovanje prava iz ove Konvencije, među kojima su i ona koja čine posebnu grupu – grupu procesnih prava, koja su predmet Evropske konvencije o ostvarivanju dječjih prava, a uređena su i u Povelji EU o osnovnim pravima, osigurano je zakonskim odredbama, kako onim materijalne, tako i procesne prirode. Ovi zakoni su priznali djetetu sva prava iz oblasti porodičnih odnosa, normirana u ovim dokumentima, pri tome uvažavajući i stavove Suda, naročito one zauzete u predmetima koji se tiču ostvarivanja roditeljskog staranja i kontakata djece s roditeljima. Postupajući u skladu s njima, nadležni organi moraju osigurati najbolji interes djeteta.

Ovdje će se pažnja zadržati na procesnim pravima, čijom realizacijom - aktivnim učešćem djeteta u postupku pred sudom i upravnim organom,

dobijanjem potrebnih informacija, formiranjem vlastitog mišljenja i njegovim izražavanjem, se zaokružuje položaj djeteta kao subjekta sui generis, kao osobe koja ima autonoman položaj. Dva domaća zakona su priznala djetetu pravo na izražavanje i uvažavanje vlastitoga mišljenja (u skladu s njegovim uzrastom i zrelošću), pravo da traži zaštitu svojih prava pred nadležnim organom i pravo na posebnog staraoca u slučajevima određenim u ovim zakonima (član 125. PZ FBiH i član 108. PZ BD). Pored toga, u više procesnopравnih, ali i materijalnopравnih odredaba, obavezani su sud i organ starateljstva da djetetu daju informacije koje će mu omogućiti da shvati predmete povodom kojih se vodi postupak i da o njima zauzme stav. Između ostalog, u odredbama člana 149, odnosno 132. normirana je obaveza nadležnog organa da, u svim postupcima u kojima se odlučuje o roditeljskom staranju i povjeravanju čuvanja i odgoja djeteta, djetetu daju potreban savjet, da ga upoznaju s činjenicama koje su važne za donošenje odluke i s posljedicama odluke koja će se donijeti u postupku u kojem učestvuje, te da mu omoguće da izrazi svoje mišljenje. Porodični zakon FBiH je otišao i dalje od zahtjeva postavljenih u navedenim dokumentima, priznavanjem djetetu ne samo prava da učestvuje u postupku, već i prava da pokrene takav postupak. Radi se o vanparničnim postupcima za oduzimanje prava roditelju da živi s djetetom i postupak za oduzimanje i vraćanje roditeljskog staranja, za davanje dozvole za sklapanje braka, za sticanje poslovne sposobnosti maloljetnika koji je postao roditelj, za zabranu roditelju koji ne živi s djetetom da se neovlašteno približava djetetu i uznemirava ga (član 145. stav 5). Od dodatnih procesnih prava, normiranih u Konvenciji o ostvarivanju dječjih prava, priznato mu je pravo na ostvarivanje prava stranke u ovakvim postupcima: dijete starije od 14 godina i sposobno shvatiti značenje i posljedice svojih radnji, može kao stranka ili učesnik u postupku samostalno preduzimati parnične radnje (član 271. stav 1, odnosno 248. stav 1), čime mu je priznata parnična sposobnost. Iz navedenog proizlazi da je zakonodavac dodatno osigurao zaštitu ovih prava normiranjem obaveza nadležnih organa. Oni moraju postupati u skladu s ovim zakonskim odredbama, a uspješnost ostvarenja prava djeteta zavisi od njihove spremnosti i sposobnosti.³³

33 Na nezadovoljavajuću praksu u ovoj oblasti ukazuje izražena zabrinutost Komiteta za prava djeteta zbog toga što „stvarna primjena zakona koji priznaje prava djece da izraze svoje stavove u odlukama koje utiču na njih, uključujući i u pravnim postupcima koji se na njih odnose, rijetko se primjenjuje i sistematski je ne prate socijalni radnici i sudovi“ (t. 33. a), odnosno njegova preporuka državi da „preduzme mjere kako bi se osigurala efikasna primjena zakonodavstva kojim se priznaju prava djece da izraze svoje stavove u pravnim postupcima koji se na njih odnose, uključujući uspostavljanje sistema i/ili postupaka za socijalne radnike i sudove za

2.2. Oспорavanje bračnog očinstva

Evropska praksa je uticala na proširenje kruga ovlaštenika na tužbu za osporavanje bračnog očinstva u domaćem pravu: pravo na tužbu je priznato muškarcu koji sebe smatra ocem djeteta (član 84. PZ FBiH i član 70. PZ BD). Ovo rješenje u većoj mjeri štiti pravo djeteta da zna ko su mu roditelji - u situaciji kada pretpostavljeni roditelji ne žele osporiti očinstvo, tužba prirodnog oca će osigurati realizaciju ovog djetetovog prava. Radi sprečavanja neosnovanog miješanja u porodične odnose, pravo prirodnog oca na ovu tužbu je ograničeno uslovom da je s majkom djeteta živio u zajednici u vrijeme začeća djeteta ili da ju je zasnovao prije rođenja djeteta te da istom tužbom traži da se utvrdi njegovo očinstvo. Isti cilj je postignut i priznavanjem prava na osporavanje materinstva ženi koja sebe smatra majkom djeteta.

Razlog za unošenje ovog rješenja je, između ostalog, stav koji je Sud zauzeo u predmetu iz 1994. godine: poštovanje porodičnog života zahtijeva davanje prednosti biološkoj realnosti pred zakonskom pretpostavkom o očinstvu djeteta, tako da prirodnom ocu ne treba da se uskrati pravo da osporava očinstvo djeteta rođenog u braku.³⁴ Međutim, u odluci iz 2010. godine,³⁵ uzeo je u obzir slobodu procjene priznate državi u uređenju porijekla i zaključio da ne postoji konsenzus na evropskom nivou o tome da li domaći zakon mora omogućiti biološkom ocu da osporava prezumirano očinstvo muža. Utvrdio je da odnosi koji postoje između aplikanta - prirodnog oca i djece čine "porodični život", ali je zauzeo stav da tužena država nije dužna normirati mogućnost osporavanja

praćenje poštivanja ovog principa (t. 34. a) (Zaključna zapažanja Kombinovanog drugog, trećeg i četvrtog Periodičnog izvještaja Bosne i Hercegovine, usvojena na 61. sjednici Komiteta za prava djeteta /17. septembar - 5. oktobar 2012. godine/, dostupna na stranici:

<http://www.mhrr.gov.ba/PDF/djeca/Bosanska%20v%20FINAL%20prevod%20ISPRAVNE%20VERZIJE1.pdf>

34 Odluka u predmetu *Kroon i drugi p. Holandije* (Application no. 18535/91, Judgment 27 October 1994, dostupna na stranici [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00157904#{"itemid":\["001-57904"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00157904#{)), para. 40)

35 Radi se o predmetu *Chavdarov p. Bugarske* (du 21 decembre 2010, requête 3465/03, <http://www.fbls.net/8.htm#divorce>, pristup 8.2.2013), pokrenutom od muškarca koji je zasnovao zajednicu života sa ženom, za vrijeme čijeg trajanja je rođeno troje djece. U to vrijeme ona je bila u braku, pa je njen muž, iako je ona živjela odvojeno od njega, upisan kao otac djece i ona nose njegovo prezime. Nakon što je partnerica napustila aplikanta i djecu o kojoj se on nastavio starati, htio je priznati očinstvo djece, ali bugarski zakon ne normira mogućnost osporavanja prezumiranog očinstva. Sud je ukazao na to da aplikantu, prema bugarskom pravu, ostaje mogućnost zasnovati roditeljski odnos usvojenjem ili zahtijevati od socijalne službe smještaj djece kod njega, s njegovom odgovornošću koju bi imao prema napuštenoj djeci.

prezumiranog očinstva. S obzirom na zaključak da domaće pravo nedozvoljavanjem ove mogućnosti poštuje legitimni interes djeteta, nije utvrdio povredu člana 8.

2.3. Usvojenje

Pojedina pitanja vezana za ustanovu usvojenja različito su uređena u domaćim porodičnim zakonima, što je uzrok pravne nesigurnosti građana Bosne i Hercegovine i teškoća s kojim se oni susreću u ovoj izuzetno važnoj oblasti. Ujednačavanjem rješenja o usvojenju one bi se ublažile ili uklonile i doprinijelo bi se unapređenju interesa djeteta, što je kao cilj postavljeno i u Evropskoj konvenciji o usvojenju djece (revidirana) iz 2008. godine (u daljem tekstu: Konvencija o usvojenju). Ukoliko bi Bosna i Hercegovina ratifikovala ovu Konvenciju, pridržavanje obaveza nametnutih državama članicama dovelo bi i do harmonizacije domaćeg prava.

Između domaćih zakona znatne razlike postoje vezano za životnu dob kao uslov na strani potencijalnog usvojioca, a u isto vrijeme razlika postoji i u odnosu na Konvenciju o usvojenju. Dok PZ Republike Srpske ne normira životnu dob usvojioca kao uslov, u ostala dva zakona (član 96. stav 1. PZ FBiH i član 81. stav 1. PZ BD) određena je ne samo donja, već i gornja granica koju potencijalni usvojilac ne smije preći: usvojiti može osoba koja je u životnoj dobi od 25 do 45 godina. Gornja dob usvojioca je postavljena radi osiguranja najboljeg interesa djeteta - da bude usvojeno od osobe koja je u dobi u kojoj prirodnim putem može dobiti dijete i najuspješnije ostvarivati roditeljsko staranje, odnosno osigurati najbolji interes djeteta. Od nje je predviđena mogućnost odstupanja u posebno normiranim slučajevima. Ovim rješenjima se može uputiti nekoliko primjedbi. Prvo, ovako određena gornja dob je preniska i sužava krug potencijalnih usvojilaca, odnosno razlog je smanjenja broja usvojenja i broja djece kojoj se zaštita pruža usvojenjem. Drugo, dob iznad normirane ne mora značiti da usvojilac neće osigurati interes djeteta i da takvo usvojenje neće biti u najboljem interesu djeteta. Treća primjedba se može uputiti imajući u vidu uređenje ovog uslova u Konvenciji o usvojenju. Naime, u njoj se normira da minimalne godine usvojioca ne mogu biti niže od 18 niti više od 30 godina (član 9. stav 1), dok njegove maksimalne godine nisu utvrđene. U odnosu na Konvenciju o usvojenju, minimalne godine su u našem pravu znatno više od donjeg minimuma određenog Konvencijom o usvojenju, ali su ipak u propisanim okvirima. Imajući u vidu navedene nedostatke domaćeg rješenja, bilo bi najbolje, a i u skladu s odredbama Konvencije o usvojenju, gornju životnu

dob za usvojioca izostaviti iz uslova.³⁶ Ukoliko se zakonodavci opredijele za njeno zadržavanje, trebalo bi da je pomjere naviše.

U odnosu na Konvenciju o usvojenju, domaće zakonodavstvo se razlikuje i u pogledu drugog uslova koji se zahtijeva na strani potencijalnog usvojioca - njegovog bračnog statusa. U uređenju ovog uslova postoje i međusobne razlike između domaćih zakona. U zakonima Federacije BiH i Brčko Distrikta potpuno usvojiti mogu zajednički bračni partneri te vanbračni partneri koji žive u vanbračnoj zajednici najmanje pet godina, dok jedna osoba može usvojiti samo ako usvaja dijete svog bračnog partnera (član 102. PZ FBiH i član 86. PZ BD). U slučaju zasnivanja nepotpunog usvojenja, krug potencijalnih usvojlaca je širi: pored onih koji mogu potpuno usvojiti, nepotpuno može usvojiti i osoba koja nije u braku te jedan bračni partner uz pristanak drugog (član 104. PZ FBiH i član 87. PZ BD). Ako je usvojlac osoba koja živi sama ili su to vanbračni partneri, dodatni uslov za takvo usvojenje jeste postojanje naročito opravdanih razloga (PZ BD). U federalnom zakonu je napravljena redakcijska greška koja se mora ispraviti: umjesto da se postojanje naročito opravdanih razloga zahtijeva u slučaju zasnivanja potpunog, to je učinjeno pri normiranju nepotpunog usvojenja (gore navedene odredbe). Porodični zakon Republike Srpske dozvoljava usvojenje užem krugu osoba. Bračni supružnici mogu zajednički usvojiti i potpuno i nepotpuno, a jedna osoba samo u zakonom predviđenim slučajevima: nepotpuno usvojiti može jedan od supružnika uz pristanak drugog, a potpuno usvojiti može maćeha, odnosno očuh djeteta (članovi 153. i 154). Po tome što ne priznaje mogućnost usvojenja vanbračnim

36 Uz takvo prihvaćeno rješenje, nadležni organ u svakom konkretnom slučaju, pri ocjeni interesa usvojenika, bio bi dužan cijeniti i uvažiti eventualnu stariju životnu dob usvojioca. Upravo o tome se izjasnio Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Schwizgebel p. Švajcarske* (Aplikacija br. 25762/07, Odluka od 10. 6. 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99288>, pristup 1. 6. 2012). Aplikantica je tvrdila da je povrijeđeno njeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života i da je diskriminisana odlukom švajcarskih organa o odbijanju zahtjeva za usvojenje zbog njene starosti (49 godina) i zato što između nje i usvojenika postoji velika razlika u godinama (starija je od njega 45 godina). Sud je konstatovao da između rješenja zakona zemalja Vijeća Evrope postoji velika razlika u pogledu ovog uslova za usvojenje. Zauzeo je stav da, iako neke zemlje normiraju 60 godina kao maksimalne godine, iz tih izolovanih slučajeva se ne može izvesti obaveza za Švajcarsku da dozvoli usvojenje u ovom slučaju. Kao argument u prilog tome da države imaju veliki stepen slobode procjene, uz obavezu zaštite najboljeg interesa djeteta i poštovanja principa proporcionalnosti, naveo je i nepredviđanje u Konvenciji maksimalnih godina za usvojioca. Iz ovih razloga nije utvrdio povredu čl. 14. u vezi s čl. 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

partnerima i osobi koja živi sama, ovaj zakon se značajno razlikuje od ostala dva zakona. Navedena razlika bi se morala ukloniti. Imajući u vidu savremene trendove izražene u Konvenciji o usvojenju i uporednom pravu, trebalo bi u pravu Republike Srpske da se proširi krug usvojlaca. Nakon eventualne ratifikacije ove Konvencije, morat će se normirati mogućnost usvojenja od samo jedne osobe, s obzirom da Konvencija normira da će zakon dozvoliti ovu mogućnost. Iz istog razloga bi trebalo da se izmijene i zakoni Federacije BiH i Brčko Distrikta, u smislu normiranja ove mogućnosti i kod zasnivanja potpunog usvojenja.

Konvencija o usvojenju normira širok krug osoba koje mogu usvojiti. Mogućnost usvojenja priznata je jednoj osobi i dvjema osobama različitog spola koje su u braku jedna s drugom ili su zajedno u registrovanoj partnerskoj zajednici, ukoliko je takva zajednica priznata, odnosno ako postoji kao institucija (član 6. stav 1). Državama je ostavljena sloboda da prošire djelokrug ove Konvencije na istospolne partnere koji su ili u braku jedan s drugim, ili su zajedno u registrovanoj istospolnoj zajednici, kao i heteroseksualnim i homoseksualnim partnerima koji žive zajedno u stabilnoj zajednici (član 6. stav 2).

Mogućnost usvojenja normirana za osobe istospolne orijentacije legalizovana je u dijelu uporednog prava, pa je pod uticajem tih rješenja na isti način postupljeno i u Konvenciji o usvojenju. O prihvatanju ove mogućnosti u domaćem pravu još uvijek je rano govoriti, s obzirom da ono ne legalizuje nijedan od oblika zajednice ovih osoba, niti ima naznaka da se to planira uraditi. I onda kada bude legalizovana istospolna zajednica života, sigurno se neće odmah priznati mogućnost usvojenja partnerima iz te zajednice, kao što to nije učinjeno ni u većini nacionalnih prava. Međutim, u praksi se može desiti da zahtjev za zasnivanje usvojenja podnese lezbijka ili gej (*gay*) koji žive sami, s obzirom na priznatu mogućnost usvojenja osobi koja živi sama.³⁷ Nadležni organ ne bi smio odbiti zahtjev za usvojenje samo zbog seksualne orijentacije podnosioca zahtjeva, već bi trebalo da ocijeni da li će usvojenje biti u najboljem interesu usvojenika. U prilog tome mogu se navesti dvije odluke Suda. U jednoj³⁸ je zauzeo stav da nije učinjena povreda članova 8. i 14. EKLJP, ocijenivši da su nadležni organi postupali u najboljem interesu djeteta i da su odbili dozvoliti usvojenje zbog utvrđenja da ono nije u njegovom

37 Ovo je jedna od tri situacije izdiferencirane u dosadašnjoj praksi Evropskog suda za ljudska prava i u uporednom pravu, u kojim ove osobe, odnosno samo jedna od njih mogu zahtijevati usvojenje.

38 *Affaire Fretté c. France*, Requête n° 36515/97, Arrêt 26 février 2002, http://denistouret.fr/eurodroits/arretCEDH_Frette.html, pristup 10. 4. 2010.

najboljem interesu. U drugoj odluci³⁹ utvrdio je povredu ovih odredaba učinjenu odbijanjem dozvole za usvojenje samo zbog homoseksualne orijentacije potencijalne usvojiteljice. Sud je utvrdio da je francuski zakon dopustio samcu da usvoji dijete, pa je iz toga izveo zaključak da se mogućnost usvojenja otvara i homoseksualnom samcu.

Što se tiče uslova na strani potencijalnog usvojenika, porodični zakoni Federacije BiH i Brčko Distrikta normiraju nemogućnost usvojenja prije isteka tri mjeseca od djetetovog rođenja (član 94, odnosno član 79). Ova rješenja o minimalnom uzrastu usvojenika u skladu su s Konvencijom o usvojenju, u kojoj je normirano da se ne može usvojiti dijete prije proteka određenog vremena od njegovog rođenja, koje ne može biti kraće od 6 sedmica. Ukoliko to vrijeme nije propisano zakonom, usvojenje nije moguće prije proteka vremenskog perioda koji će, po mišljenju nadležnog organa, omogućiti majci da se dovoljno oporavi od posljedica porođaja (član 5. stav 5). Pošto u pravu Republike Srpske ovaj rok nije određen, mogla bi se primijeniti odredba ove Konvencije koja je ovlastila nadležni organ da da mišljenje o tome koliko je majci potrebno vremena za oporavak od posljedica porođaja, prije čijeg isteka usvojenje nije moguće.

Maksimalna dob usvojenika, određena u domaćem pravu na 18 godina u slučaju nepotpunog usvojenja, u skladu je s Konvencijom o usvojenju. Međutim, to se ne može reći i za gornju dob usvojenika u slučaju zasnivanja potpunog usvojenja, pošto je ona određena na 10 (član 101. PZ FBiH i član 86. stav 1 PZ BD), odnosno na 5 godina (član 157. PZ RS). Pri izmjenama porodičnog zakonodavstva gornju dob bi i u slučaju zasnivanja potpunog usvojenja trebalo pomjeriti naviše, pogotovo u pravu Republike Srpske, jer su, s jedne strane otpali razlozi za određivanje nižeg uzrasta, a s druge strane ovakvim rješenjem bi se u većoj mjeri zaštitili interesi potencijalnih usvojenika – omogućilo bi se većem broju djece da budu usvojena ovim oblikom usvojenja.⁴⁰ Možda bi bilo najbolje odrediti i za potpuno usvojenje najviši uzrast od 18 godina, odnosno uzrast normirati kao zajednički uslov za obe vrste usvojenja.

Zbog izraženog interesa i potrebe usvojenika da zna ko su mu roditelji,⁴¹ u pravu Federacije BiH i Brčko Distrikta normirano je pravo

39 *E. B. v. France*, Application no. 43546/02, Judgment 22. Januar 2008, http://www.asil.org/pdfs/ilib080125_1.pdf, pristup 13. 4. 2011.

40 Komitet za prava djeteta je izrazio zabrinutost „zbog gornje granice od pet godina za djecu u Republici Srpskoj, što je rezultiralo time da većina djece ne ispunjava uslove za usvajanje“ i preporučio državi da „razmisli o povećanju gornje dobne granice za usvajanje u Republici Srpskoj“ (supra note 33, t. 50. i 51.).

41 U članu 7. Konvencije o pravima djeteta, kao djetetovo lično pravo, normirano je da „dijete od rođenja ima pravo, ako je to moguće, da zna ko su mu roditelji.“

djeteta da zna da je usvojeno (član 92. PZ FBiH i član 77. PZ BD), a u pravu Federacije BiH i obaveza usvojlaca da ga s tim upoznaju najkasnije do njegove sedme godine života, a ako je usvojeno starije dijete onda odmah nakon zasnivanja usvojenja. Unutar normiranog roka, usvojioci će sami ocijeniti kada će to učiniti, prethodno pripremivši usvojenika kako bi se izbjeglo ili umanjilo stresno dejstvo na njega. Zabrana utvrđivanja materinstva i očinstva, normirana za slučaj usvojenja (i začeca djeteta vještačkim putem), može se podvesti pod ograničenje prava djeteta da zna ko su mu roditelji, sadržano u članu 7. Konvencije o pravima djeteta: - »ako je to moguće«.

2.4. Ostvarivanje roditeljskog staranja

Domaći zakonodavci za obaveze, odgovornosti i prava djeteta koriste različite termine: u pravu Federacije BiH i Brčko Distrikta one se označavaju terminom „roditeljsko staranje“, a u pravu Republike Srpske je zadržan raniji zakonski termin - „roditeljsko pravo.“ Po tome se njihov stav prema ovoj ustanovi razlikuje od koncepta „roditeljskih odgovornosti“, prihvaćenog u Principima evropskog porodičnog prava o roditeljskim odgovornostima.⁴² Konvencija o pravima djeteta naglašava princip „zajedničkih odgovornosti oba roditelja“, ali termin „roditeljske odgovornosti“ ograničava na odgovornosti za podizanje i razvoj djeteta,⁴³ a ne za sve odgovornosti, prava i dužnosti roditelja, koje se pominju u više njenih odredaba.

Pri uređenju ostvarivanja roditeljskog staranja naši zakonodavci su se rukovodili potrebom potpunije zaštite interesa djeteta u odnosu na zaštitu koju je ono uživalo ranije, a u čijem pružanju su postojali propusti kako zakonodavca, tako i organa nadležnih za preduzimanje odgovarajućih mjera.

Što se tiče ostvarivanja roditeljskog staranja onda kada dijete ostane živjeti samo s jednim roditeljem, u pravu Federacije BiH uneseno je

42 Principles of European Family Law regarding parental responsibilities (2007) dostupni na stranici: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>

U Principima se, kao i u Konvenciji o pravima djeteta, govori o roditeljskim odgovornostima. U nekim dokumentima, naprimjer u Uredbi broj 2201/2003 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti (Bruxelles II Bis) ovaj termin se koristi u jednini.

43 Stav 1. člana 18. Konvencije glasi: „States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child.“

rješenje drugačije od ranijeg: umjesto dosadašnjeg pojedinačnog staranja samo jednog roditelja o djetetu (uz samo obavezu drugog da izdržava dijete te pravo da kontaktira s djetetom i da prigovori na postupke roditelja koji se stara o djetetu), uvedena je mogućnost da, osim ako je to u suprotnosti s interesom djeteta, sud odredi zajedničko staranje, koje omogućava roditelju s kojim dijete ne živi da intenzivnije i neposrednije učestvuje u staranju o djetetu. Naime, sudu je ostavljena mogućnost da odredi da i ovaj roditelj obavlja pojedine dužnosti, a naročito da se stara o zdravlju i školovanju, da zastupa dijete i da učestvuje u donošenju svih važnijih odluka o podizanju djeteta, kao i da upravlja imovinom djeteta (član 142. stav 3). Ovakvim rješenjem se osiguravaju najbolji interesi djeteta - saradnja roditelja i njihovo prisustvo i u postrazvodnom životu djeteta, a u isto vrijeme i pravo roditelja na poštovanje porodičnog života. Mogućnost određivanja zajedničkog staranja u skladu je s principima 3:11 i 3:12 Principa evropskog prava o roditeljskim odgovornostima. Međutim, neudovoljavanje zahtjevu za određivanje zajedničkog staranja o djetetu ne mora, samo po sebi, značiti povredu ovog prava, što je stav i Suda.⁴⁴

U ovoj oblasti težište je stavljeno na stvaranje uslova za ostvarenje prava djeteta, priznatog mu u Konvenciji o pravima djeteta, da živi s roditeljima, u svojoj prirodnoj porodici. Zbog toga je zakonodavac pošao od stava da njihovo razdvajanje, kao posljedica izrečene mjere, treba da bude samo privremeno. U slučaju razdvajanja, uvažena je potreba djeteta da s oba roditelja održava stalne kontakte i odnose, neophodne za njegov normalan razvoj i vaspitanje. Održavanje ličnih odnosa i neposrednih kontakata s djetetom osigurano je, pored priznavanjem djetetu prava da ih održava, i normiranjem dužnosti oba roditelja da ih održavaju, obavezivanjem roditelja da poštuju veze djeteta s drugim roditeljem te sankcionisanjem roditelja koji ne stvara uslove za održavanje odnosa djeteta s drugim roditeljem ili ih onemogućava ili sprečava. Određivanje načina održavanja ovih odnosa i kontakata u pravu Federacije BiH i Brčko Distrikta je u nadležnosti suda, a u pravu Republike Srpske ostalo je u nadležnosti organa starateljstva. Sud, odnosno organ starateljstva može ograničiti i zabraniti njihovo održavanje samo radi zaštite interesa djeteta.

⁴⁴ U predmetu *Hoppe p. Njemačke* (aplikacija br. 28422/95, odluka od 5. 12. 2002. godine) Sud je zauzeo stav da određenjem pojedinačnog staranja majke o djetetu, u slučaju kada su roditelji zahtijevali određenje zajedničkog staranja, nije prekršena odredba člana 14. u vezi s članom 8, odnosno da razvedeni bračni partneri nisu diskriminirani, jer navod oca da je diskriminisan ovom odlukom nije dokazan. (<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/ed577b50766d9eea41256c87005872f6?OpenDocument>, preuzet 15. 12. 2012.)

Pri tome mora biti posebno oprezan, kako ne bi bez dokazanog opravdanog razloga povrijedio pravo roditelja na poštovanje porodičnog života. Veliki broj postupaka pred Sudom upravo pokreću roditelji tvrdeći da im je ovo pravo povrijeđeno ograničenjem ili zabranom kontaktiranja s djetetom.⁴⁵

Osiguranje poštovanja interesa djeteta, ali isto tako i ustaljena praksa Suda, razlog su za unošenje u domaće zakone i mogućnosti određenja kontakata između babe i djeda sa unucima, između sestara i braće međusobno, kao i djeteta i još nekih osoba. Na ovaj način se osigurava, pored interesa djeteta, i poštovanje porodičnog života roditelja i srodnika koji se smatraju članovima porodice.

Radi zaštite interesa djeteta, ali i prava roditelja koji treba da preuzme ostvarivanje roditeljskog staranja, domaći sudovi moraju postupke u kojim se o tome odlučuje, odnosno izvršava donesena odluka, okončavati u razumnom roku, poštujući odredbe procesnih zakona. U postupcima pokrenutim od roditelja zbog njihovog dugog trajanja, Sud utvrđuje povredu člana 8, o čemu domaći sudovi također treba da vode računa ako hoće izbjeći vođenje postupaka pred ovim Sudom povodom odluka koje su donijeli, odnosno zbog propuštanja da izvrše odluku domaćeg suda.

U predmetima koji se pokreću povodom odluka nacionalnih organa o ostvarivanju roditeljskog staranja, odnosno roditeljskog prava u slučaju prestanka zajednice života roditelja, Sud razmatra više okolnosti, odnosno njihov uticaj na realizaciju prava na pravično suđenje i prava na poštovanje porodičnog života roditelja te na zaštitu interesa maloljetnog djeteta.

Što se tiče prava na pravično suđenje, posebno jednog njegovog aspekta – prava na suđenje u razumnom roku, ustaljena je praksa Suda,

45 U odluci donesenoj u predmetu *Pontes p. Portugala* (2012. g.) Sud je ponovio svoj stav zauzet u brojnim ranijim odlukama da za roditelja i dijete „biti zajedno predstavlja osnovni element porodičnog života i da svaka mjera koja to sprečava je povreda člana 8, osim ako je u skladu s pravom, ako slijedi jedan ili više legitimnih ciljeva i ako je neophodna u demokratskom društvu.“ Onda kada je već nastala porodična veza, država mora omogućiti razvoj ovog odnosa i preduzimati odgovarajuće mjere radi ponovnog spajanja roditelja i djeteta. Pri tome ona mora održavati pravičnu ravnotežu između interesa djeteta i roditelja, imajući u vidu da djetetovi najbolji interesi moraju biti primarno razmatrani. Polazeći od toga, Sud je utvrdio da, u ovom slučaju, nedozvoljavanjem djetetu da provodi praznike s roditeljima i onemogućavanjem njihove posjete djetetu, nadležne vlasti su odgovorne za prekid kontakata između djeteta i roditelja i da su propustile ispuniti svoju pozitivnu obavezu da preduzmu mjere radi omogućavanja aplikantima uživanja redovnog kontakta sa sinom. Sud je iz tog razloga utvrdio povredu člana 8. (*Pontes v. Portugal*, no. 19554/09, Judgment 10 04. 2012, rezime Odluke dostupan na: <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/f9b651d67d362c85c12579dc0050eea1?OpenDocument>)

na koju se on poziva u svojim odlukama, da, u skladu s članom 6. stav 1. Konvencije, štiti provođenje pravosnažnih, obavezujućih sudskih odluka, jer one u zemljama koje prihvataju vladavinu prava ne mogu ostati neizvršene na štetu stranke. Stav Suda je da se izvršenje sudske presude ne može spriječiti ili poništiti, niti se s izvršenjem može neopravdano kasniti. Kao obavezu države on naglašava obavezu efikasnog angažovanja cijelog aparata u preduzimanju svih neophodnih mjera radi izvršenja presude. U tom smislu bitnim i odlučujućim smatra to da li su nacionalni organi preduzeli sve neophodne mjere radi olakšanja izvršenja, u skladu s posebnim okolnostima svakog slučaja. Podobnost preduzete mjere Sud cijeni prema brzini njenog provođenja, budući da u ovoj oblasti protek vremena može izazvati nepopravljive posljedice na odnose između djeteta i roditelja s kojim ono ne živi. Obavezom nacionalnih organa smatra preduzimanje mjera radi ostvarivanja prava roditelja da živi s djetetom, a putem olakšavanja ponovnog spajanja roditelja s djecom.⁴⁶ Iste obaveze Sud utvrđuje i na isti način ih obrazlaže i onda kada dijete odbijaju predati roditelju treće osobe kod kojih se ono nalazi.⁴⁷

46 Na ove stavove Sud se pozvao u predmetu *Šobota - Gajić p. Bosne i Hercegovine* (aplikacija br. 27966/06, presuda od 6. 11. 2007.), koji je pokrenula aplikantica zbog povrede člana 8, učinjene od domaćih organa propuštanjem preduzimanja svih opravdanih mjera da joj omoguće spajanje sa sinom (koji je ostao živjeti s ocem/njenim mužem kojeg je ona napustila). Organ starateljstva je odluku o privremenom staranju o djetetu donio godinu dana i 9 mjeseci nakon postavljanja zahtjeva majke, a odluka je izvršena nakon 9 mjeseci, a dan nakon toga otac je oteo dijete. Brak je razveden godinu i 9 mjeseci nakon toga (septembar 2004.g.), a rješenje o predaji djeteta majci izvršeno je tek u januaru 2007. godine. Za ova kašnjenja nije utvrđena odgovornost aplikantice, već odgovornost organa starateljstva i policije, koja je odbila pružiti podršku pri izvršenju. Sud je utvrdio da je učinjena povreda čl. 8. Konvencije. (odluka dostupna na stranici: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83083>)

47 Tako je povredu člana 8. Sud utvrdio u predmetu *Santos Nunes p. Portugala* (du 22 mai 2012 Requête n° 61173/08, dostupna na <http://www.fbis.net/8.htm#divorce>), pokrenutom od oca kojem je portugalski sud odlukom povjerio staranje o djetetu, ali se ta odluka nije mogla izvršiti zbog višekratnog odbijanja predaje djeteta učinjenog od para kod kojeg je majka djeteta smjestila njihovo dijete. Sud je konstatovao da su se portugalske vlasti našle u situaciji koja prevazilazi međusobni spor između bioloških roditelja ili njihov spor s državom, ali da ih to ne oslobađa obaveze da ulože sve nužne napore da osiguraju izvršenje odluke, pogotovo što u ovoj vrsti predmeta protek vremena može imati nepopravljive posljedice na odnose između djeteta i roditelja koji ne živi s njim (&76; postupak izvršenja je trajao četiri godine i šest mjeseci). Zaključivši da su vlasti propustile uložiti dovoljne i odgovarajuće napore radi poštovanja prava aplikanta, ignorišući tako njegovo pravo na poštovanje porodičnog života, utvrdio je povredu člana 8 (&78-79).

Zaključak

Uradu su razmatrana rješenja porodičnih zakona u Bosni i Hercegovini, prihvaćena pod uticajem evropskih (i međunarodnih) dokumenata i prakse Evropskog suda za ljudska prava, kako bi se, posmatrano s aspekta zaštite članova porodice (u prvom redu djece), utvrdili stepen ostvarenja ciljeva kojim su se domaći zakonodavci rukovodili pri donošenju zakona i postojanje potrebe za izmjenom zakonskih rješenja te predložili pravci i način njihove izmjene u oblastima u kojim bude identifikovana ova potreba.

U oblasti bračnog prava najznačajnije promjene u modernom pravu učinjene su vezano za pravo na brak, porodično posredovanje, razvod braka, vanbračne heteroseksualne zajednice i uređenje imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera. Ovi trendovi, međutim, nisu praćeni u domaćem pravu, odnosno prihvaćena rješenja u ovoj oblasti nisu uvijek najbolja i najadekvatnija. Uočene propuste zakonodavaca u uređenju oblasti porodičnog posredovanja, vanbračne zajednice i imovinskih odnosa, ali isto tako i nezakonito postupanje sudova, nužno je otkloniti. Pri tome bi trebalo da se uzmu u obzir rješenja i pozitivna iskustva evropskih država te evropski propisi i praksa Evropskog suda za ljudska prava.

Pri uređenju prava na brak domaće pravo nije slijedilo tendencije izražene u evropskom i uporednom pravu: priznavanje osobama homoseksualne orijentacije prava na brak i zasnivanje zajednica života. Time, međutim, naši zakonodavci nisu povrijedili nijedan obavezujući evropski dokument, niti je nepriznavanje ovog prava u suprotnosti s dosadašnjom praksom Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava..

Razmatranjem ustanove porodičnog posredovanja, uočeni su propusti u zakonskim i podzakonskim aktima koji je uređuju, pa su predložene njihove izmjene kojim se mogu uspješno ukloniti problemi koji nastaju u praksi. Pri njihovom predlaganju uvažavana su pozitivna iskustva evropskih država te evropski i nacionalni propisi.

Vezano za razvod braka, zaključeno je da bi trebalo da se razmotre Principi evropskog porodičnog prava u oblasti razvoda i izdržavanja između bivših bračnih partnera. Neki od ovih principa su prihvatljivi, jer mogu doprinijeti poboljšanju domaćih zakonskih rješenja, dok prihvatanje drugih nije nužno, mada ne bi trebalo da se *a priori* eliminišu.

Polazeći od uočenih nedostataka u uređenju vanbračne zajednice, u radu su predložene izmjene u smislu normiranja registracije kao njenog konstitutivnog elementa, te prestanak nezakonitog postupanja sudova vezano za način utvrđivanja njenog postojanja.

Na uređenje oblasti roditeljskog prava jak uticaj su ostvarili evropski i međunarodni dokumenti. U prvom redu radi se o normiranju prava

djeteta, odnosno njegovog položaja u odnosu na roditelje i ostale srodnike, ali i u odnosu na državne organe. Međutim, u primjeni zakonskih odredaba izraženi su određeni problemi: zakonske odredbe se ne primjenjuju uvijek u najboljem interesu djeteta, neka prava djeteta ostaju nezaštićena i neostvarena, što se naročito odnosi na njegova procesna prava. Stoga je naglašena potreba većeg uvažavanja i poštovanja ovih prava u praksi.

Analizom uređenja ustanove usvojenja u domaćem pravu i njegovim poređenjem s rješenjima Evropske konvencije o usvojenju djece (revidirane), uočena je potreba usaglašavanja našeg prava s njenim odredbama onda kada je Bosna i Hercegovina bude ratifikovala, odnosno naglašena je potreba preuzimanja nekih njenih rješenja i prije toga, kako bi se eliminisala rješenja koja su se u praksi pokazala kao smetnje za zasnivanje većeg broja usvojenja.

U oblasti ostvarivanja roditeljskog staranja, koja je uglavnom uređena tako da su osigurani najbolji interesi djeteta, utvrđena je i naglašena potreba usklađivanja domaće prakse s analiziranom evropskom praksom kao i potreba razmatranja Principa evropskog porodičnog prava o roditeljskim odgovornostima.

Professor Suzana Bubić, LL.D.
Faculty of Law, University „Džemal Bijedić“ in Mostar

THE INFLUENCE OF EUROPEAN LAW ON FAMILY LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The author in this paper considers the solutions adopted in Family laws in Bosnia and Herzegovina, on those that were influenced by the European Law. She examines them from the aspect of the protection of the members of the family and determines in which level the goals are reached, those that legislator was handled by through their acceptance, all that having in mind, European and international documents, related to this area and the practice of the European Court of human rights.

In the areas in which she determined the need to change the positive law she suggested the changes (*de lege ferenda*) and the directions that could be followed, all that in order to ensure the best interests of the child and the rights of the adult members of the family, spouses and cohabitants, those that are guaranteed by European Convention on human rights.

As the area in which domestic law is not following the trends expressed in European law, she identified regulation of the right to marriage, or to found a homosexual union and give her own view on this issue.

She suggested changes in the field of family mediation which would eliminate the failures of the laws and regulations governing this institution. Regarding divorce she pointed out the need to consider Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses. For the regulation of the cohabitation she suggested the changes, standardizing registration as its constituent element, and cessation of unlawful conduct in the practice of the courts in relation to establishing its existence.

In the area of parental custody, in the part that considers children rights, she emphasized procedural rights of the child, than she considered the regulation of institution of adoption in the domestic law and compared it with the solutions of the European Convention on Adoption of Children (Revised), as well as the issue of exercising parental custody, emphasizing the need to harmonize national practice with the analyzed European practice.

Keys words: *Right to marry, best interests of the child, parental custody/responsibilities, adoption, European Court of Human Rights*

dr Branko Morait , redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci

MIRENJE I /ILI/ POSREDOVANJE

Apstrakt

Sudski postupci u porodično-pravnim stvarima pripadaju građanskom pravosuđu. U toku je reforma građanskog pravosuđa u Bosni I Hercegovini. Jedan pravac te reforme obuhvata alternativno rješavanje sporova. Došlo je vrijeme da se presuđivanje više ne posmatra kao jedini način rješavanja sporova. Ciljevi alternativnog rješavanja sporova u porodičnopravnim odnosima su u postizanju sporazuma o svim pitanjima radi kojih je izbio sukob među supružnicima. Da bi se došlo do sporazumnog rješavanja potreban je adekvatan posrednik koji je treće lice u odnosu na strane u sukobu. Uspješno bračno posredovanje postiže da se razvod ne pretvara u razlaz supružnika, nego adekvatno redefinisane porodično-pravnih odnosa u budućnosti.

Ključne riječi: mirenje, posredovanje, bračni spor, porodično zakonodavstvo

Tako, svuda na svetu, gde god moja misao krene ili stane, nailazi na verne I čitljive mostove kao na večitu i večno nezasićenu ljudsku želju da se poveže, izmiri I spoji sve što iskrsne pred našim duhom, očima I nogama, da ne bude deljenja, protivnosti ni rastanka. (Ivo Andrić: MOSTOVI)

1. U v o d

Ciljevi reforme građanskog pravosuđa u Bosni I Hercegovini¹ označeni su kao: stvaranje efikasnijeg i fleksibilnijeg pravosuđa i izgradnja vladavine prava. Razlozi za reformu su bili ustavnopravni i organizaciono-funkcionalni. Među organizacione razloge ističani su: ogroman broj predmeta zbog čega je urušavan ugled suda i paralisan njegov rad; smanjenje mreže sudova i broja sudija svodeći broj sudova i brojnost sudija u evropske standarde; dugo trajanje postupaka u sudovima; veliki broj maličnih predmeta, problem rješavanja tzv. "starih" predmeta, smanjenje troškova

¹ Zakon o parničnom postupku („Službeni glasnik Republike Srpske“, 58/03, 85/03); Zakon o parničnom postupku („Službene novine Federacije BiH“, 53/03); Zakon o parničnom postupku („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, 5/00)

i skraćivanje rokova. Osnovni pristup rješavanju građanskih sporova je, s jedne strane, tradicionalni, obično javni, u organizaciji države u kojem postupaju sudovi, i, s druge strane, alternativni, obično privatni, u formi pregovaranja, medijacije i arbitraže. U sastavu odredaba zakona o parničnom postupku koje uređuju pripremno ročište, kojem je dat prioritetni značaj u cilju skraćivanja trajanja postupka, uvrštene su i odredbe o „medijaciji i sudskom poravnanju“². Prema odredbi člana 86. ZPP RS, sud može, ukoliko ocijeni da je to svrsishodno, s obzirom na prirodu spora i druge okolnosti, predložiti strankama, najdocnije na pripremnom ročištu, da spor riješe u postupku medijacije, kako je to predviđeno posebnim zakonom.³ Prijedlog za rješavanje spora u postupku medijacije mogu postaviti i same stranke sve do zaključenja glavne rasprave. Najzad, odredbe čl. 87. do 93. uređuju „sudsko poravnanje“ kao mješoviti način rješavanja spora, u kojem se sreću i sudski i alternativni postupak rješavanja spora. Sud odobrava ili ne odobrava zahtjev stranaka da spor riješe poravnanjem, jer neće uvažiti raspolaganja stranaka koja su protivna prinudnim propisima.⁴ Posebni parnični postupci u bračnim sporovima preseljeni su iz zakona o parničnom postupku u porodične zakone.⁵ Otuda je postupak posredovanja u porodičnim stvarima uređen Porodičnim zakonom FBiH. Zbog toga se u literaturi ističe stav da postupak posredovanja, u smislu pozitivnog stanja bosansko-hercegovačkog zakonodavstva, nije postupak medijacije i da postupak posredovanja ne vodi medijator u skladu sa Zakonom o postupku medijacije.⁶ Već ovo nagovještava nekonzistentnost zakonskih rješenja u bosansko-hercegovačkom pozitivnom zakonodavstvu. U uporednom pravu, s obzirom na etimološku jednoznačnost termina „posredovanje“ odnosno „medijacija“, zakonski tekst je naslovljen kao Zakon o posredovanju-medijaciji.⁷ Odredbom člana 1. ovog zakona, propisano je da su njim određena pravila postupka posredovanja-medijacije kao posredovanje u imovinskopravnim odnosima fizičkih i pravnih lica, trgovinskim, **porodičnim**, radnim i drugim građanskim sporovima kojima strane mogu slobodno da raspolažu, ukoliko zakonom nije propisana isključiva nadležnost suda. Medijacija i posredovanje su ovim zakonom postavljeni kao sinonimi, s tim što je posredovanje riječ domaćeg jezika.

2 Čl. 86. do 93. ZPP FBiH/ZPP RS;

3 Zakon o postupku medijacije („Službeni glasnik BiH“, br. 37/04)

4 Član 3. stav 2. ZPP FBiH/ ZPP RS

5 Čl. 65.-78. ZPP RS, čl. 287.-311. ZPP FBiH

6 Džemaludin Mutapčić, Medijacija u pravosudnom sistemu BiH“, prvo izdanje, str. 30-31.

7 „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 18/2005

Već samim terminološkim rješenjem uočava se primjerena konzistentnost koja je u bosansko-hercegovačkom zakonodavnom prostoru o ovom pitanju izostala.

2. Porodično zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini de lege lata

2.1. Porodični zakon Republike Srpske

Trećeg septembra 2002. godine u Republici Srpskoj stupio je na snagu novi Porodični zakon ("Službeni glasnik RS", broj 54/02). Danom stupanja na snagu novog Porodičnog zakona prestao je da važi Porodični zakon Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine ("Službeni list SR BiH", broj 21/79 i 44/89). Republika Srpska je iskoristila svoje zakonodavne mogućnosti predviđene članom 36. stav 2. Ustava RS kojim je propisano da se brak i porodični odnosi uređuju zakonom. Redaktori porodičnog zakona Republike Srpske, kao osnovu za (novi) Porodični zakon koristili su Porodični zakon SR BiH, koji je do tada bio osnovni izvor porodičnog prava u RS, prema odredbi člana 12. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava RS iz 1992. godine, a koji je propisivao da će se, do donošenja odgovarajućih zakona i drugih propisa Republike, primjenjivati zakoni i drugi propisi SFRJ i SR BiH, koji su u saglasnosti sa Ustavom RS i koji nisu u suprotnosti sa zakonima i drugim propisima koje je donijela Narodna Skupština RS.

Kao ustavni osnov zakonodavca uvedena je načelna odredba člana II, stav 3. tačka j) i stav 4. Ustava BiH koji je propisao da sva lica na teritoriji BiH imaju pravo na brak i zasnivanje porodice, i da su sva lica ravnopravna bez obzira na pol, rasu, boju, jezik, vjerska, politička ili druga uvjerenja, nacionalno i socijalno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, rođenje i druge statuse. Načelo ravnopravnosti potvrđeno je kao osnov porodičnog zakonodavstva koje uređuje demokratski brak i porodicu.

2.2. Reformisani postupak mirenja bračnih drugova u Porodičnom zakonu Republike Srpske

Odgovarajućim odredbama Porodičnog zakona Republike Srpske ⁸, na prvi pogled, značajno je reformisan postupak mirenja bračnih drugova /čl.57. do 64. PZ RS/. Prema ranije važećem PZ SRBiH, postupak mirenja je bio faza sudskog postupka, koja se provodila nakon prispjeha tužbe za razvod braka u sud. Prema novom zakonskom uređenju postupka mirenja

⁸ U daljem tekstu: PZ RS

supružnika, sudskom brakorazvodnom postupku prethodi postupak mirenja, koji, provodi organ starateljstva. Organu starateljstva se podnosi zahtjev i organ starateljstva je dužan da sprovede postupak mirenja u roku od dva mjeseca od podnošenja zahtjeva supružnika. Ako je mirenje uspjelo, novo pokretanje postupka mirenja, u slučaju novog poremećaja bračnih odnosa, neće biti moguće dok ne istekne rok od šest mjeseci, nakon uručenja zapisnika o završenom mirenju. Ukoliko mirenje, pred nadležnim organom starateljstva, ne uspije, supružnici mogu podnijeti tužbu za razvod braka, kojoj prilažu zapisnik o neuspjelom mirenju, u roku od šest mjeseci od dana prijema zapisnika o ishodu postupka mirenja. Ako pomenuti rok protekne, a bračni drugovi ostanu pri svojoj inicijativi da «žele razvod», dužni su podnijeti novi zahtjev za započinjanje novog postupka mirenja. I cijeli ovaj ciklus počinje ispočetka. Tako je zakonodavac želio izbjeći relativizovanje postupka mirenja u dosadašnjoj praksi, jer se nastojalo ovaj postupak izbjeći ili ga samo formalno obaviti, kako bi se otvorio prostor za radikalno, sudsko, rješavanje bračnog spora kao „nerješivog“ konflikta među supružnicima. Prema pravilu iz ranije važeće odredbe člana 64. PZ SRBiH, organ starateljstva je bio dužan nastojati /u slučaju kada mirenje nije uspjelo/ da se supružnici sporazumiju o **zaštiti, vaspitanju i izdržavanju zajedničke maloljetne djece**. Prema odredbi člana 61. (novog) PZ RS organ starateljstva će imati obavezu da nastoji da se pred njim supružnici dogovore i o **supružanskom izdržavanju, podjeli zajedničke imovine, vraćanju poklona i svim drugim pitanjima od značaja za supružnike, njihovu maloljetnu djecu, kao i bračnu i porodičnu zajednicu** koja prestaje da funkcioniše. U zakonu nije jasno propisano kakvu pravnu snagu će takav sporazum imati.

2.3. Postupak mirenja u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta BiH

Slično, kao što je mirenje supružnika uređeno u PZ RS, a ukratko skicirano u prethodnom izlaganju, postupljeno je i u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (u dalje izlaganju, skraćeno: PZ BD)⁹. Po prijemu tužbe odnosno sporazumnog zahtjeva za razvod braka, ako bračni partneri imaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo, sud će zatražiti od organa starateljstva da pokuša mirenje bračnih partnera. Organ starateljstva zakazaće ročište za pokušaj mirenja, ali nije preciziran rok kao u PZ RS. Ukoliko se, u toku postupka, bračni partneri ne izmire, organ starateljstva nastojaće da se sporazumiju o zaštiti, vaspitanju i izdržavanju zajedničke

⁹ „Službeni glasnik Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine“, broj 23/07

maloljetne djece. Tako je u PZ BD proširen sadržaj posredovanja na statusna i imovinska pitanja zajedničke maloljetne djece, ali je , u tom pogledu, ostao na užem području medijacije, nego što je to propisano u PZ RS, u kojem je, pored statusnih i imovinskih pitanja zajedničke maloljetne djece, postupak mirenja, pred organom starateljstva, sadržajno proširen i na postizanje sporazumnog rješenja o pitanju izdržavanja i uređenja imovinskih odnosa supružnika, kao i svim ostalim pitanjima od značaja za supružnike, njihovu maloljetnu djecu, bračnu i porodičnu zajednicu koja se gasi, jer se supružnici ne mogu izmiriti.

2.4. Posredovanje umjesto mirenja u Porodičnom zakonu FBiH

Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: PZ FBH)¹⁰ umjesto mirenja, kao oblik medijacije, uvodi **posredovanje**. Posrednik je fizičko ili pravno lice koje ispunjava uslove propisane od strane federalnog Ministra za rad i socijalnu politiku, a kojeg je nadležni ministar izabrao putem javnog konkursa i uvrstio u spisak koji se vodi u federalnom Ministarstvu pravde.

Zahtjev za posredovanje moraju bračni partneri (ili samo jedan od njih) uputiti ovlaštenom posredniku, prije pokretanja postupka za razvod braka, ako imaju zajedničku maloljetnu djecu odnosno, djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, a takav zahtjev mogu postaviti i bračni partneri koji nemaju djece.

Ovlašteni posrednik, na čijem području podnosilac zahtjeva ima prebivalište odnosno boravište, ili na čijem su području bračni partneri imali posljednje, zajedničko prebivalište (izuzetno, ovlašteni posrednik izvan sjedišta), zakazuje, u roku od osam dana, postupak posredovanja. U postupku posredovanja učestvuju bračni partneri lično.

Postupak posredovanja, onako kako je uređen u PZ FBiH svodi se na, od ranije poznati i primjenjivani, postupak mirenja, jer se, kao i mirenje, sastoji od dvije faze: istraživanja i uklanjanja uzroka poremećaja bračnih odnosa i faze mirenja bračnih partnera. Savjetodavnu ulogu, u odnosu na bračne partnere koji se nalaze u konfliktu, mogu imati i bračna savjetovališta i druge slične ustanove. Postupak posredovanja obuhvata i upoznavanje bračnih partnera, od strane izabranog i ovlaštenog posrednika, na posljedice razvoda braka, a naročito posljedice koje teško pogađaju djecu.

Neodazivanje posrednikovom pozivu, slično kao u PZ RS, dovodi do obustave postupka, izuzev, ako je izostao bračni partner koji se nasilnički

¹⁰ „Službene novine FBiH“, br.35/05, 14/05)

ponašao, čiji izostanak ne dovodi do obustave postupka posredovanja. Ako se, nakon obustave postupka posredovanja, podnese tužba ili zahtjev za sporazumni razvod, sud će takav podnesak odbaciti.

I u PZ FBiH, ako se bračni partneri ne izmire, ovlaštenom posredniku se nalaže da rješava statusna pitanja maloljetne djece (o mjestu življenja djeteta i o održavanju odnosa, kontakata s roditeljem od kojeg će biti odvojeno), o djetetovom izdržavanju i ostalim sadržajima roditeljskog staranja. Ako bračni partneri ne postignu navedeni sporazum ili ga postignu ,ali tako da ne odgovara interesima djeteta, organ starateljstva će nastojati stručno riješiti sva ova pitanja.

Mada se smatra da je posredovanje vrsta alternativnog rješavanja sporova i da ono ne uključuje mirenje bračnih partnera i uređivanje posljedica razvoda braka, PZ FBiH je i ovo pitanje povjerio ovlaštenim posrednicima. U odgovarajućim odredbama PZ FBiH nije došla do izražaja ideja bračnog posredovanja, kao postupka omogućavanja bračnim partnerima postizanja „civilizovanog razvoda“ i što elegantnijeg i bezbolnijeg okončanja „bankrotiranog“ braka. Umjesto takvog pristupa zakonodavca uveden je, po ko zna koji put u naše zakonodavstvo, „mješoviti“ model koji sadrži elemente spašavanja braka mirenjem i elemente posredovanja kao mogućnosti izbjegavanja katastrofalnih posljedica razvoda braka.

2.5. Preliminarna procjena pozitivno-pravnih rješenja

Pošto se unutar Bosne i Hercegovine razvija više paralelnih sistema mirnog rješavanja bračnih i porodičnih sukoba trebalo bi pokušati objediniti napore za iznalaženje najpovoljnijeg modela vansudskog, mirnog, rješavanja bračnih i porodičnih sukoba. Mora se istaći da zagovaranje mirnog sporazumijevanja i dogovaranja, te razvitak posredovanja i sličnih alternativnih načina rješavanja sporova ne osujeti građanima pristup sudu, kao jedno od osnovnih ljudskih prava.

Terminološki, izraz medijacija odgovara posredovanju, dok izraz concilijacija znači mirenje.¹¹

Posredovanje je nov termin za poznati, porodičnopravni institut, pokušaj mirenja bračnih drugova, ali obuhvata i druge aspekte pružanja stručne pomoći u slučajevima poremećenih porodičnih odnosa.¹² Vječno pitanje negativno ocjenjivane društvene pojave, porasta broja razvoda brakova, navodi države da iznalaze sredstva za savladavanje ovog

11 Prof.dr.sc Alan Uzelac, Mirenje kao alternativa suđenju, www.alanuzelac.from.hr/...Mirenje_kao_alternativ...(preuzeto dana 24.12.2012. u 14,00), str.3.

12 Alinčić,M (1999.) Europsko viđenje postupka obiteljskog posredovanja, *Revija za socijalnu politiku*, 6(3-4), 227-240.

društvenog problema. Pravosuđe je sredstvo koje pruža temelj za pravedno rješavanje ovih pitanja. Međutim, države uviđaju da samo pravosuđe ima svoja ograničenja utvrđena procesnim načelima i propisana procesnim zakonima.¹³ Od suda se traži odluka o osnovnom pravnom pitanju, razvrgnuću bračne zajednice, koja je kao emotivna zajednica „bankrotirala“ i donošenje pravednih odluka o pratećim pravnim pitanjima statusnog i imovinskog karaktera. Sud nije savjetodavni organ niti „ordinacija“ u kojoj se mogu liječiti poremećaji u međuljudskim odnosima iz okvira braka i porodice. Suđenje pred državnim sudom se svrstava u evaluacijski postupak ocjenjivanja prava stranaka, dok mirenje ima više facilitacijski karakter, jer želi olakšati približavanje stavova stranaka.¹⁴ Otuda se izlaz počeo tražiti u raznim oblicima mirnog rješavanja porodičnih nesporazuma, kao što je medijacija, posredovanje, mirenje, savjetovanje¹⁵, pokušaj mirenja sa savjetovanjem, terapije i sl.

Mada su im ciljevi zajednički i isprepleteni, moguće je uočiti sličnosti i razlike među njima. Pod mirenjem se treba podrazumijevati svaki onaj postupak u kojem osoba koja ga provodi nema ovlaštenje da izrekne obavezujuću meritornu odluku-presudu, koja se može izvršavati kao i sudske odluke. Glavne osobine mirenja, prema jednoj klasifikaciji¹⁶, su: -neformalnost i fleksibilnost,-dobrovoljnost i neobaveznost; -interesna orijentacija i široki krug mogućih rješenja;- prospektivnost i regulatornost;- niska cijena i brzina postupanja. To se obrazlaže tako što se mirenje razlikuje od drugih metoda rješavanja sporova po tome da predstavlja prirodni produžetak stranačkih ličnih nastojanja da vlastitim snagama riješe svoj spor. Mirenje nije moguće u odsutnosti jedne od stranaka, ali je moguće učiniti obaveznim pokretanje postupka mirenja odlukom suda koji vodi drugi postupak¹⁷, kao što je postupak za razvod braka. Svrha mirenja nije da se utvrdi ko je u pravu a ko je kriv, nego se njime žele istražiti

13 Uzelac, ibid. 2., navodi smjernice Evropske Uunije iz tzv. Zelene knjige iz 2002. o mirenju

14 Ibid., 5.

15 Prema izvještaju o radu porodičnog savjetovaništa za 2007. godinu Centra za socijalni rad Banja Luka, od ukupno 132 predmeta, kao razlog dolaska u savjetovanište u 8 slučajeva navedeno je mirenje bračnih partnera. U planu rada za 2008. godinu istaknuto mjesto unutar četiri grupe zadataka zauzimaju i dva zadatka od interesa za našu temu, i to. Grupni terapijski rad sa razvedenim partnerima koji maju probleme u kontaktu s djecom i i individualni/grupni/ terapijski rad sa djecom razvedenih roditelja, kada se kontakt sa roditeljem kod kojeg nije dijete na čuvanju i vaspitanju ne odvijaju redovno.

16 Uzelac., ibid., 7.

17 Ibid., 8.

interesi, motivi i želje stranaka, a ne osnovanost njihovih zahtjeva. Zbog toga je mirenje okrenuto budućnosti a ne prošlosti, ono je prospektivno a ne retrospektivno. Svrha mirenja nije retribucija, kao uspostava stanja prije nastupanja sukoba odnosno spora, nego prevencija budućih konflikata.¹⁸ Prava kojima stranke ne mogu raspolagati ne bi mogla biti predmet njihove medijacije što je određeno i domaćim porodičnim zakonima i Preporukom Vijeća Evrope.¹⁹ Međutim, ovdje dolazi do izražaja fleksibilnost postupka mirenja kao i medijacije, jer se mogu primjeniti i u sporovima kod kojih se ne radi o predmetima uređenim dispozitivnim normama, nego i o porodičnim stvarima, koje su, po pravilu uređene imperativnim, kogentnim normama i u kojima se ne može zaključiti sudsko poravnanje. Zbog toga okončanje mirenja ili medijacije neće biti u formi sudskog ili vansudskog poravnjanja. Uspješano okončano mirenje dovodi do izlišnosti nastavljanja sudskog postupka, a čak i ako ne dovede do izmirenja, može postići sporazum o nekim elementima spora i tako olakšati dalje procesuiranje.²⁰ Postupak mirenja je u pravilu kratkotrajan. Uočeno je kontroverzno korištenje mirenja u bračnim sporovima, posebno kada je obavezno i praktično se svodi na nepotrebno odugovlačenje donošenja meritorne presude o razvodu braka. S druge strane, medijacijom bi se mogla uspješno rješavati pojedina pitanja koja su akcesorna u bračnom sporu, kao što je dioba imovine, regulisanje odnosa roditelja i djece, izdržavanje.²¹ Iz ovog navođenja vidimo da je u PZ RS mirenje isprepleteno s medijacijom, kao uostalom i u PZ FBiH, medijacija isprepletena s mirenjem. Negdje je naglašeno jedno, a negdje drugo značenje alternativnog rješavanja spora.

Kao razlozi zašto je u PZ FBiH institut „mirenja“ ustupio mjesto institutu „posredovanja“, odnosno redefinisao instituciju mirenja kao tradicionalno prisutnu u našem porodičnom zakonodavstvu, u literaturi²² se navodi: loši rezultati mirenja u praksi, povećan broj razvoda i uticaje evropskog zakonodavstva. Kada se posmatra predmet porodičnog posredovanja ne uočavaju se oštre razlike u odnosu na predmet mirenja. Miran način rješavanja konflikta, uspostavljanje normalne komunikacije, uklanjanje spora i neprijateljstva, obezbjeđivanje održavanja ličnih kontakata, najbolja zaštita interesa djeteta, pružanje stručne pomoći radi prevazilaženja sukoba i nesporazuma, sve su to aktivnosti koje podrazumijeva i institut mirenja.

18 Ibid., 9.

19 Ibid., 10.

20 Ibid.

21 Ibid., 11.

22 Dr. Nerimana Traljić/dr. Suzana Bubić: Bračno pravo, I izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., 113.

Očito je, *prima facie*, da se kod nas institut mirenja prepliće sa institutom posredovanja, kako danas tako i u ranijim zakonodavnim rješenjima. U Osnovnom zakonu o braku²³, odredbom člana 80. propisano je mirenje bračnih drugova po tužbi za razvod braka. Po svakoj tužbi za razvod braka sud je obavezan preduzeti mirenje i to po predsjedniku suda ili po sudiji pojedincu kojeg on odredi. Na ročište za mirenje pozivaju se oba bračna druga, lično. Mirenje se provodilo odvojeno od rasprave, tj. na ročištu prije usmene rasprave. Ovu zakonsku odredbu podržavalo je instruktivno Uputstvo Vrhovnog suda FNRJ o primjeni čl. 80., 56. i 77. Osnovnog zakona o braku.²⁴ Sudija pojedinac je postupao iz razloga ekonomičnosti i zaštite intimnog, danas zvanog, privatnog života. Pomirenje bračnih drugova je zadatak na kojem sudija mora aktivno raditi. Na ročištu za mirenje pretresaju se svi uzroci koji su doveli do tužbe i pokušava naći kompromisno rješenje. Mirenje je moralo biti suštinski angažovano, a ne samo formalno, radi konstatovanja u zapisniku. Mirenje se nije moralo provoditi u slučaju duševne bolesti, nesposobnosti za rasuđivanje ili nestanka bračnog druga. Postupak za razvod mogao se nastaviti ako nijedan ili jedan uredno pozvani bračni drug ne pristupi ročištu za mirenje, ili ako oba pristupe, ali se ne pomire.²⁵ Kako se u literaturi navodi²⁶ alternativno, mirno, vansudsko ili predsudsko, saniranje konflikata u porodici nastoji se postići mirenje ili posredovanjem, kombinacijom mirenja i posredovanja, kao i porodičnim savjetovalištem. Kao osnovnu izmjenu u pogledu nadležnosti, stvarne odnosno funkcionalne, koja je povukla demarkacionu liniju između mirenja i posredovanja u PZ FBiH, uočava se u tome što je mirenje/posredovanje izmješteno iz organa starateljstva odnosno centra za socijalni rad u nadležnost posrednika, fizičkog ili pravnog lica ovlaštenog za posredovanje. Pravilnikom o uvjetima koji mora ispunjavati osoba ovlaštena za posredovanje²⁷ propisano je da te osobe moraju biti poslovno i zradvstveno sposobne sa odgovarajućom visokom stručnom spremom smjera dipl. Psiholog, dipl. Iur., dipl. politolog-socijalni radnik sa najmanje tri godine iskustva u struci, protiv koje se ne vodi istražni ili krivični postupak, niti je osuđivana za krivična djela protiv života i tijela, braka i porodice ili protiv koje je izrečena mjera u primjeni Zakona o zaštiti od nasilja u porodici. U pogledu obaveznosti posredovanja i

23 „Službeni list FNRJ“, 29/46

24 Su br. 458/74-1 („Narodni pravnik“, 1947., br. 6-8)

25 Dr Ana Prokop, sveuč. docent, Komentar osnovnom zakonu o braku, Zagreb, 1953., 216.-217.

26 Traljić, N./Bubić, S., ibid., 194.

27 „Službene novine FBiH“, 5/06, 112/06

propisanih izuzetaka, sadržaja postupka, trajanja i pravnih posljedica uspješnog ili neuspješnog posredovanja nema značajnijih razlika između reformisanog postupka mirenja u PZ RS i postupka posredovanja u PZ FBiH. Prema sadržaju postupak posredovanja je kombinovao medijaciju i mirenje, jer se od posrednika u prvom redu traži identifikacija i otkrivanje uzroka poremećenosti bračnih odnosa a kojem je cilj izmirenje bračnih partnera. U takvom pristupu se u literaturi vidi nedosljednost zakonodavca prilikom kreiranja ovog „novog“ instituta, koji nije dosljedno razradio ideju posredovanja kao metoda rješavanja sukoba u porodici i pružanja stručne pomoći, a ne preporučivanje bračnog i sl. Savjetovališta, čime se posredniku daje nepotrebna prilika da se oslobodi, tj. rastereti svoje glavne funkcije. Također se, po našem mišljenju, s pravom, ističe da bi posrednik trebao na sebe preuzeti u potpunosti rješavanje pitanja koja se tiču posljedica razvoda braka u odnosu na djecu ili koja najviše pogađaju djecu. Najbolji interes djece bio bi osnovni pravni standard kojim bi se morao rukovoditi posrednik. Sud bi postignuti sporazum u pogledu djece mortao ocijeniti kroz prizmu pravnog standarda najboljeg interesa djece i ako ga odobrava unijeti ga u izreku presude o razvodu braka.²⁸ U svemu smo saglasni sa shvatanjem da ne postoje suštinske razlike između zakonskog uređenja sadržaja i predmeta mirenja u dijelu porodičnog zakonodavstva u BiH u odnosu na uređenje posredovanja u PZ FBiH.²⁹ Možemo zaključiti da je institut posredovanja dobio zakonski oblik, ali ostaje upitno da li se onakav kakvim ga je zakonodavac dao može afirmisati kroz praksu, postati efikasan u mirnom rješenju spora, suzbiti negativne posljedice razvoda braka i uticati da se najveći broj brakorazvodnih parnica okonča mirno a da neznatan dio završi meritornom sudskom odlukom o razvodu braka. I da li će posredovanje napraviti značajan pomak u navedenom pravcu u odnosu na tradicionalno, donekle reformisano, mirenje?

2.6. Medijacija, mirenje i porodična terapija u porodičnim konfliktima

Tako je uočeno da je medijacija usmjerena na rješavanje konkretnog, praktičnog sukoba, visokostrukuirana i kratkotrajna. Medijacija je usmjerena na osmišljavanje rješenja i buduća ponašanja. Porodična terapija je usmjerena ka promjeni odnosa među članovima porodice. Terapiji je cilj utvrđivanje uzroka sukoba i podrazumijeva usmjerenost terapeuta na prošle događaje i odnose. Otuda je mirenje bliže porodičnoj

²⁸ Traljić, N./Bubić, S., ibid. 116.

²⁹ Ibid., 117.

terapiji nego medijaciji, jer je cilj mirenja da otkrije uzroke koji vode razvodu i da ih otkloni. S druge strane, medijacija je kratkotrajni postupak, dok je terapija (u koju, po našem mišljenju, djelimice, ulazi i mirenje) dugotrajnija intervencija. Zbog toga, nezadovoljstvo procentom uspješnih mirenja, njegovo formalizovanje i marginalizovanje, nisu samo posljedica suštinskih nedostataka ovog vansudskog modela rješavanja konflikata, koliko vremenskih okvira koji su dati ovom institutu kao i hroničnoj neizgrađenosti kadrovskih kapaciteta za ovu djelatnost.³⁰ Iz svega proizilazi da su posredovanje i mirenje dva odvojena postupka, ali da postojeće zakonodavstvo oba postupka povjerava jednom licu. Takvu ulogu do sada su imali **socijalni radnici**, dok bi, od sada, barem u Federaciji BiH, posredovanje preuzeli **ovlašćeni posrednici**, koji mogu biti sva fizička i pravna lica koja dobiju ovlaštenje za posredovanje od nadležnog državnog organa. To bi bio još jedan prenos javnih ovlaštenja sa državnih organa na privatna lica, slično onom kakvo je uvedeno entitetskim zakonima o notarima.

2.7. Načela posredovanja prema evropskim standardima

Prema Preporuci Vijeća Evrope No.R(98)1 evropske države trebaju se rukovoditi predloženim načelima i iste primijeniti u propisima o porodičnom posredovanju i praksi posredovanja. Države bi trebale obezbijediti da se postupak posredovanja vodi u skladu sa **deset načela**:

1. načelom nepristrasnosti, u odnosu na strane u sporu, 2. načelom neutralnosti posrednika, u odnosu na ishod postupka posredovanja, 3. načelom poštovanja i jednakosti pregovoračkog položaja stranaka, 4. načelom dobrovoljnosti prihvatanja rješenja od stranaka, 5. načelom privatnosti provođenja postupka posredovanja, 6. načelom povjerljivosti rasprave o toku posredovanja i zabrane kasnijeg objavljivanja podataka, 7. načelom obaveznosti informisanja stranaka o mogućnostima korišćenja bračnog savjetovališta, 8. načelom obaveznosti posrednika da u svom postupanju polazi uvijek od poštovanja najboljeg interesa djece, 9. načelom obaveznog utvrđivanja pitanja, da li je u prošlosti dolazilo do nasilja u porodici, kako bi mogao, ako takvu činjenicu pozitivno sazna, obustaviti svoje daljnje aktivnosti, i 10. načelom pravnog informisanja, jer je posrednik obavazan davati obavještenja o pravnim pitanjima, ali se ne smije baviti davanjem pravnih savjeta.

U pogledu **odnosa suda i posrednika**, potrebno je da sudovi, i drugi državni organi, priznaju rezultate posredovanja. Država je dužna da

³⁰ Branka Sladović Franz: *Obilježja obiteljske medijacije*, str. 17.

obezbjedi nezavisnost posredovanja i u odnosu na sudski postupak, kao i da omogući da se posredovanje provede prije, za vrijeme ili nakon sudskog ili drugog pravnog postupka. Država treba, u zakonodavnim rješenjima da obezbijedi prekidanje pravnog postupka kako bi se omogućilo provodjenje posredovanja.³¹

3. Zaključak

Na našim zakonodavcima, kojih u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini ima više, kao što smo i u ovom radu izložili, predstoji obaveza usklađivanja domaćeg zakonodavstva (domaćih zakonodavstava) sa ovim načelima, jer je domaće zakonodavstvo, o mirenju i posredovanju, samo djelimično usklađeno sa navedenim načelima.

31 Alinčić, M. Op.cit.

Professor Branko Morait, LL.D.

RECONCILIATION AND/OR MEDIATION

Summary

In the article, the author questions the insufficient harmonization of regulations in Bosnia and Hercegovina when it comes to marital mediation/reconciliation in three legislative family-legal systems.

The author highlights the remote differences between mediation and reconciliation in legal regulations when compared to theoretical specifics which point out the advantages of mediation over reconciliation.

The author also suggests that the education of mediators includes the newest theoretical and legal updates, principles, methods and means of marital mediation, so that it would present, in a most serious way, adequate expert profile for successful engaging in the function of a marital mediator.

Keywords: Reconciliation, mediation, marital dispute, family legislation

Doc. dr. Anita Duraković
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

RAZVOD BRAKA SA STRANIM ELEMENTOM U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM I EUROPSKOM PRAVU – MOGUĆI PRAVCI HARMONIZACIJE

Sažetak: Buduće članstvo u Europskoj uniji kao politički cilj Bosne i Hercegovine pretpostavlja potrebu usklađivanja prava Bosne i Hercegovine sa pravom Europske unije. To znači izmjenu postojećih rješenja u skladu sa onima sadržanim u uredbama Europske unije. Upravo zbog toga značajno je usporediti domaća rješenja sa onima sadržanim u izvorima Europskoj uniji, kao bi se utvrdilo u kojoj mjeri odstupaju od važećih u Europskoj uniji te ukazati na moguće pravce harmonizacije. Pored rješenja europskog zakonodavca, od značaja su i konvencijska i usporedna (posebno regionalna) rješenja u oblasti međunarodnog brakorazvodnog prava. Analiza domaćih rješenja sadržanih u ZMPP i europskih sadržanih u Uredbi Brissel IIa i Uredbi Rim III pokazuje određene razlike koje se mogu prevazići uvođenjem kolizionopravne autonomije volje u oblast razvoda braka i prihvaćanjem redovnog boravišta kao tačke vezivanja za određivanje mjerodavnog prava i kao kriterija za utvrđivanje međunarodne nadležnosti.

Ključne riječi: razvod braka sa stranim elementom, usklađivanje međunarodnog brakorazvodnog prava, kolizionopravna autonomija volje, redovno boravište.

1. Uvod

„Razvod braka, kao jedan od načina prestanka braka oduvijek je izazivao a izaziva i danas veliku pozornost ne samo u porodičnom pravu nego i na području međunarodnog privatnog prava“.¹ „Materija razvoda braka predstavlja dio međunarodnog privatnog prava sa najizraženijim problemima u reguliranju sukoba zakona“.² „Određivanje mjerodavnog prava za razvod braka spada među najviše diskutirana pitanja

1 Bosnić, P., *Hrvatsko međunarodno privatno pravo*, Knjiga I, Split, 1999, str. 129.

2 Ročkomanović, M., *Međunarodno privatno pravo*, Niš, 1988, str. 233.

međunarodnog privatnog prava“.³ Ovo su samo neki od navoda priznatih autora sa područja bivše Jugoslavije o međunarodnom privatnom pravu razvoda braka. Kao što vidimo, radi se o veoma značajnoj, osjetljivoj i za reguliranje kompliciranoj pravnoj oblasti.

Norme međunarodnog privatnog prava koje reguliraju razvod braka sa stranim elementom sadržane su u Zakonu o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima iz 1982. godine koji je donijela bivša SFRJ⁴ (u daljem tekstu ZMPP). U bosanskohercegovački pravni sistem preuzet je Uredbom sa zakonskom snagom 2/92⁵, kako je učinjeno i u drugim zemljama slijednicama bivše Jugoslavije. Prednost ovoga Zakona ogledala se u činjenici da je u određenom vremenskom periodu na prostoru bivše SFRJ važno uniformno međunarodno privatno pravo, što je bilo iznimno važno, uzimajući u obzir brojne prekogranične privatnopravne odnose vezane za novonastale države. Međutim, u posljednjih pet godina u svim državama sukcesorima bivše Jugoslavije javilo se razmišljanje o potrebi osuvremenjivanja Zakona, bilo u formi izmjene postojećih odredaba, bilo u vidu prijedloga za donošenje novog teksta.⁶ S obzirom da sve zemlje bivše SFRJ kao svoj politički cilj ističu članstvo u Europskoj uniji (Hrvatska će postati članicom EU 1. jula 2013. godine), jasno je da izmjene koje je Makedonija⁷ već učinila, a na kojima se intenzivno radi u Crna Gora, Srbija i Hrvatska idu su u pravcu harmonizacije domaćeg međunarodnog privatnog prava sa pravom Europske unije.

Bosna i Hercegovina, također, ima namjeru postati članicom ove veoma važne regionalne međunarodne organizacije. Kao potpisnica Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju,⁸ čiji je jedan od ciljeva podržati napore Bosne i Hercegovine u razvijanju ekonomske i međunarodne suradnje, uključujući i usklađivanje njenog zakonodavstva sa

3 Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G. Pavić, V., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2010, str. 306.

4 Objavljen u Službenom listu SFRJ br. 43/1982, 72/1982.

5 Službeni list RBiH br. 2/1992. Uredba je potvrđena Zakonom o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom, objavljen u Službeni list RBiH, br. 13/1994.

6 Izuzeta predstavlja Slovenija koja je već 1999. godine donijela novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu .

7 Zakon za međunarodno privatno pravo od 2007. Godinu, Službeni vesnik na Republika Makedonija, br. 87/2007.

8 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europske zajednice i njenih država, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane, potpisan je 16. 6. 2008. Cijeloviti tekst Sporazuma na web-stranici Vijeća ministara BiH, <http://www.dei.gov.ba>. (27. 9. 2009.)

zakonodavstvom Zajednice (čl. 1. st. 2. tač. d), Bosna i Hercegovina je očitovala svoje opredjeljenje „za usklađivanjem postojećeg zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice i nastojanje da osigura postepeno usklađivanje svojih postojećih zakonodavstava i budućeg zakonodavstva sa pravnom stečevinom Zajednice (čl. 70.). Međutim, i prije potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, čak prije otpočinjanja procesa stabilizacije i pridruživanja (pregovori su započeli 2006. godine), u vrijeme kada na međunarodnoj razini nije postojala obaveza preuzimanja *acquis communautaire*, na nacionalnoj razini 2003. godine uvedena je obveza za organe Bosne i Hercegovine da prilikom izrade novih propisa vode računa o suglasnosti s europskom pravnom stečevinom.⁹

Dodamo li ovim obavezama Bosne i Hercegovine i činjenicu da veliki broj naših građana danas živi na području Europske unije, postaje jasno od kolikog su značaja procesi usklađivanja domaćeg prava s europskim. Ovo usklađivanje, u sadržajnom smislu i u praksi, za Bosnu i Hercegovinu ponajprije znači prihvaćanje, usvajanje europskog prava, odnosno njegove pravne stečevine kao pretpostavke koju su morale ispuniti i druge države koje su pristupile Europskoj uniji. U trenutku stupanja u članstvo mora postojati visok stupanj kompatibilnosti s pravom Europske unije. Zbog toga je od posebne važnosti vidjeti na kojem se dijelu puta nalazi bosanskohercegovačko pravo, odnosno ocijeniti stupanj usklađenosti domaćih propisa s europskim, te ukazati na moguće pravce harmonizacije.

U prvom dijelu rada osvrnut ćemo se na kompatibilnost domaćih rješenja sa europskim u oblasti izbora mjerodavnog prava. Drugi dio rada odnosit će se na usklađenost domaćih rješenja s europskim u oblasti određivanja međunarodne nadležnosti. Relevantni europski akti za oblasti razvoda braka su: Uredba 2201/2003 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnoj materiji i materiji roditeljskog staranja¹⁰ (u daljem tekstu Uredba Brissel IIa) i Uredba (EU) br. 1259/2010 o provođenju pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka¹¹ (u daljem tekstu Uredba Rim III). U trećem dijelu rada ukazat ćemo na moguće pravce harmonizacije domaćeg međunarodnog brakorazvodnog prava sa pravom EU.

9 Odluka o procedurama u postupku harmonizacije zakonodavstva BiH sa *acquis communautaire*, Službeni glasnik BiH, 44/2003.

10 Službene novine EU br. L 338/1 od 23.12.2003.

11 Usvojena je 20. 12. 2010. (Službenom listu Europske unije L 343 od 29.10.2010., str. 10.), a primjenjuje se, sukladno čl. 21., od 21.6.2012. godine u četrnaest država članica potpisnice ove Uredbe (Austrija, Belgija, Bugarska, Francuska, Italija, Letonija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Njemačka, Portugal, Rumunjska, Slovenija, Španjolska).

2. Usklađenost domaćih kolizionih normi sa rješenjima Uredbe Rim III

Osnovna karakteristika domaćih kolizionih normi (čl. 35. ZMPP) jeste da se kao primarna tačka vezivanja uzima državljanstvo, odnosno zajedničko državljanstvo bračnih partnera. Time je zakonodavac istakao stav o pripadanju i prihvaćanju europske kontinentalne pravne tradicije, ali i osigurao da statusna pitanja fizičkih osoba budu podvrgnuta njihovom državljanском pravu. U nedostatku zajedničkog državljanstva zahtijeva se kumulativna primjena prava država čiji su državljani bračni partneri, što za posljedicu ima da će se razvod braka moći izreći samo ukoliko budu ispunjeni uvjeti koje postavlja strože pravo (čime se otežava razvod braka). Zakonodavac je time pokazao da je skloniji tradiciji, s tim da se ne smije zaboraviti da ovo rješenje ipak garantira priznanje odluke o razvodu braka u zemljama čiji su državljani bivši bračni partneri. ZMPP također sadrži i pravila *in favorem divortii*, koja određuju kao mjerodavno domaće pravo, ukoliko je jedan od bračnih partnera domaći državljanin, pa i onda kada to nije slučaj, ako je u vrijeme podnošenja tužbe jedan od bračnih partnera imao prebivalište u Bosni i Hercegovini. Na taj način zakonodavac je pokazao da slijedi i trend olakšavanja razvoda braka ako postoji veza s domaćim pravnim poretком.

Kolizionopravna rješenja sadržana u Uredbi Rim III predstavljaju novost za većinu država članica. Primarna tačka vezivanja jeste autonomija volje. Bračni partneri mogu birati između sljedećih alternativa (član 5.): prava države u kojoj su bračni partneri, u momentu izbora mjerodavnog prava, imali zajedničko redovno boravište, ili prava države u kojoj su bračni partneri imali posljednje zajedničko redovno boravište, ukoliko jedan od njih, u momentu izbora mjerodavnog prava, još uvijek tu ima redovno boravište, ili prava države čije državljanstvo posjeduje jedan od bračnih partnera u momentu izbora mjerodavnog prava, ili prava države suda. Ukoliko bračni partneri nisu postigli sporazum, za razvod ili rastavu braka bit će mjerodavno jedno od sljedećih prava: pravo zajedničkog redovnog boravišta bračnih partnera u momentu pokretanja postupka, ili pravo posljednjeg zajedničkog redovnog boravište bračnih partnera, ukoliko ono nije prestalo godinu dana od početka postupka i jedan od bračnih partnera još uvijek tu ima redovno boravište, ili pravo zajedničkog državljanstva bračnih partnera u momentu pokretanja postupka, ili pravo države suda.

Domaće kolizione norme, kao što vidimo, znatno odstupaju od pravila sadržanih u Uredbi Rim III. S obzirom na nizak stepen usklađenosti domaćih rješenja s europskim, s pravom se postavlja pitanje

njihove prihvatljivosti za Bosnu i Hercegovinu. Kao ključno, nameće se pitanje mogućnosti prihvaćanja autonomije volje u oblasti međunarodnog brakorazvodnog prava.

3. Usklađenost domaćih sa rješenjima Uredbe Brissel IIa

Uspoređujući odredbe o nadležnosti u bračnim sporovima propisane u ZMPP i odredbe Uredbe Brissel IIa možemo, kao prvo, uočiti razliku koja slijedi iz same pravne prirode teksta Uredbe i teksta našeg ZMPP, a to je da se Uredbom određuje izravna nadležnost sudova neke od država članica Europske unije, a našim pravilima izravna međunarodna nadležnost bosanskohercegovačkih sudova. Opća međunarodna nadležnost bosanskohercegovačkih sudova utemeljena je na načelu *actor sequitur forum rei* (čl. 46. st. 1. ZMPP). Za razliku od Uredbe 2201/2003 koja se u čl. 3. st. 1. tač. a. crt. 3. koristi poveznicom redovnog boravišta, bosanskohercegovački zakonodavac koristi se poveznicom prebivališta tuženika. U slučaju kada tuženi nema prebivalište na teritoriji Bosne i Hercegovine, ZMPP sadrži pravila o posebnoj međunarodnoj nadležnosti domaćeg suda koja su jednako kao i u čl. 3. Uredbe Brissel IIa postavljena alternativno. Jedan od propisanih alternativa i u ZMPP (čl. 61. st. 1. tač. 1.) i u Uredbi Brissel IIa (čl. 3. st. 1. tač. b.) jeste zajedničko državljanstvo bračnih partnera. Određena sličnost postoji i kada se radi o alternativnoj poveznici posljednjeg zajedničkog prebivališta, samo što je u ZMPP postavljen dodatni zahtjev da tužilac u vrijeme podnošenja tužbe ima prebivalište ili boravište u Bosni i Hercegovini (čl. 61. st. 1. tač. 3.). Uredba 2201/2003 govori o posljednjem zajedničkom boravištu, a kao dodatni uvjet postavlja se zahtjev da jedan od bračnih partnera još uvijek tu ima boravište (čl. 3. st. 1. tač. a. crt. 2.). Nadležnost s obzirom na podnositelja zahtjeva (*forum actor*) propisan je i u slučaju kada je on državljanin Bosne i Hercegovine i ima prebivalište u Bosni i Hercegovini. Uredba 2201/2003 također propisuje nadležnost s obzirom na tužioca, ali je veže za njegovo redovno boravište u određenom vremenskom periodu (čl. 3. st. 1. tač. a. crt. 5. i 6.). Međunarodna nadležnost bosanskohercegovačkog suda predviđena je i u slučaju kada su bračni partneri strani državljani. Za razliku od Uredbe Brissel IIa, koja propisuje da je zajedničko redovno boravište u državi članici dovoljno za uspostavu nadležnosti njenog suda (čl. 3. st. 1. tač. a. crt. 1.), ZMPP, osim teritorijalne veze – zajedničko prebivalište u Bosni i Hercegovini – zahtijeva još dvije pretpostavke, i to: pristanak tuženika i da je po propisima države zajedničkog državljanstva bračnih

partnera ta nadležnost dopuštena (čl. 62.). U skladu s načelom razrješivosti braka prihvaćenim u našem pravu i radi zaštite domaćih državljana, ZMPP sadrži pravilo o nadležnosti prema kojem će bosanskohercegovački sud biti nadležan za razvod braka ako je tužilac naš državljanin, a pravo države čiji bi sud bio nadležan ne predviđa institut razvoda braka (čl. 63.).

Osnovna razlika koja proizlazi iz ove kratke usporedbe čl. 3 Uredbe 2201/2003 s bosanskohercegovačkim propisima o međunarodnoj nadležnosti jeste u osnovnom kriteriju koji se koristi za uspostavljanje nadležnosti. I ZMPP i Uredba 2201/2003 koriste se objektivnim kriterijima, ali je to u ZMPP prebivalište, a u Uredbi 2201/2003 redovno boravište. Sličnost je u tome što i jedan i drugi izvor predviđaju nadležnost foruma zajedničkog državljanstva, foruma tuženika i, pod određenim uvjetima, foruma tužioca. Sasvim je jasno da je jedno od osnovnih pitanja prilikom buduće reforme bosanskohercegovačkog procesnog međunarodnog privatnog prava radi njegova usklađivanja s europskim pravom biti prihvaćanje kriterija redovnog boravišta uz kriterij prebivališta, ili umjesto njega.

4. Mogući pravci harmonizacije

4. 1. Prihvaćanje kolizionopravne autonomije za razvod braka

U skladu sa globalnim kretanjima u razvoju kolizionog prava u mnogim oblastima¹², europski zakonodavac Uredbom Rim III uvodi kolizionopravnu autonomiju volje u oblast bračnih odnosa. Ovakav pristup u skladu je sa zbivanjima koja se jasno mogu pratiti: s jedne strane norme koje donosi država u oblasti braka i porodice sve više „omekšavaju“ i omogućavaju bračnim partnerima da sami odrede dužinu trajanja i formu svog zajedničkog života. S druge strane mobilnost stanovništva u posljednjem desetljeću osjetno je porasla. Različito motivirane migracije otežavaju nacionalnom zakonodavcu jasno identificiranje države sa kojom su bračni partneri u najbližoj vezi.¹³ Kolizionopravna autonomija volje, u ovoj situaciji, nameće se kao vrlo dobro rješenje. U europskoj pravnoj teoriji navode se brojni razlozi u prilog proširenja koncepta autonomije volje i na druge pravne oblasti, a ne samo ugovorne odnose.

12 Više u: Leible, S., *Parteiautonomi im IPR – Allgemeines Akknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung*, FS Erick Jayme, 2004, str. 485 – 503.

13 Basedow, J., *Das internationale Scheidungsrecht de EU, Anmerkungen zur Rom III –Verordnung* u: Borić, T., Lurger, B., Schwarzenegger, P., Terlitz, U., *Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II*, FS für Willibald Posch, Wien, 2011., str. 21.

Uvođenje autonomije volje znači, u izvjesnom smislu, odstupanje od slijepe kolizije pravičnosti koja izbor mjerodavnog prava čini predvidljivim i davanje izvjesne prednosti materijalnoj pravičnosti koja podrazumijeva da stranke biraju ono pravo koje najbolje odgovara njihovim interesima. Volja stranaka, a ne neka druga tačka vezivanja, predstavlja vezu s izabranim „najboljim pravom“.¹⁴ Stranke imaju pravo, koje im se ne može osporiti, da svoje privatnopravne odnose podvrgnu zakonu koji najbolje odgovara njihovim interesima.¹⁵ Objektivne tačke vezivanja javljaju se kao supsidijarna vezivanja u situaciji kada stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, ili radi zaštite prava trećih, odnosno općih društvenih interesa. Dakle, objektivne tačke vezivanja bi trebale predstavljati izuzetak, a ne pravilo.

U prilog autonomiji volje navodi se još jedan razlog značajan za razvoj europskog međunarodnog privatnog prava: reguliranje prekograničnih privatnopravnih odnosa krutim, imperativnim kolizionim normama predstavlja ograničenje temeljnih prava predviđenih Ugovorom o funkcioniranju EU, dovodi do neravnopravnog tretmana i diskriminacije učesnika tih odnosa u odnosu na reguliranje privatnopravnih odnosa koji nemaju međunarodni karakter.¹⁶ U tom smislu bi se uvođenjem autonomije volje anuliralo ograničenje osnovne slobode – slobode kretanja osoba u okviru koje razlikujemo sloboda izbora poslovnog nastana - čl. 49. i sloboda kretanja radnika - čl. 45.¹⁷ Bračnim partnerima koji imaju redovno boravište u državi čije državljanstvo ne posjeduju treba omogućiti da umjesto prava zajedničkog državljanstva izaberu pravo redovnog boravišta za reguliranje njihovih bračnih odnosa.¹⁸ Njihov je izbor izraz njihove integracije u toj državi, te drugačiji tretman u odnosu na državljane te države ne bi biti opravdan.

Nadalje, navodi se da prihvaćanje autonomije volje utječe na povećanje razine pravne sigurnosti kao posljedica predvidljivosti mjerodavnog prava,¹⁹ što uveliko doprinosi stabilnosti privatnopravnih odnosa na međunarodnom planu.

14 Leibel, S., *op. cit.*, str. 503.

15 Henrich, D., *Parteiautonomi, Privatautonomi und kulturelle Identität*, FS Erick Jayme, 2004, str. 321.

16 Lurger, B., *Zukunftsperspektiven für europäische Familien- und Erbrecht u: Bäck, E., (Hrsg) Familien- und Erbrecht: Europas Perspektiven*, Wien, 2007., str. 69.

17 Von Wimowsky, P., *EG-Vertarg und kollisionrechtliche Rechtswahlfreiheit*, *RabelsZ* 62, 1998., str. 3., Rühl, G., *Die Kosten der Rechtswahlfreiheit*, *RabelsZ* 71, 2007., str. 590-591.

18 Henrich, D., *op. cit.*, 323.

19 Leibel, S., *op. cit.*, str. 503.

U pogledu izbora dominantne tačke vezivanja u oblasti bračnih odnosa, još uvijek je prisutna konkurencija između državljanstva kao personalne tačke vezivanja, domicila i redovnog boravišta kao teritorijalnih veza, te *lex fori* na kojem insistira jedan broj država. Cjelokupno međunarodno porodično pravo obilježeno je nemogućnošću država članica Europske unije da postignu dogovor u pogledu primarne tačke vezivanja.²⁰ Ovo pitanje podijelilo je države i njihove pravne sisteme na dva bloka i predstavlja smetnju procesu ujednačavanja kolizionih normi. Uvođenjem autonomije volje u ovu oblast zaobilazi se spomenuti konflikt, pozitivno se utječe na rješavanja međunarodnih razvoda braka i olakšava priznavanje stranih brakorazvodnih odluka.

Autonomija volje, bez obzira na to da li se njeno uvođenje obrazlaže davanjem prednosti materijalnoj pravičnosti ili zahtjevom za ispunjenjem temeljnih sloboda, ne može biti opći princip u međunarodnom bračnom pravu. Prednost treba dati ograničenoj autonomiji volje, odnosno davanjem mogućnosti izbora između onih zakonodavstava koja je zakonodavac fiksirao kao tijesno povezana s odnosima te vrste.²¹ Ovakav pristup ima oslonac i u Savignyjevoj teoriji o „sjedištu pravnog odnosa“, prema kojoj se, kao mjerodavno, treba primijeniti pravo one države kojoj privatnopravni odnos „pripada“, odnosno s kojim postoji najtješnja veza.²² Na ovaj način se štite same stranke, bračni partneri od mogućnosti da se na njihov razvod braka primijeni pravo države sa kojom nisu ni na koji način povezani.

Razlozi koji se u europskoj pravnoj teoriji navode u prilog autonomije volje smatramo u potpunosti prihvatljivim i za naše pravo. Ovo posebno ako imamo u vidu već spomenutu obavezu Bosne i Hercegovine na usklađivanje domaćih propisa s europskim, novije nacionalne reforme međunarodnog privatnog prava koje idu u pravcu prihvaćanja autonomije volje u oblasti bračnog prava (posebno one u regiji), te činjenicu da veliki broj naših građana živi, trajno ili privremeno, na području Europske unije.

4.2. Prihvaćanja redovnog boravišta

Komunitarno međunarodno privatno pravo razvija se u pravcu prihvaćanja redovnog boravišta kao primarne tačke vezivanja za

20 Rauscher, H., *Heimatlos in Europa? - Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzip im IPR* u: FS Erick Jayme, 2004, str. 730.

21 Volja jedne osobe da kao personalno pravo izabere pravo države X, dakle bilo koje pravo, ne može se uzeti kao dovoljno snažan težišni kontakt. Kohler, C., *Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im Internationalen Familienrecht* u: Freitag, R., Leible, S., Sippel, H., Wanitzke, U., *Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert*, 2006., str. 11.

22 Von Savigny, K.F., *System des heutigen Römischen Recht VIII*, 1849, str. 43.

određivanje mjerodavnog prava i kao osnovnog kriterija za određivanje međunarodne nadležnosti.²³ To je i razumljivo s obzirom da je primjena državljanškog principa u Europskoj uniji u određenoj mjeri sužena (ali ne i odbačena) uslijed pravila primarnog prava. Ovdje se, prije svega misli, na opću zabranu diskriminacije na osnovu državljanstva sadržanu u čl. 18. Ugovora o funkcioniranju EU, te posebne odredbe o slobodnom kretanju osoba: sloboda kretanja i boravka – čl. 20. i 21., sloboda poslovnog nastana - čl. 49, sloboda pružanja usluge - 56 i sloboda kretanja radnika - čl. 45. Redovno boravište jednostavan je koncept koji podrazumijeva boravljenje na određenoj teritoriji i određenu stalnost tog boravka. Nedostaje mu, dakle, voljni element, odnosno namjera osobe da tu živi.²⁴ Odsustvo subjektivnog elementa u pojmu redovnog boravišta omogućava njegovo jednostavnije utvrđivanje u odnosu na prebivalište. Redovno boravište smatra se vrstom činjeničnog prebivališta.²⁵ Pored toga, koncept prebivališta podložan je različitom tumačenju u okviru nacionalnih zakonodavstava, te bi primjena redovnog boravišta umjesto prebivališta otklonila ovaj problem. Favoriziranje redovnog boravišta pravda se postojanjem očigledne veze između osobe i države u kojoj je njeno središte života i rada: pitanja osobnog statusa trebala bi biti podvrgnuta pravu države u kojoj ta osoba živi i radi. To posebno vrijedi za razvod braka jer bračni partneri žele se razvesti tamo gdje žive i ne računaju na brakorazvodno pravo države čiji su državljani.²⁶ Prihvatanje redovnog boravišta predstavlja odgovor na pojačanu mobilnost europskih građana, potječe integraciju ljudi, pozitivni utječe na njihovu asimilaciju u novu sredinu: svi građani jedne države bivaju podvrgnuti jednakom pravu bez obzira na njihovo državljanstvo. Prilikom izrade Druge briselske konvencije,²⁷ prvi put je usvojeno redovno

23 Favoriziranje redovnog boravišta od strane europskog zakonodavca sasvim je razumljivo ako EU promatramo kao zajednicu država članica od kojih svaka ima zakonodavnu samostalnost te se kod pravnih odnosa povezanih sa više država članica javlja sukob zakona internog karaktera. Možemo je usporediti i sa SFRJ, koja je zbog složene unutarnje strukture, pet republika i dvije autonomne pokrajine, te podjele nadležnosti između federacije i republika (pokrajini), donijela posebna pravila o rješavanju internog sukoba zakona. Primarna tačka vezivanja u oblasti bračnih i porodičnih odnosa bilo je prebivalište, a državljanstvo teritorijalne jedinice javljalo se kao supsidijarno rješenje.

24 Više o tome u: Varadi, T., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad, 1990, str. 183–187. Muminović, E., *Međunarodno privatno pravo*, Sarajevo, 2006., str. 119–126.

25 Više o tome u: Sajko, K., *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb, 2009, str. 136.

26 Rauscher, T., *op. cit.*, str. 733.

27 Briselska konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim predmetima (Službene novine C 221 od 16. 7. 1998.) služila je kao osnova za izradu Uredbe 1347/2000 o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim

boravište kao kriterij za zasnivanje međunarodne nadležnosti umjesto prebivališta. Ono je okarakterizirano kao činjenica koja ispunjava zahtjev objektivnosti, istaknuto je da je ono u interesu stranaka i da osigurava fleksibilnost pravila u uvjetima mobilnosti pojedinaca, a da ne žrtvuje pravnu sigurnost.²⁸ Pojam „redovno boravište“ u europskom pravu, iako predstavlja centralnu poveznicu u Uredbi Brissel II i Uredbi Rim III, ali i u Uredbi 4/2009, Uredbi Rim I i Uredbi Rim II, nije svjesno definiran²⁹, već je određivanje prepušteno praksi. Sud EU je u slučaju Swaddling³⁰ zauzeo stav da je redovno boravište neke osobe u onoj državi u kojoj ona redovno boravi i gdje joj je uobičajni centar interesa. Od značaja su i odluke Suda EU u predmetu J. McB/L.E.³¹ i u predmetu Mercedi/Cfaffe³² te odluke austrijskog Vrhovnog suda³³ i njemačkog Višeg okružnog suda³⁴, u kojima

predmetima i predmetima roditeljska odgovornosti za zajedničku djecu bračnih partnera (Službene novine L 160 od 16. 6. 2000.), a ova je kasnije pretočena u Uredbu 2201/2003.

28 Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen aufgrund von Artikel K. 3 des Vertrags über die Europäische Union über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen, Službene novine EZ, C 221/27, 16.7.1998.

29 To ne znači da se postojanje ili nepostojanje redovnog boravišta smije utvrđivati prema pravu svake države članice, već se traži da se taj koncept određuje autonomno imajući u vidu kriterije utvrđene unutra EU. Pored prakse sudova potrebno je navesti i Borrás Report (1998) koji upućuje na definiciju pojma „stalno prebivalište“ dano od strane Suda EU u vezi sa primjenom Briselske konvencije iz 1968. godine. Prema toj definiciji odlučujuće je „mjesto u kojem je osoba ustanovila, na postojanom temelju, stalno i uobičajno središte svojih interesa, dodjelila mu postojanost, pri čemu se za utvrđivanje tog boravišta trebaju uzeti u obzir sve bitne činjenične okolnosti.“ - Odluka u predmetu P.M. *Fernandez v. Commission of the EC*, od 15. 9. 1994., C-452/93 Zbirka odluka Europskog suda 1994I 4301, br. 22.. s obzirom da je Uredba Brissel II (zamišljena kao *lex specialis*) potekla od Uredbe Brissel I (zamišljene kao *lex generalis*), općeprihvaćen je stav da bi oba akta trebala slijediti i ista načela. To znači da bi identične izraze trebalo tumačiti na isti način te bi i praksu Suda EU u vezi sa Uredbom Brissel I trebalo uzimati u obzir i u vezi sa Uredbom Brissel II, odnosno Uredbom Brissel Ila (Borrás Report (1998), tač. 6.). Vidjeti u Medić Musa, I., *Komentar uredbe Bruxelles II bis u području roditeljske skrbi*, Osijek, 2012., str. 58-59.

30 Vidi predmet C-90/97, Robin Swaddling v. Adjudication Officer, presuda od 25.2.1999, paragraf 29

31 Sud EU, C-400/10 PPU, 2011, presuda od 5.10.2010.

32 Sud EU, C-497/10 PPU, 2011, presuda od 22.12.2010; vidjeti u: IPRax 4/2012, str. 340-345; iFamZ, mart 2011., str. 103.

33 OGH, 16.11.2010, 5 Ob 194/10f; vidjeti u: IPRax 4/2012, str. 350-351; iFamZ, mart 2011., str. 104.

34 OLG Stuttgart – Brüssel Ila – VO (VO (EG) Nr. 2201/2003) Art. 2 Nr. 7 S. 2,8 (17. ZS – FamS -, Beschluss v. 30.3.2012 – 17 UF 338/11); FamRZ 18/2012, str. 1503.

se kao i ranije spomenutoj radi o odvođenju djeteta, ali iz kojih se mogu, izričito ili prešutno, izdvojiti četiri principa bitna za određivanje pojma redovnog boravišta uopće: 1. Tumačenje se vrši autonomno; 2. Pojam je činjenične prirode; 3. I tek rođeno dijete dobiva rođenjem redovno boravište; 4. Redovno boravište, osim u izuzetnim slučajevima, ne podrazumijeva dužinu trajanja.³⁵ Osoba ima redovno boravište u državi u kojoj je njeno sjedište života i rada. Redovno boravište odražava centar životnih interesa osobe. Ako je nejasno ima li osoba redovno boravište u određenoj državi, potrebno je uzeti u obzir sve činjenične okolnosti, kojima se može utvrditi da se ne radi samo o prolaznom i trenutnom prisustvu u toj državi. Pri tome se posebno, u svakom konkretnom slučaju, trebaju razmotriti sljedeće činjenice: razlozi boravka, starost osobe, stepen integracije u okruženje, dužina boravka.³⁶ Dakle redovno boravište treba biti ojačano kroz porodične, poslovne i socijalne veze sa državom boravka, da tu bude efektivno središte života i rada, a da dužina boravka bude samo jedna od mnogih objektivnih indicija koje treba uzeti u obzir.³⁷ To jasno proizlazi iz odluke Suda EU iz 2009. godine, koji je dao tumačenje ove poveznice ističući, između ostalog, da redovno boravište odgovara mjestu u kojem je došlo do određene integracije djeteta u socijalno i familijarno okruženje. Sud države članice će odrediti redovno boravište djeteta uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, a posebno dužinu, redovnost i okolnosti boravka u državi članici, razloge boravka i preseljenja familije u tu državu, državljanstvo djeteta, mjesto i okolnosti školovanja, poznavanje jezika kao i familijarnu i socijalnu vezu djeteta sa tom državom.³⁸ Interesantno je navesti mišljenje generalnog advokata Kokotta od 29. 1. 2009. koje je dao Sudu EU u vezi sa spomenutim slučajem, a u odnosi se na pojam redovnog boravišta: „Redovno boravište djeteta nalazi se u mjestu, u kojem se, sagledavajući sve relevantne činjenične okolnosti, posebno dužinu i redovnost boravka, kao i familijarne i socijalne veze, nalazi

35 Siehr, K., *Kindesentführung und EuEheVO*, IPRax 4/2012., str. 317.

36 *Ibidem*.

37 Njemački Viši okružni sud navodi sljedeće „... ako je boravak trajao šest mjeseci, prihvata se redovno boravište...” (OLG Stuttgart – Brüssel IIa – VO (VO (EG) Nr. 2201/2003) Art. 2 Nr. 7 S. 2,8 (17. ZS – FamS -, Beschluss v. 30.3.2012 – 17 UF 338/11); FamRZ 18/2012, str. 1503); Austrijski Vrhovni sud navodi da „... potvrđivanje redovnog boravka u Austriji nakon godinu dana boravka,....., ne predstavlja nerazumno tumačenje komunitarnog prava“ (OGH, 16.11.2010, 5 Ob 194/10f, iFamZ, mart 2011., str. 104.).

38 EuGH, Urteil v. 2.4.2009. – Rs. C-523/07 – A, Slg. 2009, I - 2805, Vidjeti u: Basedow, J., *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union*, IPRax 2/2011, str. 115.

središte njegovih životnih aktivnosti“.³⁹ Upravo svakodnevne životne aktivnosti vezuju osobu za određenu teritoriju, te ta veza, bez obzira na njeno državljanstvo, izražava središte njenih životnih odnosa te je podobna za određivanje mjerodavnog prava i međunarodne nadležnosti. Pored europskog prava, redovno boravište rasprostranjeno je u konvencijskom i usporednom međunarodnom privatnom pravu. Haške konvencije široko primjenjuju ovu tačku vezivanja i upravo je zahvaljujući njima redovno boravište ušlo u bosanskohercegovačko međunarodno privatno pravo: Haška konvencija o formi testamenta iz 1961., Haška konvencija o mjerodavnom pravu za drumske nesreće iz 1971., Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980. Nacionalne kodifikacije međunarodnog privatnog prava, posebno novije, daju primat principu redovnog boravišta u odnosu na druge tačke vezivanja specifične za oblast međunarodnog porodičnog prava, npr. bugarski ZMPP iz 2005. (čl. 4. st. 1., čl. 6. st. 1., čl. 7. st. 1., čl. 82. st. 2.), belgijski ZMPP iz 2004. (čl. 5., čl. 42., čl. 55. St. 1., 2. i 3.), turski ZMPP iz 2007. (čl. 14. D). Njemački zakonodavac je postojeći čl. 17. Uvodnog zakona u njemačku Građanski zakonik koji regulira razvod braka vezivanjem za državljanstvo zamijenio rješenjima Uredbe Rim III koja kao primarnu tačku vezivanja uzima redovno boravište. Jednaka je situacija i u svim drugim državama članicama koje su obuhvaćene mehanizmom pojačane suradnje u oblasti razvoda braka. Reforma međunarodnog privatnog započeta u susjednim zemljama ide u pravcu harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU što, između ostalog, podrazumijeva prihvaćanje redovnog boravišta.⁴⁰

Koncept redovnog boravišta sa navedenim karakteristikama i razlozima njegovog uvođenja u europskom međunarodno privatnom pravo smatramo prihvatljivim za bilo koju državu, pa tako i za Bosnu i Hercegovinu. Ovo posebno ako imamo u vidu da Bosna i Hercegovina slijedi općeprihvaćeni trend liberalizacije razvoda braka koji se ogleda u

39 Pirrung, J., *Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes bei internationalem Wanderleben und Voraussetzungen für die Zulässigkeit einstweiliger Massnahmen in Sorgerechtsachen nach der EuEheVO*, IPRax 1/2011, str. 51.

40 Vidjeti za Srbiju: Bordaš, B., *Harmonizacija domaćeg prava sa pravom Evropske unije na primeru razvoda braka sa stranim elementom* u: Petrović, M., Đorđević, S., *Savremena pitanja međunarodnog privatnog prava i evropskog privatnog prava*, Kragujevac, 2011., str. 169 – 186; za Crnu Goru: Kostić Mandić, M., *Koncept autonomije volje u novom međunarodnom privatnom pravu Crne Gore* u: Petrović, M., Đorđević, S., *Savremena pitanja međunarodnog privatnog prava i evropskog privatnog prava*, Kragujevac, 2011, str. 157 – 168; za Hrvatsku u: Sajko, K., Sikirić, H., Bouček, V., Babić, D., Tepeš, N., *Izvori hrvatskog i evropskog međunarodnog privatnog prava*, Zagreb 2001, str. 259 – 340. - DODATI

prihvatanju pravila *in favorem divortii* u korist primjene domaćeg prava. Vezivanje za redovno boravište predstavlja vrlo često sinonim za primjenu *lex fori* i udovoljava potrebama države prijema. Primjena domaćeg prava je i olakšanje za suce, jer primjenjuju pravo koje najbolje poznaju, a i oslobođeni su svih onih problema vezanih za primjenu stranog prava: saznanje, tumačenje, odstupanje od primjene stranog prava itd. Naravno, primjena *lex fori* zahtijeva postojanje dovoljno snažne veze sa domaćom državom koja to opravdava. Usvajanje redovnog boravišta ne bi značilo eliminaciju državljanstva, već bi zajedničko državljanstvo bračnih partnera i dalje moglo biti činjenica na osnovu koje se može odrediti mjerodavno pravo, sporazumom ili kao objektivna tačka vezivanja, odnosno kriterij na osnovu kojeg bi se mogla zasnovati međunarodna nadležnost.

5. Zaključak

Reforma bosanskohercegovačkog međunarodnog privatnog, pa tako i brakorazvodnog prava, rad je koji očekuje nadležne organe u Bosni i Hercegovini prije ili kasnije.⁴¹ U tom radu postaviti će se i pitanje da li reforma treba ići u pravcu harmonizacije domaćeg prava sa pravom Europske unije. Mislimo da to nije pitanje izbora, već da se radi o obavezi koju Bosna i Hercegovina treba ispuniti na svom putu prema Europske unije, a koju su bile dužne ispuniti i druge države članice. Naravno, rješenja domaćeg prava ne trebaju biti identična onima iz Uredbe Brissel IIa i Uredbe Rim III, što nije cilj ni u samoj EU. Ona trebaju biti usklađena sa postojećim *acquis communautaire* (pravnom tekovinom; „europskim međunarodnim privatnim pravom“) u ovoj oblasti. Upravo zbog toga je značajno usporediti domaća rješenja sa onima sadržanim u izvorima Europske unije, kao bi se utvrdilo u kojoj mjeri odstupaju od europskih te ukazati na moguće pravce harmonizacije. Pored rješenja europskog zakonodavca, od značaja su i konvencijska i usporedna (posebno regionalna) rješenja u oblasti međunarodnog brakorazvodnog prava.

Analiza domaćih rješenja sadržanih u ZMPP i europskih sadržanih u Uredbi Brissel IIa i Uredbi Rim III pokazuje značajne razlike u pogledu primarne tačaka vezivanja i kriterija za izbor mjerodavnog prava. Domaća kolizijska norma polazi od državljanstva kao polaznog rješenja, pod

⁴¹ Prof. dr. Valerija Šaula smatra da ne postoji realna urgentna potreba za promjenom postojećeg zakonodavnog okvira u ovoj oblasti, jer su postojeća rješenja sasvim adekvatna. Šaula, V., Da li je došlo vrijeme za donošenje novih zakona o međunarodnom privatnom pravu u Bosni i Hercegovini, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka 2011, God. 33, Broj. 33, str. 91 – 103.

određenim uvjetima dozvoljava i primjenu domaćeg prava. Uredba Rim III uzima autonomiju volje kao primarnu tačku vezivanja, a u slučaju nedostatak sporazuma o izboru mjerodavnog prava, predviđa objektivne tačke vezivanja: redovno boravište, aktualno ili posljednje, zajedničko državljanstvo i *lex fori*. Osnovni kriterij za određivanje međunarodne nadležnosti u domaćem pravu je prebivalište, a u europskom je redovno boravište, s tim da i u jednom i u drugom izvoru susrećemo rješenja koja predviđaju nadležnost foruma zajedničkog državljanstva.

Razmatrana pravila Europske unije, spomenuta konvencijska i usporedna rješenja dobra su osnova za određivanje pravaca razvoja bosanskohercegovačkog međunarodnog brakorazvodnog prava. Dva pitanja nameću se kao ključna: prvo, mogućnost prihvaćanja kolizionopravne autonomije volje i, drugo, usvajanje kriterija redovnog boravišta uz kriterij prebivališta, ili umjesto njega u oblasti izbora mjerodavnog prava i određivanja međunarodne nadležnosti.

Smatramo da aktualna situacija u Bosni i Hercegovini, koju karakterizira težnja za članstvom u Europskoj uniji, veliki broj naših građana koji, privremeno ili stalno, borave u nekoj od država članica, skorašnje članstvo Hrvatske u EU (od 1. 7. 2013. godine Bosna i Hercegovina graničit će sa Europskom unijom), reforme međunarodnog privatnog prava u zemljama regije koje idu u pravcu harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU, kao i razlozi koji se europskoj pravnoj teoriji navode u prilog prihvaćanja kolizionopravne autonomije volje i redovnog boravišta, daju pozitivan odgovora na oba pitanja.

Dakle, bosanskohercegovačko međunarodno brakorazvodno pravo trebalo bi se razvijati u pravcu prihvaćanja kolizionopravne autonomije volje i usvajanja redovnog boravišta kao tačke vezivanja i kao kriterija za određivanje međunarodne nadležnosti. To ne bi značilo, važno je napomenuti, eliminaciju državljanstva, odnosno zajedničkog državljanstva bračnih partnera kao poveznice u međunarodnom brakorazvodnom pravu.

Assistant Professor, Anita Duraković, LL.D.
University of „Džemal Bijedić“, Faculty of Law

Divorce in private international law in the Bosnian and European Law - The Possible Directions of Harmonization

Summary:

Membership in the European Union as a political goal for Bosnia and Herzegovina presupposes a need to harmonize legislation of Bosnia and Herzegovina with the European Union law. This means changing the existing solutions in line with those contained in the regulations of the European Union. For this reason it is important to compare the domestic provisions with those contained in the sources of the European Union, in order to determine the extent to which they differ from the existing solutions in the European Union, and to indicate the possible direction of harmonization. Besides the European legislature, conventional and comparative (especially regional) solutions in the area of international divorce law are also important. Analysis of local solutions contained in the International Private Law Act (ZMPP) and the European solutions, contained in Regulation Brussels IIa and Regulation Rome III show some differences which could be overcome by introducing collision regulation of the autonomy of will in the domain of divorce, as well as by adopting the habitual residence as a connection point for determining the applicable law, and as a criterion for determining the international jurisdiction.

Keywords: divorce in private international law, the harmonization of international divorce law, collision regulation of the autonomy of will, habitual residence.

Doc. dr. Alena Huseinbegović
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

POSTUPAK ZA DAVANJE DOZVOLE ZA SKLAPANJE BRAKA

Sažetak: Autorica u radu analizira slučajeve, propisane porodičnim zakonodavstvom, u kojima vanparnični sud odlučuje o davanju dozvole za sklapanje braka između osoba kod kojih postoje tzv. otklonjive bračne smetnje. U tom duhu obrađene su odredbe o davanju dozvole za sklapanje braka u slučajevima: maloljetstva, nesposobnosti za rasuđivanje i srodstva po tazbini, uz isticanje kritičkih opservacija na pojedina zakonska rješenja, kao i odgovarajućih pozitivnopravnih rješenja *de lege ferenda*.

Ključne riječi: maloljetstvo, nesposobnost za rasuđivanje, srodstvo po tazbini

1. Uvodna razmatranja

U postupku za davanje dozvole za sklapanje braka, vanparnični sud odlučuje o davanju dozvole za sklapanje braka između određenih osoba kada je zakonom propisano da se brak između njih može zaključiti samo na temelju dozvole suda.¹ Dozvola za zaključenje braka nužna je u određenim slučajevima, koji su propisani Porodičnim zakonima,² da bi se sklopio brak između osoba kod kojih postoje tzv. otklonjive bračne smetnje.

Bračne smetnje (*impedimenta dirimentia*) su negativno određene pretpostavke za punovažnost braka. To su, dakle, činjenice ili okolnosti, izričito određene zakonom, koje ne smiju postojati u momentu sklapanja

1 Čl. 74. Zakona o vanparničnom postupku Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, broj 2/98 i 39/04, 73/05 – u daljem tekstu ZVPFBiH). U Bosni i Hercegovini doneseni su i Zakon u vanparničnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, broj 36/09 – u daljem tekstu ZVPRS) i Zakon o vanparničnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, broj 5/01 – u daljem tekstu ZVPBDBiH).

2 U Bosni i Hercegovini u primjeni su entitetski zakoni: Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj 35/05, 41/05 u daljem tekstu PZFBiH) i Porodični zakon Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske, broj 54/2002 – u daljem tekstu PZRS), te Porodični zakon Brčko Distrikta BiH, broj 23/07 u daljem tekstu PZBDBiH)

braka, jer ometaju sklapanje punovažnog braka. Ako, ipak, dođe do sklapanja braka uprkos postojanju bračnih smetnji, njihovo postojanje povlači ništavost braka.³

Naše porodično zakonodavstvo predviđa sljedeće bračne smetnje: bračnost (PZFBiH, čl. 10);⁴ oduzeta poslovna sposobnost i nesposobnost za rasuđivanje (PZFBiH, čl. 11); srodstvo: krvno srodstvo (PZFBiH, čl. 12),⁵ srodstvo po usvojenju (PZFBiH, čl. 13)⁶ i srodstvo po tazbini (PZFBiH, čl. 14); maloljetstvo (PZFBiH, čl. 15) i nedostatak volje (PZFBiH, čl. 16).⁷

Zavisno od primjenjenog kriterijuma bračne smetnje se mogu klasificirati u više grupa: 1. otklonjive i neotklonjive - otklonjive smetnje su one za koje sud može dati odbrenje za sklapanje braka, ali samo u slučajevima koji su predviđeni u zakonu (u našem pravu to su maloljetstvo, srodstvo po tazbini i nesposobnost za rasuđivanje), dok se za neotklonjive bračne smetnje ne može dati dispencija; 2. trajne i

3 DRAŠKIĆ, M, *Porodično pravo i prava deteta, novi Porodični zakon Srbije, praksa Evropskog suda za ljudska prava u oblasti Porodičnog prava*, treće izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2007, str. 108

4 Zakonom je izričito propisano da brak ne može sklopiti osoba koja je već u braku. Niko ne može sklopiti novi brak dok mu postojeći nije prestao na zakonom propisan način. Ovo pravilo u funkciji je ostvarenja načela monogamije, koje je usvojilo i naše pravo, kao pozitivnu tekovinu evropske, pa i svjetske pravne civilizacije. Bračnost kao bračna smetnja povlači apsolutnu ništavost braka. Ona je neotklonjiva bračna smetnja, jer postojeći brak neke osobe predstavlja smetnju za sklapanje novog braka. Osim toga, bračnost je privremena bračna smetnja, s obzirom da protekom vremena može prestati. Bračnost je i apsolutna bračna smetnja, jer osoba koja je u braku ne može sklopiti novi brak ni sa jednom drugom osobom. *Ibidem*, str. 109.

5 Odredbom čl. 12. PZFBiH-a propisano je da se brak ne može sklopiti između krvnih srodnika u ravnoj i pobočnoj liniji do četvrtog stepena uključivo. Navedena odredba primjenjuje se i na odnos nastao potpunim usvojenjem. Za opravdanje postojanja ove bračne smetnje navode se: očuvanje dužnog poštovanja između najbližih srodnika, očuvanje reda u porodici i bojazan od rađanja fizički i psihički bolesnog potomstva. O tome više u: TRALJIĆ, N; BUBIĆ, S, *Bračno pravo*, I izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 50.

6 Prema čl. 13. PZFBiH-a brak ne mogu sklopiti usvojilac i njegov usvojenik u slučaju nepotpunog usvojenja.

7 Brak nije punovažan ako je bračni partner pristao na njegovo zaključenje u strahu izazvanom ozbiljnom prijetnjom ili u zabludi o osobnosti drugog bračnog partnera ili o njegovoj bitnoj osobini. U smislu čl. 16. st. 2. PZFBiH-a zabluda o osobnosti postoji kada je bračni partner mislio da stupa u brak s jednom osobom, a stupio je s drugom. Zabluda o bitnoj osobini bračnog partnera postoji kada se radi o osobini, odnosno okolnosti koja bi drugog bračnog partnera odvratila od sklapanja braka da je za nju znao, a posebno u slučaju krajnje opasne i teške bolesti, trajne i neizlječive spolne nemoći, trudnoće žene sa drugim muškarcem i ranije osude zbog krivičnog djela učinjenog protiv dostojanstva osobe i morala (PZFBiH, čl. 16. st. 3).

privremene – trajne smetnje mogu prestati samo smrću (krvno srodstvo), a privremene mogu prestati vremenom; 3. apsolutne i relativne – apsolutne smetnje onemogućavaju sklapanje braka sa bilo kojom osobom (bračnost, nesposobnost za rasuđivanje, maloljetstvo), dok relativne smetnje onemogućavaju sklapanje braka samo s određenom osobom (srodstvo).⁸

U vanparničnom postupku, sud odlučuje o davanju dozvole za sklapanje braka u slučajevima kod kojih između osoba koje žele sklopiti brak postoje tzv. otklonjive bračne smetnje, i to: maloljetstvo, nesposobnost za rasuđivanje i srodstvo po tazbini (v. stav. 2. čl. 11. i čl. 14. i 15. PZFBiH-a).

Naime, brak u pravilu ne može sklopiti osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost⁹ i koja je nesposobna za rasuđivanje¹⁰ (PZFBiH, čl. 11. st. 1). Izuzetno, sud u vanparničnom postupku može dozvoliti sklapanje braka osobi koja je nesposobna za rasuđivanje ako utvrdi da je

8 TRALJIĆ, N; BUBIĆ, S, *op. cit.*, str. 45-46. O tome više i u: JANJIĆ-KOMAR, M; KORAC, R; PONJAVIĆ, Z, *Porodično pravo*, četvrto izdanje, Izdavačko preduzeće „Nomos“, d.o.o. Beograd, Beograd, 1999, str. 93-94.

9 Poslovna sposobnost je sposobnost da se vlastitim izjavama volje stječu prava i obaveze. Poslovno sposobna osoba može sama sklapati punovažne pravne poslove.. Poslovna sposobnost stječe se punoljetstvom (s navršenih 18 godina života), a odlukom nadležnog vanparničnog suda poslovnu sposobnost, uz ispunjenje ostalih uvjeta, može steći maloljetnik stupanjem u brak s navršenih 16 godina života, kao i maloljetnik stariji od 16 godina koji je postao roditelj. Fizičke osobe mogu biti potpuno poslovno sposobne, djelimično (ograničeno) poslovno sposobne i poslovno nesposobne. Poslovna sposobnost oduzima se punoljetnoj osobi koja zbog duševne bolesti, zaostalog duševnog razvoja ili prekomjernog uživanja alkohola ili opojnih droga, senilnosti ili drugih uzroka nije sposobna sama brinuti se o svojim pravima i obavezama. Punoljetnoj osobi koja ugrožava svoja prava i interese ili prava i interese drugih osoba ograničava se poslovna sposobnost. (PZFBiH, čl. 192. st. 1 i 2). Djelimično poslovno sposobna osoba može sklapati samo poslove manjeg značaja, tj. poslove čije sklapanje je zakonom dopušteno, odnosno čije sklapanje odlukom suda o djelimičnom lišenju poslovne sposobnosti nije zabranjeno, dok su poslovi koje sklope ove osobe bez odobrenja suda pobojni, ali mogu biti osnaženi naknadnim odobrenjem (*negotium claudicans*).

10 Brak, u pravilu, nije punovažan ako ga sklopi osoba koje je nesposobno za rasuđivanje uslijed duševne bolesti (može biti posljedica trovanja, povreda, tumora na mozgu, sifilisa i drugih zaraznih bolesti, nasljedne prirode ili nepoznatih uzroka- npr. šizofrenija), privremene duševne poremećenosti (npr. zloupotreba alkohola ili opojnih sredstava), zaostalog duševnog razvoja (oligofrenija), fizičke i umne nezrelosti (maloljetstvo), staračke izlajpelosti ili nekog drugog razloga. Detaljnije: CVEJIĆ JANČIĆ, O, *Porodično pravo, Prvo izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, str. 87. „Moć rasuđivanja se sastoji u shvatanju značaja, u postojećem svetu stvari i odnosa, svojih postupaka i neposrednih posledica tih postupaka, da shvati šta čini i šta može prosteći iz onoga što čini“. Vidjeti: M. STEVANOV, M, „Pravna koncepcija braka“, *Reforma porodičnog zakonodavstva*, Beograd, 1971, str. 290. Prema: JANJIĆ-KOMAR, M; KORAC, R; PONJAVIĆ, Z, *op. cit.*, str. 105.

ona sposobna shvatiti značenje braka i obaveza koje iz njega proizlaze i da je brak očito u njenom interesu (PZFBiH, čl. 11. st. 2).¹¹ Navedena odredba ide u prilog poboljšanja porodičnog položaja duševnog bolesnika. Osim toga, smatra se da je bračna veza bolesne i zdrave osobe poželjna i sa gledišta poboljšanja toka bolesti mentalnog bolesnika. U vezi s tim postoje istraživanja koja potvrđuju da je u porodici bračnog tipa socioterapija bolesnika uspješnija od one u roditeljskoj porodici, kao mikrosredini. Smatra se da je duševni bolesnik s bračnim partnerom realnije povezan, a manje patološki simbolično, pa je i saradnja socioterapijskog tima sa bračnim partnerom obično bolja.¹²

Odredbama čl. 344. PZFBiH-a propisano je da se postupak za davanje dozvole za sklapanje braka pokreće na prijedlog osobe koja je nesposobna za rasuđivanje, u kojem se navode, pored osobnih podataka o osobama koje žele sklopiti brak, i činjenice na kojima se zasniva prijedlog, te dokazi o iznesenim činjenicama.

U cilju utvrđivanja da li je osoba nesposobna za rasuđivanje u stanju da shvati značaj braka i bračnih obaveza, odnosno da li je brak u njenom interesu, sud će u vanparničnom postupku pribaviti mišljenje zdravstvene ustanove i organa starateljstva, saslušati predlagatelja i osobu sa kojom on želi sklopiti brak, staratelja ili roditelja koji se stara o predlagatelju, te utvrditi osobna svojstva, imovinsko stanje i druge bitne okolnosti koje se odnose na osobu sa kojom predlagatelj namjerava sklopiti brak, a prema potrebi može izvesti i druge dokaze. Sud će, u pravilu, saslušati predlagatelja bez prisustva ostalih učesnika u postupku. Osim toga, sud će, na odgovarajući način, ispitati opravdanost prijedloga za davanje dozvole za sklapanje braka osobi nesposobnoj za rasuđivanje vodeći računa o ostvarivanju ciljeva braka i o zaštiti porodice, kao i o shvaćanjima sredine u kojoj žive osobe koje žele sklopiti brak (PZFBiH, čl. 345).

Protiv rješenja kojim se dozvoljava sklapanje braka osobi nesposobnoj za rasuđivanje žalbu mogu podnijeti predlagatelj, osoba sa kojom želi sklopiti brak, roditelji ili staratelj predlagatelja, te nadležan organ starateljstva, dok protiv rješenja kojim se odbija prijedlog za davanje dozvole žalbu mogu izjaviti predlagatelj i osoba sa kojom on namjerava sklopiti brak (PZFBiH, čl. 347).

11 Za razliku od rješenja u PZFBiH-a, prema čl. 32. PZRS-a i čl. 22. PZBDBiH-a brak ne mogu sklopiti osobe koje zbog duševne bolesti, duševne nerazvijenosti ili iz drugih razloga nije sposobno za rasuđivanje.

12 PERŠIĆ, N, *et al*, „Metodologija socijalizacije psihijatrijskih bolesnika u ekstramuralnim uslovima“, *Neuropsihijatrija*, 1-4/1976. Navedeno prema: JANJIĆ-KOMAR, M; KORAC, R; PONJAVIĆ, Z, *op. cit.*, str. 106.

Osobe nesposobne za rasuđivanje kojima je dozvoljeno sklapanje braka ne mogu brak sklopiti prije pravosnažnosti rješenja o davanju dozvole za sklapanje braka (PZFBiH, čl. 348). Prijedlog za davanje dozvole za sklapanje braka može se povući do pravosnažnosti rješenja o davanju dozvole za sklapanje braka (PZFBiH, čl. 349).

Što se tiče sklapanje braka u slučaju srodstva po tazbini, vanparnični sud može dati dozvolu za sklapanje braka srođnicima po tazbini (svekar i snaha, zet i tašta, očuh i pastorka i maćeha i pastorak), bez obzira da li je prestao brak čijim je sklapanjem nastalo ovo srodstvo, ako utvrdi da za to postoje opravdani razlozi (PZFBiH, čl. 14. st. 2).¹³ Sud je dužan cijeniti sve okolnosti slučaja, i ako nema elemenata izigravanja cilja braka, mogao bi takvim osobama izdati dozvolu za sklapanje braka. Na ovom mjestu značajno je istaći da entitetski Zakoni o vanparničnom postupku, kao i ZVPBDBiH-a, ne sadrže posebne odredbe o postupanju suda u ovim slučajevima, tako da bi *de lege ferenda*, u budućim izmjenama vanparnične procedure, zakonodavac trebao propisati tok postupka u kojem sud odlučuje o davanju dozvole za sklapanje braka srođnicima po tazbini.

ZVPFBiH-a, ZVPRS-a, kao i ZVPBDBiH-a sadrže samo odredbe o postupanju suda u slučaju davanja dozvole za sklapanje braka maloljetnim osobama, što ćemo detaljnije analizirati u nastavku rada.

2. Postupak za davanja dozvole za sklapanje braka u slučaju maloljetstva

2.1. Predmet i cilj postupka

Brak ne može sklopiti osoba koja nije navršila 18 godina života. Samo izuzetno, sud u vanparničnom postupku može dozvoliti sklapanje braka osobi koja je navršila 16 godina života, ako utvrdi da postoje opravdani razlozi, da je ta osoba tjelesno i duševno sposobna za vršenje prava i dužnosti koje proizlaze iz braka i da je brak u njenom interesu (PZFBiH, čl. 15). Dakle, prema odredbama porodičnog zakonodavstva, bračna smetnja maloljetstva iznad 16 godina svrstana je u otklonjive bračne smetnje.¹⁴

¹³ Prema čl. 35. st. 3. PZRS-a prije donošenja odluke o davanju dozvole za sklapanje braka srođnicima po tazbini sud će pribaviti mišljenje organa starateljstva.

¹⁴ „Maloljetstvo kao bračna smetnja ima sljedeća obilježja: a) ona je raskidna smetnja; b) dovodi do apsolutne ništavosti braka, ako ga je zaključio maloljetnik mlađi od 16 godina, a do relativne ništavosti braka, ako ga je zaključio maloljetnik stariji od 16 godina; c) neotklonjiva i otklonjiva bračna smetnja, opet u zavisnosti od uzrasta; d) privremena bračna smetnja jer prestaje punoljetstvom i e) apsolutna bračna smetnja jer djeluje prema svima“. STJEPANOVIĆ, S; ŠAČIROVIĆ, S; MILJEVIĆ, N, *Vanparnica, teorija i praksa, dodatak zemljišne knjige*, Udruženje pravnika Republike

U ZVPFBiH-a nije definirano koje su to „opravdani razlozi“ za davanje dozvole za sklapanje braka, ali bi se moglo reći da su to važni razlozi koji pogoduju zaključenju braka ili ga čine nužnim (npr. da je ženska osoba iz vanbračnog odnosa zatrudnijela, da vjerenici već žive u zajednici života, da imaju zajedničko dijete, da se međusobno pomažu, izdržavaju, da se iskreno vole itd). Prema sudskoj praksi: „Samo protivljenje oba roditelja da se maloljetnoj ženskoj osobi koja je navršila 16 godina života dozvoli stupanje u brak prije punoljetstva, nije razlog za odbijanje zahtjeva, pa će sud izdati dozvolu ako nađe da se radi o maloljetnoj osobi koja je dostigla tjelesnu i duševnu zrelost potrebnu za vršenje prava i dužnosti u braku i ako to odgovara interesima maloljetnika“ (Okružni sud u Kragujevcu, Gž.388/78).¹⁵

Odredbama čl. 323 i čl. 324. PZFBiH-a određeno je da je u vanparničnom postupku u kojem se odlučuje o osobnim i porodičnim stvarima učesnika, pa time i u postupku davanja dozvole za sklapanje braka, mjesno nadležan sud na čijem području osoba u čijem se interesu postupak vodi ima prebivalište, a ako nema prebivalište, sud na čijem području ta osoba ima boravište. Ako se, pak, u toku postupka izmijene okolnosti na kojima je zasnovana mjesna nadležnost suda, sud koji vodi postupak može predmet ustupiti sudu koji je prema izmijenjenim okolnostima mjesno nadležan, ako je očigledno da će se pred tim sudom postupak lakše provesti, ili ako je to u interesu osoba o kojim sud vodi naročitu brigu. Kada se predmet ustupa drugom sudu u interesu osoba o kojima sud vodi naročitu brigu, sud mora prije ustupanja predmeta pozvati organ starateljstva, da se u određenom roku izjasni o svrsishodnosti ustupanja. Ako organ starateljstva u ostavljenom roku ne dostavi svoje mišljenje, sud će postupiti prema okolnostima slučaja, vodeći računa o interesima ovih osoba.

2.2. Pokretanje i tok postupka

Odredbom čl. 75. st. 1. ZVPFBiH-a određeno je da se postupak za davanje dozvole za sklapanje braka pokreće na prijedlog maloljetne osobe. Iako se u ovoj odredbi maloljetna osoba kao ovlaštenik za pokretanje postupka spominje u jednini, kao jedinka, ne može se isključiti mogućnost da maloljetstvo kao bračna smetnja može postojati na strani obje osobe koje žele da stupe u brak, te bi im se u tom slučaju trebalo omogućiti da podnesu zajednički prijedlog za davanje dozvole za sklapanje braka.¹⁶

Srpske, Banja Luka, 2010, str. 44.

15 Vidjeti: ČIZMIĆ, J; TAJIĆ, H, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Privredna štampa doo, Sarajevo, 2011, str. 160.

16 Vidjeti: ČIZMIĆ, J; TAJIĆ, H, *op. cit.*, str. 161.

Međutim, imajući u vidu da se doslovnim tumačenjem odredbe čl. 75. st. 1. ZVPFBiH-a može izvesti i zaključak da oba maloljetna buduća bračna supružnika ne mogu podnijeti zajednički prijedlog za davanje dozvole za sklapanje braka, smatramo da bi *de lege ferenda* navedenu odredbu trebalo precizirati, odnosno dopuniti, tako da bi trebalo da glasi: „Postupak za davanje dozvole za sklapanje braka pokreće se na prijedlog maloljetne osobe, a ako su obje osobe koje žele sklopiti brak maloljetne, postupak se pokreće njihovim zajedničkim prijedlogom“.¹⁷

Prijedlog za pokretanje postupka za davanje dozvole za sklapanje braka treba da sadrži: osobne podatke o osobama koje žele da stupe u brak, osobne podatke o roditeljima predlagatelja, činjenice na kojima se zasniva prijedlog i dokaze o iznesenim činjenicama (ZVPFBiH, čl. 75. st. 2).

Radi utvrđivanja odlučujućih činjenica, sud će u vanparničnom postupku, na odgovarajući način, ispitati sve okolnosti koje su od značaja za utvrđenje da li postoji slobodna volja i želja maloljetnika da stupe u brak, kao i da li je maloljetna osoba tjelesno i duševno sposobna za vršenje prava i dužnosti koje proizlaze iz braka (ZVPFBiH, čl. 76. st. 1).

Sud će, u pravilu, uvijek saslušati maloljetnika radi utvrđivanja da li postoji njegova slobodna volja i želja da stupa u brak, da li je sposoban da shvati ozbiljnost obaveza koje proizlaze iz braka, da li postoje opravdani razlozi za sklapanje braka prije punoljetstva i sl., i to bez prisustva ostalih učesnika u postupku, kako ne bi na njega vršili utjecaj prilikom davanja izjave. (ZVPFBiH, čl. 76. st. 3).¹⁸

U cilju pravilnog utvrđenja da li je maloljetnik dostigao tjelesnu i duševnu zrelost potrebnu za vršenje prava i dužnosti u braku, sud će u toku postupka pribaviti nalaz i mišljenje zdravstvene ustanove, mišljenje organa starateljstva, saslušati će predlagatelja i osobu sa kojom želi da stupa u brak, roditelja ili staratelja, odnosno usvojitelja predlagatelja, a po potrebi može da izvede i druge dokaze. Sud neće saslušati roditelja kome je oduzeto roditeljsko pravo, a na osnovu slobodne ocjene odlučiti će da li će saslušati roditelja koji bez opravdanih razloga ne vrši roditeljsko pravo (ZVPFBiH, čl. 76. st. 2).¹⁹

17 Slična formulacija predviđena je u čl. 80. Zakona o vanparničnom postupku Srbije („Službeni glasnik RS“, br. 25/82, 48/88, 46/95, 18/05): „Postupak se pokreće prijedlogom lica koje ne ispunjava zakonom propisani uslov za zaključenje punovažnog braka, a kada ni jedno od lica koje žele da zaključe brak ne ispunjava propisani uslov, postupak se pokreće njihovim zajedničkim prijedlogom“.

18 Detaknije: ČIZMIĆ, J; TAJIĆ, H, *op. cit.*, str. 163.

19 U posljednjem slučaju prijedlog podnosi maloljetnik čiji se roditelji formalno nisu razveli, a faktički je bračna zajednica prekinuta i oni ne žive zajedno, a otac ili majka ne kontaktiraju sa djetetom, u ovom slučaju predlagračem. Prema čl. 76. st.

Mada odredbe ZVPFBiH-a ne zahtjevaju saglasnost roditelja, staratelja i usvojitelja za sklapanje braka, njihovo saslušanje je bitno za utvrđenje činjenica koje se odnose na ličnost maloljetnika, njegovu zrelost, imovinske prilike, sposobnost za samostalan život, uvjete stanovanja budućih supružnika, osiguranje egzistencije i dr., a relevantne su za donošenje odluke suda.²⁰

Prema odredbi čl. 76. st. 4. ZVPFBiH-a sud je dužan da utvrdi i osobna svojstva, imovinsko stanje i druge bitne okolnosti koje se odnose na osobu sa kojom predlagatelj želi da stupi u brak.

U toku postupka sud će na odgovarajući način ispitati opravdanost prijedloga za davanje dozvole za sklapanje braka vodeći računa o ostavarivanju ciljeva braka i o zaštiti porodice, kao i o važećim shvatanjima sredine u kojoj žive osobe koje žele da stupe u brak (ZVPFBiH, čl. 76. st. 5).

2.3. Donošenje odluke i pravni lijekovi

Odredbom čl. 77. ZVPFBiH-a određuju se adresati kojima je sud dužan dostaviti rješenje kojim odlučuje o davanju dozvole za sklapanje braka.

Rješenje o davanju dozvole za sklapanje braka sud je dužan dostaviti predlagatelju i osobi sa kojom predlagatelj želi da stupi u brak, roditeljima, odnosno starateljima predlagatelja i nadležnom organu starateljstva (ZVPFBiH, čl. 77. st. 1).

Rješenje kojim se odbija prijedlog za davanje dozvole za sklapanje braka dostavlja se predlagatelju (ZVPFBiH, čl. 77. st. 2), mada u literaturi postoje mišljenja da bi se ovo rješenje trebalo dostaviti i osobi s kojom je predlagatelj namjeravao stupiti u brak, budući da su njihovi pravni i drugi interesi u pogledu rješenja kojim se odbija prijedlog za davanje dozvole za sklapanje braka identični.²¹

Prema odredbi čl. 78. ZVPFBiH-a protiv rješenja kojim se dozvoljava sklapanje braka žalbu mogu da izjave svi učesnici u postupku – predlagatelj,

2. ZVPFBiH-a sud ima mogućnost da takvog roditelja uopšte ne sasluša, što bi značilo da sud nije ni dužan da ga obavještava o ročištima. Po mišljenju pojedinih autora sud ne bi trebao saslušati ni onog roditelja koji živi i radi u inostranstvu, iako on iz opravdanih razloga ne vrši roditeljsko pravo. Tako: MILJEVIĆ, N, *Modul 8, Građanska oblast, Vanparnični postupak*, Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2006, str. 61.

20 Tako: ZEČEVIĆ, E., *Porodični odnosi*, Sarajevo, 2005, str, 70. Prema: ČIZMIĆ, J; TAJIĆ, H, *op. cit.*, str. 162.

21 ČIZMIĆ, J; TAJIĆ, H, *op. cit.*, str. 165.

osoba s kojom predlagatelj želi stupiti u brak, roditelji, odnosno staratelji predlagatelja i nadležni organ starateljstva.

S druge strane, protiv rješenja kojim se odbija prijedlog za davanje dozvole za sklapanje braka, žalbu može izjaviti samo predlagatelj. U vezi s tim, u pravnoj nauci se ističe ispravno mišljenje da bi u nekoj od narednih reformi vanparničnog postupka trebalo razmisliti o mogućnosti da pravo na izjavljivanje žalbe protiv rješenja kojim se odbija prijedlog za davanje dozvole za sklapanje braka treba imati i osoba sa kojom je predlagatelj namjeravao stupiti u brak. U prilog ovog gledišta ističe se više argumenata. Prije svega, posljedice i učinci rješenja kojim se odbija davanje dozvole za sklapanje braka negativno se reflektuju na interese i očekivanja osobe sa kojom je predlagatelj namjeravao sklopiti brak. Nelogično je da zakonska rješenja daju ovlaštenje ovoj osobi da može izjaviti žalbu protiv rješenja kojim se dozvoljava sklapanje braka i koje joj ide u prilog, dok u suprotnoj situaciji žalba nije dopuštena. Najvažniji argument u prilog tvrdnji da bi se pravo na izjavljivanje žalbe trebalo dozvoliti i osobi sa kojom je predlagatelj namjeravao stupiti u brak je činjenica da PZFBiH-a, koji je u odnosu na ZVPFBiH-a *lex specialis i lex posterior*, određuje da protiv rješenja kojim se odbija prijedlog za davanje dozvole za sklapanje braka osobi nesposobnoj za rasuđivanje žalbu mogu izjaviti predlagatelj i osoba s kojom on namjerava sklopiti brak, tako da nema opravdanog razloga za različito uređenje u slučaju prava na žalbu protiv rješenja kojim se odbija prijedlog za sklapanje braka maloljetnoj osobi.²²

Odredbom čl. 79. ZVPFBiH-a određuje se suspenzivni učinak rješenja o davanju dozvole za sklapanje braka. Naime, osobe kojima je dozvoljeno sklapanje braka ne mogu brak zaključiti prije pravosnažnosti rješenja o davanju dozvole za sklapanje braka.

Prema odredbi čl. 80 ZVPFBiH-a prijedlog za davanje dozvole za sklapanje braka može se povući do pravosnažnosti rješenja o davanju dozvole za sklapanje braka.

3. Zaključak

U postupku za davanje dozvole za sklapanje braka, vanparnični sud odlučuje o dozvoli za sklapanje braka između osoba kod kojih postoje tzv. otklonjive bračne smetnje. Bračne smetnje (*impedimenta dirimentia*) su činjenice ili okolnosti, izričito određene zakonom, koje ne smiju postojati

²² *Ibidem*, str. 166.

u momentu sklapanja braka, jer ometaju sklapanje punovažnog braka, a njihovo postojanje povlači nevažnost (apsolutnu i relativnu) braka.

U vanparničnom postupku sud odlučuje o davanju dozvole za sklapanje braka u slučajevima koji su propisani porodičnim zakonodavstvom, i to: maloljetstvo, nesposobnost za rasuđivanje i srodstvo po tazbini.

S obzirom da ZVPFBiH-a sadrži samo odredbe o postupanju suda u slučaju odlučivanja o davanju dozvole za sklapanje braka maloljetnim osobama, u radu je posebna pažnja posvećena ovom postupku.

Postupak za davanje dozvole za sklapanje braka maloljetnika pokreće se po načelu dispozitivnosti – prijedlogom maloljetne osobe (ZVPFBiH, čl. 75. st. 1). S obzirom da se u ovoj odredbi maloljetna osoba spominje u jednini, kao jedinka, a postoji mogućnost da su obje osobe koje namjeravaju stupiti u brak maloljetne, u radu se predlaže da bi u budućim izmjenama vanparnične procedure odredbu čl. 75. st. 1. ZVPFBiH-a trebalo precizirati, odnosno dopuniti, tako da bi trebalo da glasi: „Postupak za davanje dozvole za sklapanje braka pokreće se na prijedlog maloljetne osobe, a ako su obje osobe koje žele sklopiti brak maloljetne, postupak se pokreće njihovim zajedničkim prijedlogom“.

Osim toga, u radu se ističe ispravno gledište po kojem bi *de lege ferenda* trebalo razmisliti o mogućnosti da pravo na izjavljivanje žalbe protiv rješenja o odbijanju prijedloga za davanje dozvole za sklapanje braka, osim maloljetnika, treba imati i osoba sa kojom je predlagatelj namjeravao stupiti u brak.

Imajući u vidu da ZVPFBiH-a ne sadrži posebne odredbe o postupanju suda pri odlučivanju o davanju dozvole za sklapanje braka srođnicima po tazbini, u radu se predlaže da bi *de lege ferenda* u budućim izmjenama vanparničnog zakonodavstva trebalo predvidjeti i odredbe koje uređuju navedeni postupak.

Assistant Professor, Alena Huseinbegović, LL.D.

PROCEDURE FOR GRANTING MARRIAGE PERMISSION

Summary

In this paper, the author analyzes the cases defined in family law, where non-contentious court decides on granting permission for marriage of persons between whom there exist the so called eliminable obstacles for marriage. In this spirit, the paper covers provisions on granting permission for marriage in cases of minors, mental incapacity and affinity relationships, by emphasizing critical observations on certain legal decisions, including the appropriate positive legal solutions *de lege ferenda*.

Key words: minority, mental incapacity, affinity relationship

Dr. sc. Željko Galić, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

SRODSTVO U OBITELJSKIM ODNOSIMA U KONTEKSTU AKTUALNOSTI *DE LEGE FERENDA*

Sažetak

Srodstvo je u znatnoj mjeri konstitutivni element i važan određujući čimbenik obiteljskih odnosa.

Međusobno usklađivanje domaćih zakona može pospješiti uključivanje Bosne i Hercegovine u proces harmonizacije europskog obiteljskog prava. U tu svrhu autor iznosi kratki prikaz povijesne i strukturne geneze srodstva, teorijskih pristupa i stajališta pravne prakse te analizira sadržaj normi domaćih zakona koje se odnose na nastanak, učinke i prestanak srodničkih odnosa unutar obiteljskopравnih instituta. Pozornost je usmjerio na odredbe u kojima postoje različite sadržajne opcije, nejasnoće ili nedorečenosti, ističući stajališta *pro et contra* i moguće prijedloge njihova međusobnog usklađivanja *de lege ferenda*.

Ključne riječi: srodstvo, obiteljskopравni odnosi, usklađivanje i harmonizacija obiteljskog prava, prijedlozi *de lege ferenda*.

1. Uvod

Obitelj čine fizičke osobe koje su u međusobnoj obiteljskopравnoj vezi¹, odnosu; a pravni poredak odlučuje kojim će društvenim odnosima priznati svojstva i učinke obiteljskopравnih odnosa. Davanje pravnih učinaka činjenicama i okolnostima koje povezuju neke fizičke osobe preduvjet je mogućnosti nastanka pravnog odnosa između tih osoba².

Obiteljskopравni odnosi u znatnoj mjeri proizlaze iz dvije društvene poveznice, činjenice i okolnosti – srodstva i nekog oblika životnog zajedništva žene i muškarca.

1 Alinčić, M., *Obitelj u obiteljskom zakonodavstvu*, Revija za socijalnu politiku, Zagreb, god. I, br. 3, str. 225.

2 Alinčić, M.; Hrabar, D.; Jakovac-Lozić, D.; Korać Graovac, A., *Obiteljsko pravo*, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, 2007, str. 6.

Prema najopćenitijem pojmovnom određenju srodstvo je veza, odnos među osobama, nastaje na temelju određenih činjenica i može imati društvenu, pravnu, običajnu, religijsku ili neku drugu sadržajnu važnost. Činjenice na temelju kojih nastaju pojedine vrste ili oblici srodstva su mnogovrsne: rođenje, sklapanje braka, posvojenje; a tijekom povijesti i prijateljski odnos, duhovno zajedništvo, vjerski sakrament i obred, ljudske radnje, različite okolnosti itd.

Različiti oblici srodstva u povijesti su bili prisutni gotovo u svim segmentima ljudskog društva: u ljudskim zajednicama i onostranim bićima, u državi i religiji; od rođenja do smrti; u javnom i privatnom životu; između živih i mrtvih. Srodstvo općenito ima više vezivnih elemenata, komponenti koje mu daju društveni značaj i iz kojih proizlaze njegovi viševrsni učinci u međuljudskim odnosima. Ovisno o vrsti srodstva, te komponente mogu biti zastupljene u većoj ili manjoj mjeri: biološka, pravna, ekonomska, emocionalno-psihološka, etička, transcendentna...

Svaki oblik srodstva unutar ljudske zajednice vezan je za neku činjenicu. Priroda i važnost činjenica određuju i razinu važnosti srodstva. Ovisno o tome jesu li činjenice na temelju kojih nastaje srodstvo pravno relevantne, možemo govoriti o vrstama srodstva priznatim pravom i o onima koje pravo ne priznaje. Srodstvo kao pravna kategorija³ i danas egzistira u svim društvima. U domaćem pravnom sustavu, kao i u većini suvremenih europskih pravnih poredaka činjenice na kojima se zasnivaju pravom priznate vrste srodstva su: rođenje, brak i posvojenje, pa temeljem toga postoji krvno, tazbinsko i adoptivno srodstvo. S obzirom da se pravne, moralne i druge društvene norme međusobno isprepliću, podudaraju ili razilaze, možemo kazati da se i u obiteljskim odnosima značaj srodstva i njegovi društveni učinci ne iscrpljuju samo u pravnim normama.

Značaj srodstva očituje se u svim obiteljskopравnim institutima, u materijalnopравnim kao i u procesnopравnim odredbama obiteljskog prava.

3 Pravo je poredak društvene regulacije koji usmjerava međuljudske odnose pomoću normi radi ostvarivanja određenih vrijednosti. Srodstvo je naročito zanimljivo promatrati u društvenim odnosima koji su važni za opstanak ljudske zajednice i kao takvi su predmet regulacije - održavanje života, tijela, zdravlja, fizičke slobode, reprodukcije, braka i obitelji. Međutim, neke važne i konfliktne društvene odnose nije moguće urediti pravnim normama, primjerice ljubav, prijateljstvo i sućut, pa su oni uglavnom predmet moralnoga poretka. Na globalnome planu, s obzirom na promatranje pojedinih propisa u povezanoj cjelini možemo razlikovati pravni sustav civilnoga prava, običajnoga prava, vjerskoga prava - propisi pojedine vjerske zajednice i mješoviti pravni sustav. V. kod: Visković, N., *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb, 2001, str. 124 i 134; Vidaković Mukić, M., *Opći pravni rječnik*, Narodne novine d. d., Zagreb, 2006, str. 850 i 855.

U radu ćemo ukratko iznijeti društvena vrednovanja i sadržajnu genezu srodstva, te ponajviše analizirati obiteljskoppravne norme važećih zakona u Bosni i Hercegovini (dalje u tekstu: BiH)⁴ koje uređuju srodničke odnose a u opsegu su postavljenog naslova rada. Koristit ćemo se i pristupima i modelima poredbenog i međunarodnog zakonodavstva i judikature, radi usporedbe i mogućih prijedloga *de lege ferenda*.

2. Povijesna i strukturna geneza srodstva kao temelj njegove ukorijenjenosti u obiteljskoppravne odnose

Biološka i pravna (društvena) komponenta srodstva svoje izvorište imaju u svojstvu čovjeka kao biološkog i društvenog bića, što se očituje od samog početka nastanka ljudske zajednice. Biološki faktor različitosti spolova temelj je produženju vrste, a iz biološke sastavnice srodstva proizlazi prvotna subordinacija i autoritet u ljudskoj zajednici, što je bila osnovica nastanka društvene strukture i začetka društvenih normi. Srodnički odnosi i srodničke zajednice su prvotna jezgra i paradigma organiziranosti, uspostave odnosa autoriteta i moći, subordinacije i vlasti; koji su se kao takvi izravno preslikavali, umnažali i prenosili na obitelj i šire društvo.

Potreba biološkog preživljavanje pojedinca i članova zajednice u prvi plan je isticala i važnost proizvodnje, gospodarenja, raspodjele i potrošnje materijalnih dobara. Ovlast upravljanja i nadziranja tim djelatnostima proizlazila je iz autoriteta i subordinacije koji su nastajali u obiteljskoj strukturi zasnovanoj na braku i srodničkim vezama. Brak i srodnički odnosi bili su prvi polazni kreatori upravljanja, raspodjele i razmjene dobara, što je onda dalje izravno utjecalo na oblikovanje statusa, društvene moći, prava i obveza pojedinaca i društvenih skupina.

Prvotne društvene norme-pranorme, kao začetnice običajnih, moralnih i pravnih normi, nastajale su u najbliskijem obliku zajedništva – u biološkoj, egzistencijalnoj i emocionalnoj povezanosti krvnih srodnika, kao rezultat svijesti da je život u zajednici moguć jedino uz poštovanje pravila ponašanja.

4 Sukladno pripadajućim nadležnostima triju upravno-teritorijalnih cjelina, u BiH tri zakona uređuju obiteljske odnose: Obiteljski zakon Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, br. 35/2004 i 41/2005 – dalje u tekstu: ObZ FBiH), Porodični zakon (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 54/2002 i 41/2008 – dalje u tekstu: PoZ RS) i Obiteljski zakon Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 23/2007 – dalje u tekstu: ObZ BD).

Iskonsko regulatorno svojstvo i ograničavajuća priroda srodstva proistekla je iz univerzalnog postojanja zabrane ubojstva⁵ i zabrane incesta (rodoskrvnuća)⁶. Zabranom incesta ponajprije se štiti potomstvo u biološkom kao i statusnom smislu - jer bi incestni odnosi vodili k mržnji i sukobu između članova obitelji,⁷ a došlo bi do miješanja odnosno spajanja pojedinih važnih uloga u obitelji (otac, majka, brat, sestra).

Sukladno dosegnutoj europskoj kulturnoj i civilizacijskoj baštini, možemo kazati da značajke vrijednosnih pristupa srodstvu suvremenih europskih pravnih poredaka, u većoj ili manjoj mjeri imaju uporište u rimskom pravu i trima monoteističkim religijama – židovskoj, kršćanskoj i islamskoj.

Rimsko pravo iznjedrilo je sustavan pravni pristup, uređenje i računanje srodstva. Bilo je odraz dosegnutog društveno-ekonomskog i kulturnog razvitka, a u sferi srodničkih odnosa na svojstven način je nadilazilo ondašnje vrijeme, priznajući srodstvu njegovu iskonsku vrijednost. Poznavalo je i podrobno uređivalo učinke krvnog, tazbinskog i adoptivnog srodstva.

Uporišta i svrhovitost shvaćanja srodničkih odnosa u sve tri monoteističke religije uglavnom se očituju u poimanju srodstva kao preslike odnosa Bog – sav ljudski rod; naglašavanju vrijednosti ljudskog života, braka i obitelji; potrebi poštovanja postojeće hijerarhijske strukture, definiranih statusa i odnosa među srodnicima i spolovima; te važnosti načela solidarnosti, altruizma i odgovornosti.

Intenzivnije istraživanje problematike srodstva u socijalnoj antropologiji bilo je izraženo u posljednjim desetljećima 19. stoljeća. Usporedno s istraživanjem strukture, funkcioniranja i razvitka društva, istraživana je geneza i sustavi srodstva - kao „dio cjelokupne mreže

5 Ubojstvo - kazneno djelo namjernoga usmrćenja druge osobe je općepoznato kazneno djelo u gotovo svim poznatim kulturama i pravnim sustavima. Spominje se u izvorima kaznenoga prava u starom vijeku, primjerice u Hamurabijevu zakoniku. Izvor: *Pravni leksikon* (gl. ur. Pezo, V.), Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007, str. 1643.

6 Tabu incesta zabranjuje spolne odnose između roditelja i djece suprotnog spola i obično između potomaka istih roditelja, a njegova objašnjenja su različita: „čovjekova priroda“ tj. instinktivno gnušanje prema incestu, psihološki razlozi, razlozi genetske prirode, kulturno shvaćanje biološke tendencije izbjegavanja miješanja bliskih srodnika, i sl. Izvor: Haviland, W. A., *Kulturna antropologija*, Udžbenici Sveučilišta u Zagrebu – Manualia Universitatis studiorum Zagrabiensis, Naklada Slap, Jastrebarsko, 2004, str. 216-218.

7 Podrobnije o pravnim i psihoanalitičkim aspektima rodoskrvnuća ili incesta (lat. *incestare, incestum* – ukaljati, uprljati) v. kod: Tesone, J. E., *Psihoanalitičke napomene o incestu: Raskinuti trokut?*, Quorum, Zagreb, 1 (1999), str. 206-218; i Salas, D., *Rodoskrvnuće, genealoški zločin*, Quorum, Zagreb, 2 (1999), str. 164-181.

društvenih odnosa“, a bitne odrednice tih sustava srodstva su „ prava i dužnosti rođaka jednih prema drugima i društvena praksa koje se oni pridržavaju u društvenim kontaktima“, „ ...obožavanje predaka“, te „nomenklatura srodstva“.⁸

Američki odvjetnik i antropolog L. H. Morgan (1818.-1881.), smatra se osnivačem teorije srodstva i proučavanja rodbinskih veza, jedan od evolucionističkih teoretičara⁹ koji su srodstvo promatrali kao primarno biološku kategoriju. Izučavao je rodbinske odnose kod sjevernoameričkih indijanskih plemena i otkrio da je društvena moć kao i politički ustroj Irokeza produžetak rodbinskih veza.¹⁰ Temeljem istraživanja¹¹ u Sjevernoj Americi, Aziji, Oceaniji i Europi došao je do saznanja da se sustavi srodstva mogu podijeliti u dvije skupine: deskriptivne¹² i klasifikacijske.

Prema stajalištu francuskoga antropologa C. Lévi-Straussa¹³ kultura uključuje različite komunikacijske razmjene na području krvnog srodstva, mita i jezika.¹⁴ On je smatrao da svako ljudsko mišljenje i svi oblici društvenosti imaju određenu strukturu koja oblikuje čovjekovu kulturu. Razvio je znanstveni smjer nazvan strukturalizam i primijenio ga i na razumijevanje sustava srodstva. Temeljna struktura srodstva je „neposredan rezultat univerzalne prisutnosti tabua incesta“, i ona uključuje tri tipa obiteljskih odnosa – „odnos između braće i sestara, odnos između supružnika te odnos između roditelja i djeteta“.¹⁵ Rodbinski sustavi sastoje

8 Usp. Redklif - Braun, A. R., *Struktura i funkcija u primitivnom društvu : ogledi i predavanja*, Beograd, 1982, str. 71 - 96.

9 U sklopu povijesno-institucionalnog pristupa obitelji i srodstvu su evolucijska teorija - predstavnici L. Morgan, E. B. Tylor i F. Engels, te institucionalni pristup - predstavnik W. Good.

10 L. H. Morgan je primjerice znatno utjecao na formiranje materijalističkih pristupa K. Marxa, F. Engelsa i L. Whitea. Poznatija djela su mu : Sustav krvnog srodstva nastalog sklapanjem braka u ljudskoj zajednici, Pisma Irokezima, Savez Irokeza, Zakoni srodstva i podrijetla kod Irokeza, Sustavi roda i srodstva.

11 Izvor: http://search.yahoo.com/search;_ylt=A0oG7m_SAhhRd00AiFJXNyoA?ei=UTF-8&fr=ush-smbizc&p=l+h+morgan+anthropology&rs=0&fr2=rs-top. (3. XII. 2012.).

12 Deskriptivni sustavi razlikuju linearnu od kolateralne loze. Pojmovi „otac“ i „očev brat“ ne označavaju se jednako, pa zato postoji manje pojmova za rođake.

13 Claude Lévi-Strauss (1908. – 2009.) bio je vodeći predstavnik francuskog strukturalizma, smatrajući kulturu vanjskim izrazom temeljnih mentalnih struktura, a na koje utječe fizička i društvena sredina kao i povijest neke društvene grupe. Podrobnije v. u: Haviland, op. cit., str. 219.

14 Uz C. Lévi-Straussa predstavnici strukturalno-funkcionalnog teorijskog pristupa obitelji su B. Malinovski i G. P. Murdock.

15 Usp. Haralambos, M.; Holborn, M., *Sociologija: teme i perspektive*, Golden marketing, Zagreb, 2002, str. 910.

se od skupova odnosa a ne od položaja (statusa ili uloga) jer „otac nije otac po sebi, već jedino u odnosu na svoju djecu“.¹⁶

Francuski sociolog É. Durkheim (1858.-1917.) na specifičan način razdvojio je biološki od društvenog aspekta srodstva, naglašavajući važnost srodstva kao društvenog odnosa¹⁷ i društvenog sustava. Smatrao je da je „primitivna“ obiteljska i srodnička organizacija zasnovana na religiji i običajima,¹⁸ odnosno da karakter obiteljskih i srodničkih odnosa nije određen biološkim odnosom već pravnim i moralnim obvezama i sankcijama.¹⁹ Na temelju njegovih istraživanja i stajališta, sociolozi i antropolozi su početkom dvadesetoga stoljeća napustili evolucionističko shvaćanje srodstva, prihvaćajući stajalište da srodstvo ne nastaje samo na temelju činjenice rođenja već na temelju društvenog priznanja te veze.

Poimanje srodstva kao društvenog i kulturnog odnosa,²⁰ znatno je određivalo moderni pravni pristup srodstvu. Pored toga, kao rezultat promjena u načinu života, jačanja ekonomske neovisnosti i individualnih prava, na znatno drukčiji način se balansira status i važnost obitelji u odnosu na volju i dobrobit pojedinca.

Krvno srodstvo, pored objektivne činjenice biološke veze između nekih osoba, treba biti na odgovarajući način prepoznato, utvrđeno, čime ono dobiva društvenu i pravnu potvrdu.²¹ Možemo kazati kako je u stvarnom životu odnos djeteta – roditelji uglavnom temelj, polazište za nastanak niza drugih krvnosrodničkih odnosa tog djeteta s ostalim, već postojećim i poznatim krvnim srodnici njegovih roditelja. Činjenicom utvrđivanja

16 Izvor: Gorunović, G., *Strukturalno-antropološka teorija srodstva Kloda Levi-Strosa*, Antropologija, Beograd, 7 (2009), str. 25.

17 Ivanović, Z., *Pogled unazad: Dirkem kao teoretičar srodstva*, Etnološko-antropološke sveske, Beograd, 14, 3, 2009, str. 11.

18 Ibid., str. 13.

19 Ivanović, Z., *Da li su postojala „na srodstvu zasnovana društva“? O (de)konstrukciji jednog antropološkog koncepta*, Etnoantropološki problemi, Beograd, god. 5, sv. 3, str. 34.

20 Zanimljivo je istaknuti da predstavnici kulturnoga relativizma osporavaju mogućnost postojanja apsolutne mjere za balansiranje srodničkih prava i obveza, ističući da ona ovisi o specifičnoj kulturi u koju su uronjeni sveukupni, pa i srodnički odnosi. Prema njima, razlike među kulturama uvjetuju činjenicu da se srodstvu svugdje ne može prići na isti način i da se srodnička prava i obveze trebaju promatrati u sklopu posebnih kulturnih praksi. Inače, korijeni kulturnoga relativizma pripisuju se Protagori – koji je tvrdio da je čovjek mjerilo svih stvari, te Johanu Gottfriedu von Herderu – koji je isticao vrijednost duha svakoga naroda.

21 Uvjet za nastanak krvnog srodstva je rođenje živog djeteta, međutim samim rođenjem ne nastaje srodnički odnos u pravnom smislu jer „Srodstvo je pravna veza koja se zasniva ljudskim radnjama“. Mladenović, M.; Stjepanović, S.; Živanović, M., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Srpskom Sarajevu, Pale, 2003, str. 197.

majčinstva ili očinstva rođeno ljudsko biće uspostavlja neograničen broj rodbinskih odnosa u ravnoj uzlaznoj liniji, kao i rodbinske odnose u pobočnoj liniji s neograničeno mogućim brojem osoba. Stoga svaki pravni sustav nastoji na odgovarajući način regulirati i djelotvornim postupkom omogućiti utvrđivanje majčinstva i očinstva odnosno podrijetla djeteta. Biološko krvno srodstvo, neovisno o tome je li poznato i podudara li se s pravnim - ne može se mijenjati; dok pravno priznato ili utvrđeno krvno srodstvo može – osporavanjem presumiranog ili priznatog roditeljskog odnosa. Obiteljskoppravna situacija u kojoj se nalaze roditelji u vrijeme djetetovog rođenja u pravilu djeluje određujuće na obiteljskoppravni status djeteta. Sukladno važnosti instituta braka, obiteljsko zakonodavstvo tretira krvno srodstvo kao bračno ili izvanbračno.

Sklapanjem braka nastaje tazbinsko srodstvo između bračnog partnera i krvnih srodnika drugog bračnog partnera, te između bračnih partnera s jedne strane i adoptivnih srodnika drugog bračnog partnera.²² U obje navedene situacije ograničen je broj srodničkih veza koje imaju pravni značaj.²³ Trajanje tazbinskoga srodstva u pravilu nije vezano za trajanje braka – ono nastaje kada i brak, ali se ne gasi prestankom braka, već jednako egzistira između istih osoba ako su žive i nakon prestanka braka. Ako je utvrđeno nepostojanje braka, tazbinsko srodstvo nije ni nastalo. Računanje tazbinskosrodničkih odnosa, odnosno izražavanje njihove bliskosti, preslika je računanja krvnoga srodstva.

Adoptivno srodstvo nastaje odgovarajućim pravnim aktom nadležnoga državnog tijela, u propisanom postupku i uz ispunjenje određenih uvjeta. Za adoptivno srodstvo možemo reći da uspostavlja srodnički odnos koji imitira krvnosrodnički odnos,²⁴ i to glede učinaka, kao i u načinu utvrđivanja i računanja.²⁵ Važeći zakoni u BiH uređuju dvije vrste posvojenja kao temelja za nastanak adoptivnog srodstva.

3. Aktualnosti postojećeg normativnog stanja, neke dvojbe i mogući prijedlozi *de lege ferenda*

1. Većina suvremenih zakona koji uređuju obiteljske odnose ne sadrže izričitu definiciju obitelji. Konstitutivno svojstvo srodstva izraženo

²² Usp. Ponjavić, Z., *Porodično pravo*, Kragujevac, 2007, str. 55.

²³ Pravne aspekte svakog srodničkog odnosa konkretno ćemo analizirati u različitim institutima, odnosno dijelovima obiteljskopravnih odnosa.

²⁴ Još iz rimskoga prava ostala je izreka: „ Posvojenje imitira prirodu“ („ *Adoptio naturam imitatur* “).

²⁵ Tako i : Ponjavić, op. cit., str. 54.

je u definicijama obitelji u sva tri važeća obiteljska zakona u BiH.²⁶ ObZ FBiH u čl. 2. definira obitelj: "Obitelj u smislu ovog zakona je životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, posvojitelja i posvojećeta i osoba iz izvanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu".²⁷ Kraće i neodređenije definicije obitelji daju ostala dva zakona,²⁸ a u njima je naglašeno srodstvo kao glavni i gotovo jedini konstitutivni element.²⁹

Međunarodni dokumenti valoriziraju i vrednuju različite oblike povezanosti osoba glede određivanja pojma obitelji. Određivanje sadržaja pojma „pravo na poštovanje obiteljskog života“ iz čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, u odlukama Europske komisije za ljudska prava i Europskog suda za ljudska prava³⁰ upućuje na tendenciju primjene sadržaja tog pojma na sve veći krug srodnika³¹, čak i onda kada osobe ne žive u zajedničkom kućanstvu.³² Stoga možemo kazati

26 O nestanku definicije obitelji u zakonodavstvima država Europske unije, posebice u kontekstu socijalne sigurnosti i državne skrbi, gdje sve više dolaze do izražaja prava pojedinca, v. podrobnije kod: Hlača, N., *Brak i obitelj u zakonodavstvu Hrvatske i Europske unije*, Bogoslovska smotra, Zagreb, 2-3 (1999), str. 394 i 395.

27 Iako se definicije obitelji zakonski rijetko određuju, smatramo svrhovitim u temeljnom zakonu definirati obitelj. Međutim, ova definicija je manjkava - ponajprije stoga što u obitelj ne uključuje osobe u braku, a brak je (u mnogim slučajevima) temelj i početak nove obitelji; te stoga što ne precizira na koje se krvne i tazbinske srodnike misli; a nejasno je i koje osobe (sve nabrojene ili samo one iz izvanbračne zajednice) trebaju živjeti u zajedničkom kućanstvu.

28 Definicije su međusobno iste: čl. 2. st. 1. PoZ RS - „(1) Porodica, u smislu ovog zakona, je životna zajednica roditelja i djece i drugih srodnika.“; čl. 2. st. 1. ObZ BD - „(1) Obitelj, u smislu ovog zakona, je životna zajednica roditelja i djece i drugih srodnika“.

29 Izričit naglasak na srodstvu u definiciji obitelji ima crnogorski Porodični zakon - dalje u tekstu: PoZ CG, čl. 2.: „Porodica je životna zajednica roditelja, djece i drugih srodnika koji u smislu ovoga zakona imaju međusobna prava i obaveze, kao i druga osnovna zajednica života u kojoj se njeguju i podižu djeca.“ (Službeni list Republike Crne Gore, br. 1/2007). Porodični zakon (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/2005 – dalje u tekstu: PoZ S) nema definiciju obitelji.

30 Korać Graovac, A., *Sadržaj i doseg prava na poštovanje obiteljskog života u hrvatskom pravnom sustavu*, Hrestomatija hrvatskoga obiteljskog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2010, str. 431.

31 Činjenica rođenja, tj. biološka veza između majke i djeteta po pravilu stvara obiteljski život. O kritičkim osvrtima na stajališta da je majčinska uloga dominantna za pojam obitelji kao i za samu djecu v. kod: McGlynn, C., *Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law*, European Law Journal, Vol. 6 Issue 1, 2000, p 30-32.

32 Primjerice, ako između njih postoji znatna emocionalna veza. Usp. Korać Graovac, A., op. cit., str. 464 i 465.

da srodstvo jest temeljni, ali ne i apsolutni tvorbeni element obitelji,³³ a pitanje hoće li se postojeći životni, faktični odnos među nekim osobama vrednovati kao obiteljski, ovisi o činjenici žive li te osobe zajedno kao i o tome postoji li istinsko zajedništvo među njima (susreti i druženja, znatna emocionalna veza, materijalna pomoć).

S obzirom da su postojeće definicije obitelji u domaćim zakonima necjelovite, smatramo da ih treba ujednačiti tako što će one (barem) načelno obuhvaćati srodničke odnose i regulirane oblike životnih zajednica (brak i izvanbračna zajednica).

2. U svrhu zaštite zdravih i skladnih obiteljskih odnosa, zakonodavci su sve tri vrste srodstva uredili kao moguće smetnje za sklapanje braka.

Bračna smetnja krvnog srodstva³⁴ nema jednak opseg u domaćim zakonima.³⁵ Takvom smetnjom obuhvaćen je nešto veći krug srodnika federalnim zakonom – jer u sklopu uvjeta za pravovaljanost braka, brak ne mogu sklopiti krvni srodnici u ravnoj liniji i u pobočnoj liniji do uključivo četvrtoga stupnja. U ostala dva zakona (u sklopu smetnji za sklapanje braka) navedene su pojedine srodničke kategorije, ali nisu primjerice obuhvaćeni: unuka i bakin ili djedov brat te unuk i bakina ili djedova sestra.

Budući da tazbinsko srodstva ima obilježje otklonjivosti, može se *de lege ferenda* postaviti pitanje opravdanosti njegova reguliranja kao bračne smetnje.

3. Trebalo bi otkloniti i sadašnje različito uređivanje pravnog statusa djece koja su rođena u okolnostima u kojima nisu ispunjeni uvjeti „za postojanje braka“ (prema federalnom i zakonu BD), odnosno „za zaključenje braka“ (PoZ RS), tj. ako pri sklapanju braka nisu postojali

33 Podrazumijeva se da srodstvo ima negativne učinke u pogledu mogućnosti priznavanja prava na poštovanje obiteljskog života kod incestuozne veze. O tome v. *infra* bilj. 43. o predmetu pred Europskim sudom za ljudska prava *Stübing v. Germany* (Appl. no. 43547/08; Judgment of 12 April 2012).

34 Postoje brojna istraživanja degenerativnih posljedica na potomstvo rođeno u srodničkim brakovima. Utvrđeno je da se među potomcima endogamijskih brakova susreće povećana stopa postnatalne smrtnosti i veća učestalost kongenitalnih malformacija - urođene nepravilnosti pri razvoju raznih dijelova tijela. Ako u obitelji postoji recesivno oboljenje tada postoji puno veća vjerojatnost da će dva rođaka imati zahvaćeno i potomstvo. Vjerojatnost za bolesti potomaka iz incestuoznog braka iznosi 50%. Srodnički brakovi češći su u reprodukcijski zatvorenim sredinama – primjerice u Hrvatskoj otok Lastovo, pa je veća vjerojatnost da se u jednom nositelju sretnu dva recesivna gena i nastane bolest. Izvor: Rudan, I., *Prezime kao „rizik“ za rak – procjena koeficijenta srodstva oboljelih od raka u „zatvorenoj“ populaciji*, Doktorska disertacija, Medicinski fakultet, Zagreb, 1998, str. 139-141.

35 Razlika se odnosi na srodnike u pobočnoj liniji.

njegovi konstitutivni elementi (različitost spolova, slobodni pristanak i da je brak sklopljen pred nadležnim tijelom).

Prema odredbama PoZ RS takav brak će biti „...ništav, a djeca iz takvog braka smatrat će se bračnom djecom“.³⁶ Drukčije odredbe imaju zakoni FBiH i BD: u takvim slučajevima „...ne nastaju pravni učinci braka“, odnosno „... smatra se da brak nije ni postojao“;³⁷ a djeca rođena u takvom „braku“ nemaju bračni već izvanbračni status. Ovakvim uređenjem su zadržana rješenja iz prethodno važećeg Porodičnog zakona Socijalističke Republike BiH³⁸ i smatramo ih primjerenijim.

4. Ističemo i pitanje opravdanosti ograničenja mužu prava na tužbu za razvod braka – za vrijeme trudnoće žene „ili dok njihovo dijete ne navrší tri godine života“ (čl. 43. ObZ FBiH) odnosno „godinu dana života“ (čl. 52. st. 2. PoZ RS)³⁹. Ovakvom normiranju mogao bi se uputiti prigovor da budući ili postojeći srodnički odnos ne bi trebao u tolikoj mjeri biti zapreka promjeni obiteljskopravnog statusa, te da je takvo uređivanje suprotno načelima i tendenciji razvitka obiteljskog prava u smislu izjednačavanja prava žene i muškarca u kontekstu njihovog roditeljskopravnog statusa.

36 Podrobnije v. kod: Morait, B., *Ništavost braka u novom Porodičnom zakonu u Republici Srpskoj*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, broj XXVI/2002, str. 41-47. Primjerice, sadržajno istu odredbu ima i čl. 31. PoZ S.

37 V. čl. 8. st. 2. ObZ FBiH i čl. 6. st. 2. ObZ BD.

38 V. čl. 17. tog zakona. (Objavljen je u Službenom listu SRBiH, br. 21/1979 i 44/1989 - dalje u tekstu: PoZ SRBiH). Isto rješenje ima i čl. 24. st. 2. Obiteljskoga zakona u Republici Hrvatskoj (Narodne novine, br. 116/2003, 17/2004, 136/2004, 107/2007 i 61/2011 – dalje u tekstu ObZ RH).

O statusu djece rođene u braku a koji je sudskom presudom utvrđen (oglašen) da ne postoji - tzv. „nepostojeći brak“, postoje različita stajališta. Prema jednom, koje je zastupalo bivše jugoslavensko savezno zakonodavstvo „nepostojeći brak“ je proizvodio pravne posljedice na djecu i ona su imala bračni status. Slično stajalište ima i: Babić, I., *Komentar Porodičnog zakona*, Novinsko-izdavačka organizacija Službeni list SRBiH, Sarajevo, 1990, str. 36: „Djeca rođena i upisana u matičnu knjigu rođenih kao djeca iz nepostojećeg braka prije oglašavanja nepostojećim smatraju se kao djeca muškarca koji je zaključio takav brak.“

Prema drugom stajalištu, takva djeca nemaju bračni status ; „... stoga se njihovo podrijetlo od oca mora utvrđivati prema pravilima o izvanbračnom očinstvu“ - Alinčić et al., op. cit., str. 33; kao i : „Presuda kojom se utvrđuje da brak ne postoji, isto tako ima deklarativno značenje jer se njome samo utvrđuje da brak ne postoji od trenutka pokušaja njegova sklapanja. Osobe koje su „pokušale“ sklopiti brak nisu postale bračnim drugovima, pa između njih ne postoje prava i dužnosti koje su propisane za bračne drugove; njihova djeca nisu bračna već izvanbračna...“ - Hrabar, D.; Korać A., *Obiteljsko pravo s matičarstvom*, Narodne novine, Zagreb, 2003, str. 40; te: „Djeca rođena u takvom braku imaju status vanbračne“ (Traljić, N.; Bubić, S., *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 45).

39 Ovakvih ograničenja nema u ObZ BD.

U svezi s propisanom duljinom razdoblja u kome muž nema pravo na tužbu za razvod braka, mislimo da bi *de lege ferenda* norme ObZ FBiH trebalo uskladiti s normama PoZ RS, a u svrhu sprečavanja zloporaba urediti i druge načine zaštite djeteta i majke kako roditeljski odnos ne bi bio smetnja rješavanju takvog obiteljskog stanja.

5. Poredbeni pravni sustavi nemaju jednak pristup vrednovanju srodstva između partnera u kontekstu mogućnosti priznavanja statusa izvanbračne zajednice. Tako neki učinke izvanbračne zajednice priznaju samo ako ne postoje smetnje za njezin nastanak koje su jednake bračnim smetnjama – srbijansko,⁴⁰ crnogorsko,⁴¹ slovensko, francusko, nizozemsko pravo. Druga zakonodavstva učinke izvanbračne zajednice ne uvjetuju nepostojanjem bračnih smetnji - primjerice hrvatsko,⁴² belgijsko, švedsko, makedonsko. Domaći zakoni nemaju o tome izričitih odredaba, pa su nejasne situacije (ne)postojanja izvanbračne zajednice između različitih kategorija srodnika koji ne bi mogli sklopiti brak, imajući u vidu činjenicu da se izvanbračna zajednica ne može kao bračna poništavati, proglašavati nepostojećom itd. Iako je izvjesna zapreka zasnivanju izvanbračnih zajednica među srodnicima zapriječeno kazneno djelo rodoskrvuća,⁴³ ono ipak ne obuhvaća sve kategorije srodnika koji ne mogu sklopiti brak.⁴⁴

40 Primjerice, čl. 4. st. 1. PoZ S glasi: „Vanbračna zajednica je trajnija zajednica života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji (vanbračni partneri)“.

41 PoZ CG izrijekom povezuje moguće učinke izvanbračne zajednice s nepostojanjem „ smetnji za sklapanje punovažnog braka“ - usp. čl. 12. st. 2. Zakona.

42 Osim zapreke postojanja braka ObZ RH ne uređuje ostale bračne zapreke pa time ni krvno srodstvo kao ograničavajuće činjenice za nastanak izvanbračne zajednice. Međutim, odredbama čl. 8. st. 2. hrvatskoga Zakona o nasljeđivanju (Narodne novine, br. 48/2003 i 163/2003), uređeno je da izvanbračni drug ima pravo zakonskog nasljednika prvog nasljednog reda kakvo pripada bračnom drugu, ali uz uvjet da su za nastanak izvanbračne zajednice bile ispunjene pretpostavke koje se traže za valjanost braka, tj. da ne postoje određeni rodbinski odnosi.

43 Zanimljivo je navesti nedavnu presudu Europskog suda za ljudska prava o vrednovanju incestuozne veze u pogledu mogućnosti priznavanja prava na poštovanje obiteljskog života u predmetu *Stübing v. Germany*. P. Stübing je nekoliko godina bio u ljubavnoj vezi sa sestrom S. Karolewski a iz te veze je rođeno četvero djece, izgubio je spor pred spomenutim sudom, iako je tvrdio da mu je kaznenom presudom za incest povrijeđeno pravo na privatni i obiteljski život iz čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Sud je presudio da Njemačka ima pravo zabraniti incest i da ta zabrana ne krši temeljna ljudska prava ni pravo na obiteljski život, navodeći da je glavni razlog izricanja kazne za incest bila „zaštita braka i obitelji“ jer incest briše granice između obiteljskih i društvenih uloga, te da postoje štetni učinci za djecu rođenu iz takve veze. Izvor: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/Lists+of+judgments/> (5. IV. 2012.).

44 Kaznenim djelom rodoskrvuća, u slučaju postojanja izvanbračne zajednice nisu

Smatramo da bi i domaći zakonodavci za priznavanje postojanja izvanbračne zajednice trebali *de lege ferenda* srodničke odnose vrednovati jednako kao i u sklopu mogućnosti sklapanja odnosno nastanka braka.⁴⁵

6. Različito je uređeno utvrđivanje očinstva djeteta primjenom presumpcije bračnog očinstva u okolnostima kada nakon prestanka (prethodnog) braka, u razdoblju do 300 dana⁴⁶ odnosno 270 dana⁴⁷ žena sklopi kasniji brak i rodi dijete. U ovom „sukobu“ dva segmenta presumpcije *pater is est quem nuptiae demonstrant*, zakoni različito preferiraju dva braka u pogledu utvrđivanja očinstva⁴⁸.

Mogući argument za stajalište da je djetetov otac majčin muž iz ranijeg braka je doslovna primjena presumpcije o bračnom očinstvu; a argumenti za stajalište da je djetetov otac muž iz kasnijeg braka očituju se u suvremenim zahtjevima i trendovima koji ističu da zakonodavna rješenja i prosudbe pravne prakse trebaju davati veću važnost budućem statusu i potrebama članova obitelji, te da se ponajprije vrednuje i uvažava dobrobit i obiteljskopравни status djeteta (roditelji su u braku).

7. Domaći zakoni uređuju djetetovo pravo osporavanja majčinstva i očinstva do navršene 25. godine života.⁴⁹ Do te dobi prema odredbama PoZ RS (čl. 123. st. 1. i čl. 126.) i ObZ BD (čl. 60. st. 1.) ograničeno je i djetetovo pravo utvrđivanja majčinstva i očinstva, dok u federalnom zakonu nema takvog ograničenja. Budući da pravo podnošenja tužbe radi utvrđivanja majčinstva ili očinstva do 18. godine života djeteta imaju muškarac, žena i skrbničko tijelo; smatramo da bi, u smislu jačanja pravne

obuhvaćeni tazbinski i adoptivni srodnici kao ni krvni srodnici trećega stupnja srodstva - primjerice nećak i tetka.

45 U prilog tome nije potrebno posebno isticati moralne, psihološke, medicinske i društvene aspekte, te podudarnost svrhe i učinaka bračne i izvanbračne zajednice (rađanje djece, imovinski odnosi, nasljeđivanje...).

46 Usp. čl. 54. st. 2. ObZ FBiH: „Ako je dijete rođeno u kasnijem braku majke, ali prije isteka 300 dana od prestanka njezinog prethodnog braka, ocem će se smatrati muž majke iz kasnijeg braka“.

47 Čl. 109. st. 4. PoZ RS glasi: „Ako je dijete rođeno u kasnijem braku majke, ali prije isteka roka od 270 dana po prestanku njenog prethodnog braka, ocem će se smatrati muž majke iz prethodnog braka, osim ako muž majke iz kasnijeg braka sa njenim pristankom prizna dijete za svoje.“

48 ObZ BD nema odredaba o spomenutoj situaciji, tj. o sukobu pravnih predmnjeva. Takvih odredaba nema ni ObZ RH. Treba istaknuti da postoji donekle preciznije uređenje u PoZ S - čl. 45. st. 2. i 3.:

„Ocem deteta koje je rođeno u roku od 300 dana od dana prestanka braka smatra se muž majke deteta iz tog braka ako je brak prestao smrću muža i ako majka nije sklopila novi brak u tom roku.

Ocem deteta koje je rođeno u novom braku smatra se muž majke deteta iz tog braka.“

49 V. čl. 79. st. 2. ObZ FBiH, čl. 131. i 134. PoZ RS i čl. 66. st 2. ObZ BD.

sigurnosti, *de lege ferenda* bilo opravdano unijeti navedeno ograničenje i u federalni zakon.

8. Sudsko utvrđivanje roditeljstva u suvremenim pravnim poredcima u znatnoj mjeri ima oslonac u novijim postignućima biomedicinskih znanosti koja omogućuju korištenje dokaznog sredstva analizom DNA.⁵⁰ Dva dokumenta na europskoj razini sadrže smjernice i načela za provedbu i uređivanje takvih istraživanja: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini i Bijela knjiga o načelima koja se odnose na utvrđivanje roditeljstva i njegove pravne posljedice.⁵¹ U novijoj praksi Europskog suda za ljudska prava znatno su izražena stajališta kojima se osnažuje pravo na saznanje vlastitoga podrijetla, naglašavanjem nužnosti okončanja postupaka i sporova u razumnom roku.⁵² U tom smislu je unutar obiteljskog zakonodavstva u BiH učinjen značajan iskorak, jer je u svrhu učinkovitog utvrđivanja roditeljskog odnosa, izrijekom u dva zakona (ObZ FBiH i ObZ BD)⁵³ propisana mogućnost prisilnog dovođenja stranke⁵⁴ radi obavljanja vještačenja analizom DNA.

50 U stanicama živoga svijeta postoje dva tipa nukleinskih kiselina: ribonukleinska kiselina (RNA) i deoksiribonukleinska kiselina (DNA). Sveukupna DNA neke stanice naziva se genom, a dio DNA koji određuje strukturu neke bjelančevine ili RNA zove se gen. Molekule DNA nalaze se u uzorcima ljudskog biološkog materijala: tkiva i organa, kostiju i zubi, krvi, sjemena, dlaka, noktiju, sline, mokraće; a nema ih primjerice u znoju i suzama. Izvor: Hrvatska enciklopedija, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, sv. 7, Zagreb, 2005, str. 790 i 791; i <http://stitch.blog.hr/arhiva-2006-03.2.html#1620718572> (12. X. 2012.).

51 Spomenuta Konvencija iz 1997. uređuje dobivanje pristanka za sve medicinske intervencije, a navedena Bijela knjiga (Malta, 1997.) sadrži načela za utvrđivanje podrijetla i smjernice državama članicama VE za izradu propisa iz te materije. Izvor: Jakovac-Lozić, D., *Prosudbe Europskog suda za ljudska prava temeljene na dosezima suvremenih dokaznih sredstava u paternitetskim postupcima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 4 (2011), str. 1133.

52 Primjerice u slučajevima *Mikulić v. Croatia* (Appl. no. 53176/99; Judgment of 7 February 2002) i *Jevremović v. Serbia* (Appl. no. 3150/05; Judgment of 17 May 2007).

53 V. čl. 302. st. 5. ObZ FBiH. Sadržajno iste odredbe ima i čl. 273. st. 5. ObZ BD, a takvih odredaba o obveznom medicinskom vještačenju nema PoZ RS.

54 Svakako se može postaviti pitanje validnosti takvih odredaba jer se od strane Europskog suda za ljudska prava „narušava“ jednako vrednovana razina dvaju prava: 1. dječja prava na saznanje podrijetla, pravo na životni status i standard itd; 2. pravo potencijalnog oca na privatnost tj. da se ne podvrgne medicinskim vještačenjima sukladno zaštiti iz čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Međutim, kad se zbiljski usporede ova dva prava, odnosno kada odvagamo koliko na jednoj strani za dijete znači saznanje biološkog podrijetla, s intenzitetom i prirodom povrede prava, možemo kazati da je spomenuti zakonodavni iskorak ipak opravdan.

Ovdje bismo *de lege ferenda* mogli istaknuti potrebu usklađivanja sva tri domaća zakona u kontekstu razrješenja dvojbe o tome može li takva mogućnost prisilnog dovođenja značiti povredu prava na osobnost i tjelesni integritet.⁵⁵

9. U promišljanjima *de lege ferenda* o srodničkim odnosima u sklopu instituta posvojenja, uočavamo potrebu ujednačavanja zakonske definicije nepotpunog posvojenja koja ima jedan oblik u PoZ RS⁵⁶, a drukčiji u ostala dva zakona⁵⁷, zbog čega ovaj oblik posvojenja obuhvaća različite kategorije adoptivnih srodnika. Pored toga, s obzirom na različitu prirodu učinaka nepotpunog posvojenja⁵⁸ i suvremene zakonodavne tendencije, možemo istaknuti opravdanost uređivanja samo jednog oblika, tj. potpunog posvojenja⁵⁹.

Isto tako, trebalo bi otkloniti dvojbe u sadašnjem normiranju adoptivnog srodstva jer nije istaknuto jesu li i posvojčad međusobno adoptivni srodnici. Korištenje termina „srodstvo“ i „srodnici“ nije uvijek precizirano i prilagođeno sadržajnom kontekstu i nejasno je na što se odnosi – primjerice samo na krvno ili na sve vrste srodstva.

10. Konvencija o pravima djeteta (1989.) izričito uređuje djetetovo pravo znati tko su mu roditelji,⁶⁰ a Haška konvencija o međudržavnom posvojenju⁶¹ obvezuje države pristupnice kod zasnivanja međunarodnih posvojenja da čuvaju podatke o podrijetlu djeteta i omoguće djetetu dostupnost tim podacima. Djetetovo pravo na saznanje posvojenja osnaženo je i u Preporuci Parlamentarne skupštine Vijeća Europe 1443 (2000.)⁶² kao

55 O mogućnostima i opravdanosti uzimanja biološkog materijala i bez privole radi analize DNA u kaznenom postupku v. detaljnije kod: Primorac, D.; Primorac, D.; Butorac, S.-S.; Adamović, M., *Analiza DNA u sudskoj medicini i njezina primjena u hrvatskome kaznenopravnom sustavu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2009; 16(1), str. 3-26.

56 V. čl. 150. st. 1. Zakona. Ovakva pogrešna definicija prenesena je iz čl. 147. prethodno važećeg PoZ SRBiH. Usp.: Babić, op. cit., str. 408.

57 Prema odredbama čl. 117. ObZ FBiH i čl. 100. ObZ BD, nepotpunim posvojenjem nastaju između posvojitelja s jedne strane, te posvojčeta i njegovih potomaka, s druge strane, prava i dužnosti koja po zakonu postoje između roditelja i djece.

58 Prema odredbama čl. 37. PoZ RS i čl. 27. ObZ BD bračna zabrana za adoptivne srodnike iz nepotpunog posvojenja (primjerice između posvojitelja i posvojenice) je relativne prirode jer im sud može dozvoliti sklapanje međusobnog braka, čime onda prestaje posvojenje.

59 Zakonodavstva u Hrvatskoj i Srbiji uređuju samo jedan oblik posvojenja.

60 V. čl. 7. i 8. te Konvencije.

61 Konvencija o zaštiti djece i suradnji na području međunarodnog posvojenja djece (1993.).

62 Ovom Preporukom se od država članica zahtijeva osiguranje prava posvojenog djeteta na saznanje vlastitog podrijetla najkasnije do punoljetnosti.

i Europskom konvencijom o posvojenju djece (revidiranom)⁶³ iz 2008. godine.

ObZ FBiH i ObZ BD normiraju djetetovo pravo na saznanje vlastitoga posvojenja.⁶⁴ S obzirom na komplementarnost djeceovih prava na saznanje podrijetla i posvojenja, držimo da bi *de lege ferenda* i u PoZ RS trebalo unijeti slične odredbe o saznanju posvojenja.

11. Kao moguće promjene i dopune postojećih odredaba o skrbništvu, radi izbjegavanja sukoba interesa smatramo da je potrebno unijeti i odredbe prema kojima predlagatelj lišenja poslovne sposobnosti kao i osoba koja obavijesti skrbničko tijelo o potrebi pokretanja tog postupka, ne bi trebali biti imenovani skrbnikom za poseban slučaj osobi o kojoj se vodi takav postupak.⁶⁵ Trebalo bi preispitati učinkovitost zaštite i ostvarivanja djetetovih prava od strane kolizijskog skrbnika u slučajevima sukoba interesa djeteta i roditelja,⁶⁶ posebice u maternitetskim i paternitetskim sporovima, te procijeniti mogućnost postavljanja posebnog zastupnika djetetu u takvim i sličnim okolnostima, što bi znatno ojačalo njegov status.

12. Smatramo da je unutar instituta uzdržavanja *de lege ferenda* potrebno jasnije urediti kako će izvanredno studiranje biti obuhvaćeno uzdržavanjem ako je posljedica objektivnih okolnosti,⁶⁷ te precizirati ima li dijete pravo na uzdržavanje i za vrijeme školovanja⁶⁸ ako je sklopilo brak. U sklopu odredaba čl. 213. ObZ FBiH, čl. 231. PoZ RS i čl. 192. ObZ BD trebalo bi urediti i mogućnost odricanja od prava uzdržavanja od

63 Primjerice, ta Konvencija u čl. 5. st. 1. (b) uređuje djetetov pristanak na posvojenje, u čl. 16. važnost postupaka utvrđivanja majčinstva i očinstva, a u čl. 22. st. 3. pravo posvojenog djeteta na pristup informacijama o njegovu podrijetlu.

64 Dok ObZ BD dosta oskudno uređuje to pravo („Dijete ima pravo znati da je posvojeno“ – čl. 77.), federalni zakon uređuje i obvezu posvojitelja da upoznaju posvojčice s činjenicom posvojenja najkasnije do njegove sedme godine života, odnosno odmah nakon zasnivanja posvojenja ako je posvojeno starije dijete (čl. 92. st. 1. i 2.).

65 Usp. odredbe čl. 325. – 339. ObZ FBiH.

66 V. čl. 215. PoZ RS i čl. 179. ObZ BD.

67 Zanimljiva je dvojba ima li dijete pravo na uzdržavanje za vrijeme školovanja i nakon sklapanja braka. PoZ RS ne ograničava definitivno roditeljsko uzdržavanje punoljetne djece na redovitom školovanju s navršenih 26 godina, već predviđa mogućnost produženja tog vremena u slučajevima kada „...redovno školovanje nije u tom vremenu završeno iz opravdanih razloga.“ (čl. 233. st. 1.).

68 Iz obrazloženja Presude Vrhovnog suda RS broj Rev-415/04, od 10. 1. 2006.: „...Roditelji (su) u obavezi da se staraju o daljem školovanju i usavršavanju svoje djece nakon njihovog punoljetstva samo u mjeri u kojim im to, po redovnom toku stvari dozvoljavaju njihove materijalne mogućnosti i da nisu dužni da se odriču svog vlastitog egzistencijalnog minimuma, niti da ulažu povećane napore za pribavljanje potrebnih materijalnih sredstava...“ (Str. 3. Presude, preuzeto s: <http://vsud-rs.pravosudje.ba/> (13. X. 2012.).

strane ovlaštenika tog prava, ali da se ono ne može odnositi na maloljetnu djecu ili punoljetnu djecu nad kojima roditelji ostvaruju roditeljsku skrb, kao i dužnost uzdržavanja roditelja prema punoljetnoj djeci nakon prestanka njihovog obrazovanja ako se ne mogu zaposliti. Osim toga, u čl. 222. ObZ FBiH, čl. 239. PoZ RS i čl. 201. ObZ BD trebalo bi unijeti odredbu da dužnost uzdržavanja tereti baku i djeda po roditelju koji nije ispunio svoju zakonsku dužnost uzdržavanja, s obzirom da je dužnost uzdržavanja unučadi od bake i djeda supsidijarna u odnosu na roditelje koji ne uzdržavaju dijete.

Nadalje, u čl. 234. ObZ FBiH, čl. 252. PoZ RS i čl. 213. ObZ BD predlažemo uređivanje učinkovitijeg načina ispunjenja dužnosti uzdržavanja oca prema majci izvanbračnog djeteta i djetetu; a u parnicama za uzdržavanje djece urediti veće ovlasti skrbničkog tijela i suda u postizanju nagodbe između roditelja i punoljetnog djeteta o visini doprinosa za uzdržavanje djeteta (čl. 238. ObZ FBiH, čl. 257. PoZ RS i čl. 216. ObZ BD).

4. Umjesto zaključka

Društvena dinamičnost srodničkih odnosa ogleda se u promjenljivosti načina njihova nastanka, sadržaja i učinaka. Znanstvena postignuća, posebice na području sociologije, antropologije, medicine i genetike stalno pokazuju da je srodstvo imanentno ljudskom biću ali i društvenim okolnostima i promjenama. Stoga su pristupi zakonodavaca i pravne prakse svojevrsna simbioza povijesnih tokova, civilizacijskih dosega i aktualnih društvenih trendova.

Genezu srodstva možemo usporedno promatrati s povijesnim procesima nastanka braka i obitelji, prvih društvenih načela i normi ponašanja, ekonomske neovisnosti pojedinca, jačanja individualnih prava i aktualnog profiliranja strukture obitelji.

Suvremeno međunarodno pravo pri definiranju obitelji i srodstva postupno napušta institucionalne definicije, koristeći u većoj mjeri pojmove zaštite individualnih prava u sklopu tih instituta. Obitelj se ne definira kao zajednica, već se ponajprije koristi samo pojam člana obitelji kao nositelja prava i dužnosti, a obitelj i obiteljski život koriste se kao istoznačnice s tendencijom sve većeg relativiziranja obitelji kao institucije.

Temeljem višestrukih vezivnih komponenti, srodstvo ima značaj i učinke u različitim sferama života. Njegova biološka, ekonomska, moralna i

emocionalno-psihološka komponenta temelj su njegove društvene važnosti i podloga pravnom značenju u svim segmentima obiteljskog prava.

Roditeljskopравни odnos je temelj srodstva, a za njegov nastanak važno je vrednovanje i međusobni odnos mogućih čimbenika: biološkog i pravnog, prirodnog i voljnog, stvarnosti i fikcije. U europskim pravnim poredcima roditeljskopравни odnos u pravilu se može zasnovati na tri različita načina: biološkim, prirodnim roditeljstvom – kada je biološka veza priznata pravom; primjenom metoda medicinske oplodnje – kada se nepostojanje biološke veze pravno verificira kao roditeljstvo; te izborom, odnosno pravnim putem – zasnivanjem posvojenja.

Treba istaknuti da srodstvo u sve većoj mjeri nastaje kao rezultat ugovornog odnosa, volje, fikcije, institucionalnog priznanja. Time se društvena kontrola nastanka srodstva zamjenjuje individualnim pravom, a veza sa srođnicima sve više postaje stvar osobnoga izbora.

U ovom radu, analizom nastanka, sadržaja i učinaka srodničkih odnosa u pojedinim obiteljskopravnim institutima domaćega zakonodavstva nastojali smo ispuniti dvije zadaće: upozoriti na (međusobno) različita zakonska rješenja, posebice na ona koja nisu kompatibilna prihvatljivim dosegnutim standardima i tendencijama europskog zakonodavstva i pravne prakse, te u svrhu njihova usklađivanja ponuditi moguće promjene *de lege ferenda*. Imajući u vidu činjenicu da je bosanskohercegovačko društvo dio europske povijesne i kulturne baštine, čini nam se da takva nastojanja imaju svoj smisao.

Na kraju možemo zaključiti da je srodstvo konstanta međuljudskih odnosa, paradigma ljudskog zajedništva i društvene solidarnosti s izgrađenim i prihvaćenim vrijednostima i pravilima života, i kao takvo jamac je opstanka obitelji i šire ljudske zajednice.

Senior assistant Željko Galić, LL.D.

**KINSHIP IN FAMILY RELATIONSHIPS IN THE CONTEXT OF
DE LEGE FERENDA ACTUALITIES**

Summary

Kinship is largely a constitutive element and an important factor in determining family relationships.

Coordination of the national legislation can facilitate the inclusion of Bosnia and Herzegovina in the process of harmonization of European family law. For this purpose, the author presents a brief overview of historical and structural genesis of kinship, theoretical approaches and standpoints of legal practice, and analyzes the content of the standards of national laws relating to the occurrence, effects and termination of kinship relationships within the family-law institutes. The author's attention is directed to the provisions in which there are different content options, obscurities or vagueness, pointing out *pro et contra* standpoints, as well as possible proposals of their mutual coordination *de lege ferenda*.

Keywords: kinship, family-law relationships, coordination and harmonization of family law, proposals *de lege ferenda*.

Ramajana Demirović, mr. sc
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

NOVI PRAVCI U PRAVNOM REGULISANJU VANBRAČNE ZAJEDNICE U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVU

Sažetak: Vanbračna zajednica u bosanskohercegovačkom pravu uživa određeni stepen pravne zaštite još od kraja sedamdesetih godina prošlog stoljeća. Analizirajući postojeća legislativna rješenja i sudsku praksu, autorica u radu ukazuje na neka otvorena pitanja u pravnom regulisanju vanbračne zajednice i razmatra moguće pravce njenog unapređenja. Analiza nije smještena isključivo u kontekst porodičnog zakonodavstva, budući da osnov za pravno regulisanje vanbračne zajednice i njenih učinaka proizilazi iz ustavnog načela zaštite porodice i djece, prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, prava na mirno uživanje imovine te zabrane diskriminacije po osnovu statusa, čime se otvara prostor za normiranje učinaka ove zajednice i u drugim oblastima prava kao što su nasljeđivanje, radni odnosi, penzijsko-invalidsko i socijalno osiguranje, poresko pravo itd. Autorica zaključuje da je kroz pravno unapređenje ustanove vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu potrebno težiti kvalitetnijim rješenjima u cilju povećanja stepena ekonomske i pravne zaštite vanbračnih partnera, kao i povećanja pravne sigurnosti koja se, između ostalog, ogleda u zaštiti trećih osoba koje stupaju u različite pravne odnose sa osobama iz vanbračnih zajednica

Ključne riječi: vanbračna zajednica, vanbračni partneri, dokazivanje vanbračne zajednice, registrovana vanbračna zajednica

UVOD

Savremena pravna nauka i sudska praksa stoje na stanovištu da se uspješno ostvarivanje prava na porodični život više ne može ograničiti isključivo na brak i porodicu zasnovanu na braku. U tom smislu, porodicom smatraju i druge forme zajednice života, pa između ostalih i

vanbračnu zajednicu. Historijski gledano, vanbračna zajednica je oduvijek bila sastavni dio društvene realnosti, ali svoju pravnu formu dobiva tek u novije vrijeme. Na području Evrope, trend normiranja učinaka vanbračne zajednice pokrenut je upravo u bivšoj Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji odnosno u njenim federativnim jedinicama. Vanbračna zajednica je kao ustanova porodičnog prava u Bosni i Hercegovini uređena od 1979. godine Porodičnim zakonom Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine.¹ Ovim propisom vanbračna zajednica je definisana i izjednačena sa brakom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i drugih imovinskopравnih odnosa. Mogućnost istovremenog zasnivanja dvije ili više vanbračnih zajednica, zasnivanje vanbračne zajednice pored braka, istovremeno izdržavanje bračnog i vanbračnog partnera, neujednačena sudska praksa u pogledu tumačenja pravnog standarda 'duže vremena' kroz koji je bio normiran uslov potrebnog vremenskog trajanja vanbračne zajednice, samo su neki od nedostataka načina na koji je bila uređena vanbračna zajednica. Stoga je reformom porodičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini obuhvaćena i ustanova vanbračne zajednice. Upravo zbog činjenice da pravno uvažavanje vanbračne zajednice na teritoriji Bosne i Hercegovine datira još od kraja sedamdesetih godina prošlog stoljeća, generalna je percepcija vanbračne zajednice da je ona izjednačena sa brakom i izvan okvira porodičnog prava što, kako će se pokazati u ovom radu, nije tačno.

Iako su naša rješenja o faktičkoj zajednici života žene i muškarca još uvijek daleko naprednija od sličnih u uporednim zakonodavstvima, to ne znači da ne postoji potreba za njihovim poboljšanjima. Zakonsko određenje pojma vanbračne zajednice, pravna priroda, upravljanje i raspolaganje imovinom stečenom radom za vrijeme trajanja vanbračne zajednice, registracija „vanbračnih ugovora“, dokazivanje postojanja i registracija vanbračne zajednice su pitanja koja će biti obuhvaćena predstojećom analizom kroz prizmu njihovih mogućih dorada i unapređenja, a sve u funkciji jačanja pravne sigurnosti. Pored toga, ukazaće se na potrebu i opravdanost pravnog uvažavanja vanbračne zajednice i mimo okvira porodičnog prava.

Vanbračne zajednice ne nastaju isključivo radi izbjegavanja primjene pravila koja se odnose na brak, što je nerijetko argument protiv pravnog regulisanja vanbračne zajednice. Nastaju kao rezultat različitih životnih okolnosti, nekada kod vanbračnih partnera postoji ozbiljna namjera za

¹ Porodični zakon Republike Bosne i Hercegovine („Službeni list RBiH“, br. 21/79, 42/89)

sklapanjem braka koja nije realizirana zbog smrti ili teške bolesti jednog od partnera, nekada ta namjera može postojati kod samo jednog vanbračnog partnera, a nerijetko su osobe starije životne dobi sklonije zasnivanju vanbračne zajednice. To su samo neki od argumenata koji opravdavaju razmatranje mogućnosti dodatnog pravnog uređenja vanbračne zajednice a *Napoleonovu izreku da „Kohabitanti ignorišu pravo i stoga pravo ignoriše njih“* neprihvatljivom i neodrživom u savremenom pravu.²

1. VANBRAČNA ZAJEDNICA U PORODIČNOM ZAKONODAVSTVU

1.1. Pojam i konstitutivni elementi vanbračne zajednice

Kako je već istaknuto u uvodnom dijelu, donošenje zakona iz oblasti porodičnog prava u nadležnosti je entiteta i distrikta, što za posljedicu ima postojanje različitih zakonskih rješenja u pogledu istih ustanova porodičnog prava, pa tako i u pogledu ustanove vanbračne zajednice.

Međusobna neusklađenost porodičnopravnih propisa prisutna je već kod određivanja pojma vanbračne zajednice. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine³ (u daljem tekstu PZ FBiH), kao i Porodični zakon Brčko Distrikta BiH⁴ (u daljem tekstu PZ BD) na izričit način definišu vanbračnu zajednicu, te kao njene konstitutivne elemente propisuju: zajednicu života, potrebno vremensko trajanje od najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete i uslov da vanbračni partneri nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugom osobom.⁵ Propisivanjem uslova slobodnog bračnog statusa, zakonodavac se opredijelio za zaštitu načela monogamije kao jednog od temeljnih načela savremenog porodičnog prava, a koje isključuje mogućnost da jedna osoba bude istovremeno i u braku i u vanbračnoj zajednici odnosno u dvije ili više vanbračnih zajednica, što nije bio slučaj sa ranijim propisom. Normiranje uslova da vanbračni partneri nisu u vanbračnoj zajednici sa drugom osobom, imalo bi svoj puni smisao samo ukoliko se u naše pravo uvede obaveza registracije vanbračne zajednice. U suprotnom, ostaje

2 Barlow, Ann i Probert, Rebecca, Addressing the Legal Status of Cohabitation in Britain and France: Plus ça change..., Web Journal of Current Legal Issues, 1999., str. 2., dostupno na: <<http://webjcli.ncl.ac.uk/1999/issue3/barlow3.html>>

3 Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH”, br. 35/05)

4 Porodični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BD“, br. 66/07)

5 Vidjeti čl. 3. PZ FBiH i čl. 5. PZ BD

mogućnost za različite manipulacije i zloupotrebe⁶, što za posljedicu ima pravnu nesigurnost.

Porodični zakon Republike Srpske⁷ (u daljem tekstu PZ RS) izričito ne definiše vanbračnu zajednicu. Zaključak o njenim konstitutivnim elementima izvodimo posredno - iz odredbe o izjednačavanju vanbračne zajednice i braka u pogledu prava na međusobno izdržavanje i drugih imovinskopravnih odnosa, te odredbi o imovinskim odnosima i međusobnom izdržavanju vanbračnih spružnika.⁸ Iz navedenih odredbi proizilazi da su konstitutivni elementi vanbračne zajednice: zajednica života i uslov potrebnog vremenskog trajanja. Uslov potrebnog vremenskog trajanja vanbračne zajednice nije normiran na jedinstven način za imovinske odnose i za izdržavanje, pa je kod imovinskih odnosa određen u formi pravnog standarda 'duže vremena', a kod izdržavanja potrebno je da su vanbračni supružnici ostvarivali zajednicu života najmanje tri godine (tri godine i duže). Obzirom da se slobodan bračni status ne zahtijeva, moguće je zaključiti da jedna osoba može istovremeno biti u braku i u vanbračnoj zajednici ili u dvije i više vanbračnih zajednica. Npropisivanje uslova slobodnog bračnog statusa je neprihvatljivo, imajući u vidu da su ublažene pretpostavke za razvod braka te da je sam postupak za razvod braka pojednostavljen. S druge strane, u pravnoj teoriji navodi da ovakvim rješenjem zakonodavac zapravo pristaje na uvažavanje nemorala.⁹ Stoga bi bilo svrsishodno izričito definisati vanbračnu zajednicu uz inkorporiranje uslova slobodnog bračnog statusa, odnosno uslova da vanbračni supružnici nisu u drugoj vanbračnoj zajednici.

Smetnje za konstituisanje vanbračne zajednice nisu predviđene ni jednim porodičnopravnim propisom. Dok brak može biti proglašen nepostojećim (ako nisu ispunjeni uslovi za njegovo postojanje) ili se može poništiti (u slučaju postojanja bračnih smetnji u trenutku sklapanja braka) za vanbračnu zajednicu nisu predviđene takve pravne sankcije, ali su u određenim slučajevima propisane krivične sankcije za jednog ili oba vanbračna partnera.¹⁰ Važeći krivičnopravni propisi u BiH predviđaju

6 Npr. jedan vanbračni partner može, radi izbjegavanja različitih obaveza koje proizilaze iz takve zajednice (odgovornost za dug koji je za vrijeme trajanja zajednice života preuzeo drugi partner za potrebe zajednice života) tvrditi da je u istom periodu ostvarivao zajednicu života sa dvije različite osobe, te na taj način može značajno odugovlačiti postupak i sl.

7 Porodični zakon Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 54/02, 41/08)

8 Vidjeti: čl. 12. st. 1., čl. 284. st. 1. i čl. 248. st. 1. PZ RS

9 Hrabar, Dubravka, *Izvanbračna zajednica – neka otvorena pitanja*, Hrvatska pravna revija, 2 (2010), Inžinjerski biro d.d., Zagreb, 2010. god, str. 42.

10 Babić, Ilija, (ur.) *Komentar Porodičnog zakona*, Sarajevo, 1990. god., str. 28.

krivičnu odgovornost za punoljetnu osobu koja živi u vanbračnoj zajednici sa maloljetnikom.¹¹ Odgovornost je predviđena i za roditelja, usvojioca ili staraoca koji omogući maloljetniku da živi u vanbračnoj zajednici sa punoljetnom osobom ili ju navede na to.¹² Za spolni odnos između srodnika po krvi u pravoj liniji i u pobočnoj liniji zaključno sa drugim stepenom srodstva (incest) predviđena je i krivična odgovornost za počinitelja incesta.¹³ Zasnivanje vanbračne zajednice između usvojioca i usvojenika bi također bilo u suprotnosti sa moralom društva i sa samom svrhom usvojenja.

Osim krivičnopравnih propisa, na potrebu razmatranja mogućnosti normiranja odsustva bračnih smetnji za zasnivanje punovažne vanbračne zajednice, ukazuje realna mogućnost da jedna osoba zasnuje vanbračnu zajednicu zbog toga što nije bila sposobna za rasuđivanje, pod uticajem straha izazvanog ozbiljnom prijetnjom ili u zabludi. U pogledu ovog pitanja, u pravnoj teoriji su prisutna mišljenja da odluka o tome da li u definiciju vanbračne zajednice unijeti i odredbu o odsustvu bračnih smetnji, zavisi od odgovora na pitanje da li je temeljni motiv zakonodavca, prilikom regulisanja vanbračne zajednice, izbjegavanje pravila o formalnosti koje se zahtijevaju za sklapanje braka ili osiguranje pravne zaštite samih vanbračnih partnera i trećih osoba.¹⁴ Ako je smisao zasnivanja vanbračne zajednice izbjegavanje formalnosti koje podrazumijeva sklapanje braka, odnosno omogućavanje zasnivanja zajednice života osobama koje iz formalnih razloga nisu mogle sklopiti brak, tada bi inkorporiranje bračnih smetnji bilo nepotrebno. Međutim, ako je cilj normiranja ove ustanove zaštita partnera iz tih zajednica, kao i zaštita trećih osoba, tada zaista ima mjesta propisivanju smetnji za zasnivanje i dejstva vanbračne zajednice.¹⁵ Budući da su prva pravila o učincima vanbračne zajednice u našem pravu donesena pod pritiskom velikog broja zahtjeva da se osobama koje žive

11 Prema statistici Federalne uprave policije, u prvih šest mjeseci 2012. god., na području FBiH evidentirana su 23 krivična djela vanbračne zajednice sa mlađim maloljetnikom, što predstavlja porast u odnosu na isti period 2011.godine za 6 krivičnih djela, podatak preuzet sa: www.fup.gov.ba/wp.../2012/08/Kriminalitet-januar-juni-2012.pdf, 16. 1. 2013. god.

12 Vidjeti: čl. 216. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine – KZ FBiH („Službene novine FBiH“, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05), čl. 204. Krivičnog zakona Republike Srpske – KZ RS („Službeni glasnik RS“, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06) i čl. 213. Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – KZ BD („Službeni glasnik BD“ br. 10/03, 45/04, 06/05)

13 Vidjeti: čl. 213. KZ FBiH, čl. 201. KZ RS i čl. 210. KZ BD

14 Hrabar, Dubravka, op. cit., str. 43.

15 Loc.cit.

u ovim zajednicama pruži odgovarajuća pravna zaštita, pogotovo u sferi imovinskih odnosa,¹⁶ smatramo da je opredjeljenje zakonodavca za regulisanje vanbračne zajednice ipak motivisano idejom o pravnoj zaštiti vanbračnih partnera i trećih osoba. Stoga, *de lege ferenda* ima mjesta normiranju odsustva bračnih smetnji za zasnivanje punovažne vanbračne zajednice. U uporednom pravu su prisutna rješenja gdje se za sticanje vanbračnog statusa zahtijeva odsustvo svih bračnih smetnji kao što je to slučaj sa Zakonom o braku i porodičnim odnosima Slovenije¹⁷ ili odsustvo samo neotklonjivih bračnih smetnji kao što je normirano Porodičnim zakonom Republike Srbije.¹⁸

Različito normiranje istog instituta je nepoželjno i u mnogim slučajevima će zasigurno izazvati brojne probleme, pa stoga smatramo da je *de lege ferenda* potrebno uskladiti ove propise i usvojiti jedinstveno rješenje u pogledu određivanja pojma vanbračne zajednice.

1.2. Imovinski odnosi vanbračnih partnera

Imovinski odnosi vanbračnih partnera su uređeni na dva načina, odnosno ostavljena je sloboda vanbračnim partnerima da biraju između dva imovinska režima, zakonskog i ugovornog. Pravila zakonskog imovinskog režima primjenjuju se na imovinske odnose vanbračnih partnera onda kada vanbračni partneri nisu zaključili bračni ugovor.

1.2.1. Zakonski imovinski režim

Porodični zakon FBiH sadrži samo jednu odredbu o zakonskom imovinskom režimu za vanbračne partnere kojom je normirano da se imovina koju su vanbračni partneri stekli radom za vrijeme trajanja vanbračne zajednice koja je, smatra njihovom *vanbračnom stečevinom* i ona se podvrgava pravilima o bračnoj stečevini, pod uslovom da je vanbračna zajednica trajala najmanje tri godine ili kraće ukoliko je u njoj rođeno zajedničko dijete.¹⁹ Zbog ove odredbe je prisutno mišljenje da su

¹⁶ Traljić, Nerimana i Bubić, Suzana, *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007. god., str. 142.

¹⁷ Vidjeti čl. 12. st. 1. Zakona o braku i porodičnim odnosima Slovenije - *Zakon o zakonski zvezi i družinskih razmjerih* („Službeni list RS“, br. 69/2004 od 24. 06. 2004. god.)

¹⁸ U tom smislu vidjeti čl. 4. st. 2. Porodičnog zakona Republike Srbije („Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 18/2005)

¹⁹ Vidjeti čl. 263. u vezi sa čl. 3. PZ FBiH

bračni i vanbračni partneri izjednačeni po pitanju njihovih imovinskih prava, što nije sasvim tačno. Mišljenja smo da je intencija zakonodavca bila da pitanja pravne prirode, upravljanja, raspolaganja i podjele vanbračne stečevine podvrgne pravilima o bračnoj stečevini. Nejasno je, iz postojećih odredbi, kakav status imaju prihodi od korištenja prava intelektualnog vlasništva, prihodi ostvareni igrama na sreću kao i status poklona učinjenih od strane trećih osoba. Razlikovanje pozicije bračnih i vanbračnih partnera u pogledu sticanja stečevine je neopravdano, pa *bi de lege ferenda* bilo potrebno korigovati postojeće rješenje bilo preciziranjem (dopunom) pravila o vanbračnoj stečevini bilo kroz unošenje odredbe o izjednačavanju vanbračne zajednice i braka u pogledu imovinskopravnih odnosa i obaveze izdržavanja.²⁰

Obzirom da nije normirano šta se smatra posebnom imovinom vanbračnih partnera, zaključujemo da njihovu posebnu imovinu predstavlja sve ono što nije obuhvaćeno pojmom vanbračne stečevine. Posebnom imovinom vanbračnih partnera smatra imovina koju su imali prije zasnivanja zajednice života kao i ona koju su stekli tokom trajanja vanbračne zajednice ali ne radom, nego na neki drugi način – nasljedstvom, poklonom, podjelom vanbračne stečevine, naknadom štete za povredu autorskog prava itd.

Primjenjujući odredbu o pravnoj prirodi bračne stečevine na vanbračnu, zaključujemo da je vanbračna stečevina po svojoj prirodi suvlasništvo vanbračnih partnera sa jednakim dijelovima.²¹ Ovo rješenje predstavlja novinu u porodičnopravnim propisima na teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta, budući da se prema ranijim propisima imovina osoba iz vanbračne zajednice koja je stečena radom smatrala zajedničkim vlasništvom vanbračnih partnera, a udjeli u toj imovini su se utvrđivali tek u sudskoj podjeli imovine srazmjerno doprinosu svakog od vanbračnih partnera. Porodični zakon RS je zadržao ovo rješenje uz jednu izmjenu. Naime, prema čl. 272. st. 1. PZ RS predviđeno je da svakom od bračnih, a time i vanbračnih supružnika pripada po jedna polovina zajedničke imovine. Pri tome je data mogućnost da se pri podjeli zahtijeva i drugačije određenje udjela u zajedničkoj imovini, odnosno mogućnost određivanja većeg udjela od polovine.²² Udio vanbračnih partnera u vanbračnoj stečevini bio bi poznat tek u momentu njezine podjele, a

20 Ova odredba, koja je postojala u Porodičnom zakonu R BiH, preuzeta je u Porodični zakon RS (čl. 12.) i Porodični zakon BD (čl. 5. st. 2.). Nejasno je zašto ju je zakonodavac izostavio u Porodičnom zakonu FBiH.

21 Vidjeti: čl. 263. u vezi sa čl. 252. st.1. PZ FBiH

22 Vidjeti čl. 273. PZ RS

praktična posljedica toga je da vanbračni partneri nisu samostalni u pogledu upravljanja i raspolaganja svojim udjelom u zajedničkoj imovini.

Zakonsko rješenje po kojem su vanbračni partneri suvlasnici sa jednakim dijelovima u vanbračnoj stečevini, ima svoje prednosti ali i nedostatke.

Prednosti ovog rješenja su: skraćivanje sudskih postupaka odnosno sporova oko toga koliko je ko doprinio u sticanju stečevine, jasniji vlasnički odnosi, lakše upravljanje i raspolaganje vanbračnom stečevinom, ostvarenje načela porodične solidarnosti i ravnopravnosti vanbračnih partnera.²³

Unošenjem odredbe o jednakim suvlasničkim dijelovima vanbračnih partnera u vanbračnoj stečevini značajno se doprinijelo skraćivanju sudskih postupaka koji su se vodili radi podjele ove imovine. Vrlo često je bilo jako teško utvrditi doprinose vanbračnih drugova u stjecanju zajedničke imovine. Uslijed toga postupci su dugo trajali a sudski troškovi su bili jako visoki i vrlo često bi dovodili do znatnog smanjenja vrijednosti imovine koja se trebala podijeliti.²⁴ Stoga se zakonodavac opravdano odlučio za promjenu vlasničkih udjela vanbračnih partnera u vanbračnoj stečevini, postupajući na taj način u skladu s načelima porodične solidarnosti i ravnopravnosti vanbračnih partnera.

Činjenica da se ne zna koliki je vlasnički udio u zajedničkoj imovini i da će se saznati tek nakon donošenja sudske odluke (ukoliko pomenuto pitanje nije riješeno sporazumno) u postupku koji je mogao trajati godinama, predstavljala je veliku neizvjesnost za vanbračne partnere. Novim rješenjem je otklonjena ova neizvjesnost jer je poznato da je svaki od vanbračnih partnera vlasnik polovine cijele vanbračne stečevine i vlasnik polovine idealnog dijela svake stvari i prava koje ulazi u sastav stečevine.

Jednaki suvlasnički udjeli u vanbračnoj stečevini omogućavaju vanbračnim partnerima da svojim idealnim dijelom u vanbračnoj stečevini samostalno raspolazu što znači da ga mogu otuđiti, opteretiti i sl., a da za to ne mora postojati odobrenje drugog partnera. Ranije rješenje nije dozvoljavalo samostalno raspolaganje svojim udjelom u zajedničkoj imovini.

Ponekad je doprinos partnera u stjecanju odnosno povećanju vrijednosti stečevine nesrazmjernan iz razloga koji se ne mogu pripisati u krivicu partneru čiji je doprinos manji (npr. iako se maksimalno zalaže

23 Alinčić, Mira, Hrabar, Dubravka, Jakovac – Lozić, Dijana i Korać, Aleksandra, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006. god., str. 498.

24 Traljić, N. i Bubić, S., op. cit., str. 76.

njegovi prihodi su manji ili je iz različitih zdravstvenih razloga onemogućen da na bilo koji način doprinosi stjecanju vanbračne stečevine). Načelo ostvarenja porodične solidarnosti se ogleda u činjenici da će se vanbračni partneri, unatoč postojanju pomenute nesrazmjere, smatrati suvlasnicima sa jednakim vlasničkim udjelima. Ravnopravnost vanbračnih partnera se ogleda upravo u zakonskoj pretpostavci o jednakim vlasničkim udjelima u vanbračnoj stečevini, kojom također upravljaju ravnopravno i sporazumno.

Nedostacima postojanja neoborive zakonske pretpostavke o jednakim udjelima u suvlasništvu vanbračne stečevine, se mogu smatrati nedosljedna primjena pretpostavke o suvlasništvu partnera u stečevini i nepravедnost primjene ovog rješenja u pojedinim konkretnim slučajevima.

Nedosljednost primjene pretpostavke ogleda se u mogućnosti da vanbračni partner koji smatra da je znatno više doprinosio stjecanju vanbračne stečevine u odnosu na drugog, unatoč odredbama o suvlasništvu, može postaviti obligacionopravni zahtjev prema drugom partneru.

Primjena odredbi o suvlasništvu u vanbračnoj stečevini je bez sumnje nepravедna u situacijama kada je jedan vanbračni partner svojim radom znatno više doprinosio povećanju vrijednosti stečevine u odnosu na drugog.²⁵ Očito je da će podjela vanbračne stečevine na jednake dijelove oštetiti vanbračnog partnera čiji je doprinos u njezinom stjecanju bio znatno veći. Međutim, ovakve nepravde je moguće otkloniti ugovarajući drugačiji omjer vlašćkih udjela od onog koji je propisan zakonom.

Međutim, bez obzira na postojanje i određenih nedostataka rješenja prema kojem je vanbračna stečevina suvlasništvo vanbračnih partnera sa jednakim udjelima, njegove prednosti su veće a značaj dvojak: simboličan i praktičan. Simboličan je iz razloga što kod partnera izaziva osjećaj jednakosti, sigurnosti i ličnog dostojanstva. S druge strane njegov značaj je praktičan jer sama spoznaja da su suvlasnici određene stvari ili prava stimulatívno djeluje u pravcu njihovog obostranog truda i zalaganja za konstantno unapređenje i uvećanje vanbračne stečevine.²⁶

Zbog navedenih prednosti, kao i činjenice da se dokazivanje doprinosa u stjecanju zajedničke imovine osoba iz vanbračne zajednice u sudskoj praksi se pokazalo složeno, dugotrajno i povezano sa visokim troškovima postupka (koji ponekad mogu prevazići vrijednost imovine koja se ima podijeliti nakon što se utvrde doprinosi), priklanjamo se rješenju prihvaćenom u Porodičnom zakonu F BiH i Bd, te plediramo na razmatranje mogućnosti unošenja sličnog rješenja u Porodični zakon RS.

25 Loc.cit.

26 Alinčić, M. i drugi , op. cit., str. 498.

Ova izmjena bi doprinijela i ujednačavanju pravila o imovinskim dejstvima vanbračne zajednice u porodičnom zakonodavstvu BiH.

Upravljanje i raspolaganje vanbračnom stečevinom. Uzimajući u obzir postojanje različitih rješenja entitetskih porodičnih zakona o pravnoj prirodi imovine stečene u toku trajanja vanbračne zajednice, razlikovaće se i odgovor na pitanje kako osobe iz vanbračne zajednice vrše vlasnička prava odnosno na koji način upravljaju i raspolazu ovom imovinom. Upravljanje i raspolaganje vanbračnom stečevinom podliježe općim pravilima stvarnog i obligacionog prava odnosno ona su normirana Zakonom o vlasničkopravnim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine²⁷ (u daljem tekstu ZOVO FBiH) i Zakonom o obligacionim odnosima BiH²⁸ (u daljem tekstu ZOO BiH) ukoliko nije drugačije propisano Porodičnim zakonom FBiH.²⁹ Porodični zakon BD u pogledu upravljanja i raspolaganja vanbračnom stečevinom također predviđa primjenu općih pravila imovinskog i obligacionog prava.³⁰

Svaki vanbračni partner kao suvlasnik može samostalno raspolagati svojim idealnim dijelom bez saglasnosti drugog vanbračnog partnera.³¹ Ovlaštenje da samostalno raspolaze idealnim dijelom podrazumijeva mogućnost otuđenja i opterećenja svog dijela, a to znači da ga može prodati, pokloniti, založiti i sl. U slučaju prodaje suvlasničkog dijela ostali suvlasnici imaju pravo preče kupovine samo ako je to propisano zakonom.³² Pravo preče kupovine vanbračnog partnera u slučaju prodaje suvlasničkog dijela stvari koja je predmet vanbračne stečevine nije predviđeno ni Porodičnim zakonom FBiH ni Porodičnim zakonom BD, osim u slučaju kada sud donese odluku da se podjela stvari izvrši prodajom ako je fizička dioba stvari nemoguća ili je moguća uz znatno smanjenje vrijednosti stvari.³³

Posebnost odnosa u kojem se nalaze vanbračni partneri i realna mogućnost da jedan vanbračni partner iz nepromišljenosti odluči otuđiti suvlasnički dio u nekoj stvari iz vanbračne stečevine, ukazuje na potrebu unošenja određenih specifičnijih rješenja u pogledu suvlasništva u

27 Zakon o vlasničkopravnim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“, br. 06/98)

28 Zakon o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i „Službeni list RBiH“, br. 2/09, 13/93 i 13/94)

29 Čl. 253. u vezi sa čl. 263. PZ FBiH

30 Čl. 240. u vezi sa čl. 230. PZ BD

31 Čl. 15. st. 3. ZOVO FBiH

32 Čl. 15. st. 4. ZOVO FBiH

33 Čl. 257. u vezi sa čl. 263. PZ FBiH i Čl. 234. u vezi sa čl. 240. PZ BD

vanbračnoj stečevini s ciljem pojednostavljenja suvlasničke zajednice.³⁴ Jedan od mogućih načina ostvarenja ovog cilja je propisivanje prava preče kupovine između vanbračnih partnera u slučaju raspolaganja idealnim dijelom. Pravo preče kupovine je pravo određene osobe da prije svih kupi stvar ako vlasnik odluči da je proda.³⁵ Normiranjem prava preče kupovine kod prodaje suvlasničkog dijela u korist vanbračnog partnera, pravo raspolaganja vanbračnog partnera – prodavca ne bi bilo ograničeno, jer je pravo preče kupovine moguće realizirati samo ukoliko vlasnik odluči da vrši svoje ovlaštenje.³⁶ Ograničenje bi postojalo jedino u obligacionopravnom smislu. Obaveza da vanbračnom partneru prvo uputi ponudu za prodaju svog suvlasničkog dijela u nekom od predmeta vanbračne stečevine, predstavlja ograničenje načela slobode ugovaranja zbog nemogućnosti izbora saugovarača.³⁷

Ograničenje slobode izbora saugovarača prestaje kada vanbračni partner – titular prava preče kupovine odbije ponudu. Međutim, od tog trenutka nastaje ograničenje slobode ugovaranja u smislu određivanja sadržaja i uslova ugovora. Naime, vanbračni partner – prodavac ne može trećoj osobi prodati svoj suvlasnički dio u stvari pod povoljnijim uslovima od onih pod kojima je svoj dio ponudio titularu prava preče kupovine.³⁸ Unatoč pomenutim ograničenjima, smatramo da bi *de lege ferenda* bilo opravdano razmotriti mogućnost uvođenja prava preče kupovine kod raspolaganja suvlasničkim dijelom u predmetima vanbračne stečevine. Pravo na diobu veoma dobro štiti vanbračnog partnera ali ono ne može učiniti suvišnim pravo preče kupovine iz najmanje dva razloga: suvlasniku je, sa pozicije ekonomskih interesa, svejedno hoće li do novčanog ekvivalenta doći diobom ili prodajom suvlasničkog dijela³⁹, a ono može biti veoma značajno za očuvanje međusobnih odnosa u vanbračnoj zajednici pogotovo ako su u njoj prisutna i zajednička djeca.

34 Krešić, Boris, *Bračni ugovor u porodičnom zakonodavstvu BiH sa osvrtom na uporedno pravo*, magistrski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzla, Tuzla, 2009. god., str. 32.

35 Klarić, Petar i Vedriš, Martin, *Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006. god., str. 368.

36 Cvetić, Radenka, *Mesto prava preče kupovine u Građanskom zakoniku*, Zbornik radova Aktuelna pitanja građanske kodifikacije, Centar za publikacije, Niš, 2008. god., str. 192.

37 Sloboda ugovaranja podrazumijeva pravo subjekta da odluči hoće li uopšte zaključiti ugovor, s kim će zaključiti ugovor, da odredi sadržaj, vrstu i formu budućeg ugovora. Više o tome: Bikić, Abedin, *Obligaciono pravo – opći dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2004. god., str. 50 – 52.

38 Cvetić, R., op. cit., str. 192.

39 Ibid., str. 193.

1.2.2. Ugovorni imovinski režim

Mogućnost zaključenja ugovora o imovinskim odnosima u vanbračnoj zajednici predstavlja novinu u našem porodičnom zakonodavstvu i izraz je nastojanja da se domaće zakonodavstvo uskladi sa savremenim evropskim propisima u ovoj oblasti.

Termin ‘vanbračni ugovor’ ne možemo naći u domaćem porodičnom pravu kao ni porodičnopravnim propisima susjednih država. Naše pravo poznaje samo termin ‘bračni ugovor’ kao ugovor kojim bračni partneri mogu prije sklapanja braka i u toku njegovog trajanja svoje imovinske odnose prilagoditi vlastitim interesima i potrebama, te na taj način izmijeniti ili potpuno isključiti zakonski imovinski režim.

Analognom primjenom pravila o bračnom ugovoru na imovinske odnose vanbračnih partnera, zaključujemo da i vanbračni partneri mogu svoje imovinske odnose regulisati na identičan način. U tom slučaju, termin ‘bračni ugovor’ ne bi bio adekvatan da označi sporazum vanbračnih partnera kojim oni mijenjaju ili isključuju zakonski imovinski režim u pogledu njihovih imovinskih odnosa, zbog toga što ugovorne strane nisu bračni ili budući bračni partneri, nego vanbračni partneri. Iako se u relevantnim zakonskim propisima ne spominje, mišljenja smo da bi za sporazum vanbračnih partnera pomenutog sadržaja ispravno bilo koristiti termin „vanbračni ugovor“.

Ovaj ugovor spada u grupu formalnih ugovora. Nepoštovanje odnosno nedostatak propisane forme povlači njegovu ništavost što znači da neće proizvoditi namjeravane pravne učinke. Da bi „vanbračni ugovor“ proizvodio posljedice u odnosu na same ugovorne strane i na treće osobe mora biti zaključen u formi notarski obrađene isprave.⁴⁰ Opredjeljenje zakonodavca da za valjanost ovog pravnog posla, propiše formu notarski obrađene isprave, je prihvatljivo i opravdano iz razloga što, s jedne strane, prati evropske i svjetske trendove u ovoj oblasti, a s druge strane je u funkciji sigurnosti i bržeg odvijanja pravnog prometa budući da je notarska isprava izvršna isprava. Porodični zakon BD formu „vanbračnog ugovora“ propisuje alternativno, tako da može biti zaključen pred nadležnim organom ili notarski obrađen.⁴¹ Upoređujući ovu odredbu sa odredbom iz

⁴⁰ Vidjeti čl. 258. PZ FBiH u vezi sa čl. 73. st. 1. Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“, br. 45/02) i čl. 5. Zakona o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 41/08) u vezi sa čl. 68. Zakona o notarima Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07 i 50/10)

⁴¹ Vidjeti čl. 235. st. 2. PZ BD

čl. 47. Zakona o notarima Brčko Distrikta BiH⁴² prema kojoj je za pravnu valjanost pravnih poslova o regulisanju imovinskih odnosa između bračnih partnera, kao i između osoba koje žive u vanbračnoj zajednici, potrebno da budu zaključeni u formi notarski obrađene isprave, zaključujemo da su djelomično u koliziji, te ih je u tom smislu potrebno uskladiti.⁴³

Budući da je vanbračnim partnerima priznato pravo da svoje imovinske odnose na postojećoj ili budućoj imovini urede ugovorom, bilo bi poželjno, u cilju veće pravne sigurnosti, uspostaviti određeni registar u kojem bi se obavezno evidentirali svi zaključeni bračni odnosno „vanbračni“ ugovori. Na taj način bi treće osobe imale uvid u pravno stanje imovine koja bi eventualno mogla biti predmet pravnog posla koji namjeravaju sklopiti sa osobom koja živi u vanbračnoj zajednici.⁴⁴ Uvođenje ovih registara bi svakako predstavljalo veliki izazov za domaću pravnu nauku, zakonodavstvo i pravnu praksu posebno sa aspekta utvrđivanja vanbračnog statusa ugovornih strana, budući da naše pravo još uvijek ne poznaje registrovanu vanbračnu zajednicu. Dok se ne donesu pravila o registraciji vanbračne zajednice, način utvrđivanja statusa ovih osoba za potrebe sklapanja i registriranja „vanbračnog ugovora“ trebao bi se normirati istim propisom morao bi se normirati istim propisom koji bi regulisao pitanja vezana za registraciju bračnih odnosno „vanbračnih“ ugovora.⁴⁵

2. NASLJEDNOPRAVNI POLOŽAJ VANBRAČNOG PARTNERA

Ideju o priznavanju zakonskih nasljednih prava vanbračnom partneru koji je živio u zajednici života sa ostaviocem, zakonodavac nije smatrao ni opravdanom ni progresivnom, pa ni u jedan od važećih nasljednopравnih propisa nije uvrstio vanbračnog partnera u krug zakonskih nasljednika.⁴⁶ Osnovna razlika između braka i vanbračne zajednice ogleda se u formi nastanka i prestanka, dok su njihovi ciljevi i suština ista. Imajući to u vidu

42 Zakon o notarima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BD“, br. 9/03 i 17/06)

43 Krešić, B., op.cit., str.60.

44 O potrebi i načinu konstituisanja registra bračnih ugovora, argumentima za i protiv više vidjeti u: Majstorović, Irena, *Bračni ugovor – novina hrvatskog obiteljskog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005. god., str. 213 – 214.

45 Čulo, Anica i Šimović, Ivan, *Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 59, (5), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2009. god., str. 1046.

46 Vidjeti čl. 10. ZN FBiH

nameće se pitanje: da li je brak – formalna veza zaista *condictio sine qua non* da bi se imalo pravo naslijediti odnosno da li su opravdana postojeća normativna rješenja po kojima nadživjeli vanbračni partner iz jedne dugotrajne, stabilne zajednice života sa ostaviocem, nema pravo da naslijedi njegova prava i obaveze?⁴⁷ Ako je u pogledu nasljednopravnog položaja vanbračni partner diskriminisan u odnosu na bračnog samo zbog čina sklapanja braka, kako je onda moguće da prema važećim nasljednopravnim propisima u BiH bračni partner može izgubiti nasljedno pravo iako brak formalno još postoji. Shodno čl. 22. st. 2. t. 3 Zakona o nasljeđivanju Bosne i Hercegovine⁴⁸ bračni partner nema pravo na nasljedstvo ako je zajednica života sa ostaviocem bila trajno prestala njegovom krivicom ili u sporazumu sa ostaviocem.⁴⁹ Iz prethodnog proizilazi da je za nasljedno pravo bračnog partnera bitna suština (zajednica života) a ne forma, pa stoga nedostatak forme pri zasnivanju i prestanku vanbračne zajednice se ne može prihvatiti kao opravdan razlog za uskraćivanje zakonskog nasljednog prava vanbračnom partneru.⁵⁰

U pojedinim situacijama, kada ostavilac nije imao djecu ili roditelje, njegovu imovinu će naslijediti ostali krvni srodnici onim redoslijedom kako to predviđa zakon, a ne njegov vanbračni partner sa kojim je ostavilac, najvjerovatnije, imao mnogo jače emotivne veze nego sa većinom tih krvnih srodnika, koji ga je eventualno uslijed bolesti njegovao, pazio i pomagao.

Svjestan navedenih nedostataka, zakonodavac je u Nacrtu Zakona o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine⁵¹ (u daljem tekstu Nacrt ZN FBiH) po prvi put izjednačio vanbračnog partnera sa bračnim u pogledu zakonskog, a time i zakonskog nužnog nasljeđivanja.⁵² Pri tome se vodilo računa o temeljnom – porodičnopravnom propisu i stoga se nije upuštao u problem definiranja vanbračne zajednice nego u tom dijelu upućuje na primjenu Porodičnog zakona FBiH. Time se izbjeglo ono što se pokazalo

47 Sjev van Erp, *New Developments in Succession Law*, vol. 11. 3 Electronic Journal Of Comparative Law, (December 2007), dostupno na <http://www.ejcl.org/113/article113-5.pdf>, str. 10.

48 Zakon o nasljeđivanju Bosne i Hercegovine (“Službeni list BiH”, br.07/80, 15/80)

49 Isto propisuje i Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske („Službeni glasnik RS”, br. 1/09) u čl. 24. st. 2. t. v

50 Kaščelan, Balša, *Registracija vanbračne zajednice*, Pravni život br.10/2012, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2012. god., str. 99.

51 Tekst Nacrta Zakona o nasljeđivanju FBiH dostupan je na: parlamentfbih.gov.ba/dom.../Zakon%20o%20nasljedivanju.pdf

52 Vidjeti čl. 9. u vezi sa čl. 8. Nacrta ZN FBiH

manjkavošću Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske⁵³ prema kojem se postojanje vanbračne zajednice sa ostaviocem prosuđuje po strožijim kriterijima u odnosu na one koji se zahtijevaju po Obiteljskom zakonu Republike Hrvatske. To je u konačnici doprinijelo neujednačenosti sistema kao cjeline u pogledu statusa pojedinca koji se može ili ne može smatrati vanbračnim.⁵⁴ Bude li se razmišljalo o izmjenama Zakona o nasljeđivanju Republike Srpske u pravcu uvrštavanja vanbračnog supružnika u red zakonskih nasljednika ostavioca, iskustvo iz uporednog prava ukazuje na to da je vrlo značajno voditi računa o porodičnopravnom određenju pojma vanbračne zajednice.

3. VANBRAČNA ZAJEDNICA U SFERI JAVNOG PRAVA

Osim u nasljednom pravu, vanbračna zajednica je ignorisana i u propisima javnog prava što najbolje ilustruje podatak da zakonski propisi ne priznaju vanbračnom partneru prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja, pravo na ostvarivanje poreskih beneficija, kao i određenih beneficija iz radnog prava.

Prema važećim zakonima o radu vanbračnom partneru je uskraćeno pravo na plaćeno odsustvo u slučaju porođaja vanbračne partnerice. Ovo pravo radnik (osoba iz vanbračne zajednice) može koristiti samo u slučaju smrti ili bolesti vanbračnog partnera.⁵⁵ Ovim odredbama su osobe iz vanbračne zajednice diskriminisane te je potrebno dopuniti radnopravne propise omogućavajući i radniku iz vanbračne zajednice plaćeno odsustvo u slučaju porođaja vanbračne partnerice.

Vanbračni partneri su također izostavljeni iz važećih propisa o porezu na dohodak⁵⁶ u kontekstu oslobađanja od plaćanja poreza na dohodak. Poreski obaveznik koji u vanbračnoj zajednici izdržava drugog partnera neće imati pravo na poresku olakšicu za razliku od poreskog obaveznika

53 Uporediti čl. 8. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 48/03., 163/03.) i čl. 3. Obiteljskog zakona Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11 i 61/11)

54 Vanbračni partner je izjednačen sa bračnim u pogledu nasljeđivanja i u slovenačkom pravu. U tom smislu vidjeti čl. 10. Zakona o nasljeđivanju Slovenije („Službeni list SRS“, št.67/2001, 83/2001 i dalje)

55 Vidjeti: čl. 46. Zakona o radu FBiH („Službene novine FBiH“ br. 3/99, 32/00, 29/03), čl. 66. Zakona o radu RS („Službeni glasnik RS“ br. 55/07) i čl. 37. Zakona o radu BD („Službeni glasnik BD“, br.19/06, 19/07 i 25/08)

56 Vidjeti: čl. 24. Zakona o porezu na dohodak FBiH („Službene novine FBiH“ br. 10/08), čl. 9. Zakona o porezu na dohodak RS („Službeni glasnik“ br. 91/06 i 128/06) i čl. 25. Zakona o porezu na dohodak BD („Službeni glasnik BD“ br. 60/10)

koji u braku izdržava bračnog partnera. Smatramo da je i u oblasti poreskog prava potrebno izvršiti izmjene u pravcu uvrštavanja vanbračnog partnera u pojam izdržavanog člana porodice. Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP), postupajući u predmetu *PM v.UK*⁵⁷, je odlučio da postoji diskriminacija na temelju statusa jer vanbračni otac koji je plaćao alimentaciju za svoje dijete nije mogao tražiti oslobađanje od plaćanja poreza po tom osnovu, kao što je to mogao učiniti npr. razvedeni otac. Sud je odlučio da se ovdje radi o diskriminaciji iz čl. 14. u vezi sa povredom čl. 1. Prvog protokola.

Zakonom o penzijskom i invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine⁵⁸ vanbračni partner nije naveden kao član porodice kojem bi u smislu člana 60. ovog Zakona pripadalo pravo na porodičnu penziju, niti se takav zaključak može izvesti primjenjujući određenje pojma porodice iz čl. 2. PZ FBiH.⁵⁹ To je potvrđeno i presudom Vrhovnog suda FBiH prema kojoj: „Vanbračnom partneru osiguranika po zakonu ne pripada pravo na porodičnu penziju poslije smrti osiguranika bez obzira na vremensko trajanje vanbračne zajednice sa osiguranikom.“⁶⁰

Ustavni propisi i međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, osobito Evropska konvencija i Protokol broj 1. uz Evropsku konvenciju, predstavljaju pravni temelj i pružaju mogućnost za uvođenje kategorije vanbračne zajednice i u sferu javnog prava.

Evropska konvencija o ljudskim pravima odnosno Prvi protokol uz ovu konvenciju u članu 1. štiti pravo na mirno uživanje imovine propisujući da svaka fizička i pravna osoba (bez diskriminacije po bilo kojem osnovu) ima pravo na mirno uživanje svoje imovine i da niko ne smije biti lišen

57 Zahtjev br. 6638/0, Odluka od 19. 10. 2005. god., tekst Odluke dostupan na: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=65162545&skin=hudoc-en&action=request>

58 Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju FBiH (‘‘Službene novine FBiH’’, br. 29/98, 49/00,32/01, 73/05, 59/06 i 04/09)

59 Čl. 2. st. 1. PZ FBiH : Porodica, u smislu ovog Zakona, jeste životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu.

60 „Pravo na porodičnu penziju, u smislu citiranog člana Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, pripada samo navedenim članovima porodičnog domaćinstva. Vanbračni partner osiguranika (suprotno mišljenju tužiteljice) nije naveden kao član porodice, kojem pripada pravo na porodičnu penziju iza smrti njegovog vanbračnog partnera, pa prema tome, u skladu sa uslovima propisanim ovim zakonom, vanbračna supruga ne može ostvariti pravo na porodičnu penziju nakon smrti njenog vanbračnog supruga - kao osiguranika. Tužiteljici, stoga, ne pripada pravo na porodičnu penziju, pa su prvostepeni i tuženi organ pravilnom primjenom određaba mjerodavnog Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, pravilno odlučili kad su zahtjev tužiteljice odbili.“ (Presuda Vrhovnog suda FBiH broj: U-3012/01 od 18. 1. 2007. god.)

svoje imovine osim u javnom interesu i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava.

ESLJP, primjenjujući odredbu iz čl. 1. Prvog protokola u konkretnim predmetima, ima vrlo elastičan pristup tumačenju pojma „imovine“. Koncept „imovine“ (izvorno „*possessions*“), prema praksi ESLJP, nije ograničen samo na vlasništvo nad materijalnim dobrima odnosno pokretnim i nepokretnim stvarima, već obuhvata i brojna druga različita prava i interese koja imaju ekonomsku vrijednost i predstavljaju dobra odnosno „imovinu“ u smislu člana 1. Prvog protokola.⁶¹ Tako se imovinom u smislu ove odredbe smatraju stvarna prava, obligaciona prava, prava proizašla iz intelektualnog vlasništva, članska prava u trgovačkim društvima (udjeli), pravo na penziju, pravo na vršenje profesije itd.⁶²

S tim u vezi, radi izbjegavanja sporova protiv Bosne i Hercegovine pred ESLJP, zakonodavac bi trebao razmotriti i prispitati pojedina zakonska rješenja iz domena javnog prava jer se, kao što je naprijed navedeno, člnom 1. Prvog protokola štite i prava iz oblasti radnog, socijalnog i poreskog prava.

4. DOKAZIVANJE POSTOJANJA VANBRAČNE ZAJEDNICE

Definisanje načina na koji vanbračni partneri mogu dokazati postojanje vanbračne zajednice, odnosno dokazati svoj vanbračni status predstavlja preduvjet za realiziranje priznatih prava kao i onih koja bi im eventualno bila priznata u budućnosti. Rezultati istraživanja novije domaće sudske prakse ukazuju na to da vrlo često, osobe koje žive u vanbračnoj zajednici nisu u mogućnosti konzimirati svoja zakonom priznata prava budući da je u sudskoj praksi zauzet stav da se za dokazivanje postojanja vanbračne zajednice ne može podnijeti utvrđujuća (deklaratorna) tužba, niti se ovo pitanje može razmatrati kao prethodno (prejudicijelno), jer je vanbračna zajednica faktička činjenica a ne pravo ili pravni odnos.⁶³

61 Vidjeti među ostalim odlukama *Broniowski protiv Poljske* (GC) br. 31443/96 § 192 ECHR 2004 - V

62 Gavella, Nikola, *Jemstvo vlasništva iz članka 1. Prvog protokola uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, u : Gavella, Nikola i drugi, *Evropsko privatno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002. god., str. 44.

63 „Odredbom članka 54. ZPP – a propisano je da tužitelj u tužbi može tražiti da sud samo ustanovi postojanje, odnosno nepostojanje kojeg prava ili pravnog odnosa ili istinitost odnosno neistinitost koje isprave. Dakle, predmet tužbe za utvrđenje može biti samo konkretno odnosno postojeće pravo ili pravni odnos pri čemu tužitelj mora imati i pravni

Vanbračna zajednica je normirana u porodičnom zakonodavstvu, a život u ovoj zajednici proizvodi određene pravne učinke (imovinske učinke, obavezu izdržavanja, odgovornost za obaveze) što nesumnjivo upućuje na suprotan zaključak, da je vanbračna zajednica ipak pravni odnos, zbog čega je ovakva sudska praksa neprihvatljiva. Ispravnost ovog zaključka, potvrđuje i Odluka Ustavnog suda BiH⁶⁴ u kojoj je konstatovana povreda prava na pravično suđenje zbog arbitrarnog odlučivanja nadležnih sudova u primjeni čl. 54. i 67. st. 7. Zakona o parničnom postupku FBiH⁶⁵, tumačenjem da se utvrđivanje postojanja vanbračne zajednice smatra utvrđivanjem činjenice a ne pravnog odnosa. Ustavni sud je zauzeo stav da iz čl. 2. PZ FBiH kao i odredbi o imovinskim odnosima i međusobnom izdržavanju vanbračnih partnera, proizilazi da život u vanbračnoj zajednici povlači određena prava i obaveze, te samim tim i postojanje pravnog odnosa između osoba koje žive ili su živjele u vanbračnoj zajednici. Shodno navedenom, sudska praksa treba prestati tretirati vanbračnu zajednicu samo faktičkom činjenicom a ne i pravnim odnosom, te im na taj način omogućiti da tužbom za utvrđenje ili u vidu prethodnog pitanja u svakom konkretnom slučaju izvedu zaključak da li se radi o vanbračnoj zajednici koja u smislu odredbi porodičnog zakona proizvodi određena dejstva.⁶⁶

interes za tužbu. Pravni interes u pravilu postoji kada se tužbom za utvrđenje pravnog odnosa želi otkloniti nesigurnost ili spor o sadržaju tog odnosa, ili kad postoji opasnost da bi tuženik svojim ponašanjem mogao ugroziti ostvarenje prava tužitelja u skoroj budućnosti. U konkretnom slučaju, po ocjeni ovog suda, ne radi se o utvrđivanju postojanja odnosno nepostojanja prava ili pravnog odnosa. Utvrđenje postojanja izvanbračne zajednice predstavlja utvrđenje činjenica da je takva zajednica postojala između tužiteljice i oca tuženika. Međutim, utvrđenje činjenica nije dopušteno u tužbama za utvrđenje. Naime, nije postojao pravni odnos između tužitelja i prednika tuženika jer izvanbračna zajednica nije pravno uređena veza između određenih osoba na temelju koje bi se mogla pokrenuti parnica. Među osobama u izvanbračnoj zajednici se radi o faktičkom stanju zajednice života muškarca i žene koji nisu u braku. Zbog toga u tužbi za utvrđenje nije dopušteno utvrđivati postojanje odnosno nepostojanje činjenica koje se ne odnose na konkretno pravo ili pravni odnos.“(Presuda Kantonalnog suda Mostar broj : 007 – 0 – Gž – 07 – 000436 od 26. 4. 2007. god.) . Slično vidjeti i u: Rješenju Općinskog suda Mostar broj: 07 58 P 026809 07 P od 5. 10. 2007. god.; Rješenju Općinskog suda Mostar broj: 07 58 P 025328 07 P od 22.1. 2008. god. , Rješenju Kantonalnog suda Mostar: 007– 0- Gž – 07 – 001361od 22.11.2007. god. i Rješenju Kantonalnog suda Mostar broj: 58 0 P 025328 08 Gž od 21.2. 2008. god.

64 Vidjeti: Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 2860/09 od 10.10.2012. god i Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu broj AP2900/09 od 13.6.2012.god., dostupne na: www.ustavni.sud.ba

65 Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“ br. 53/03, 73/05 i 19/06)

66 Simović, M. Vladimir, *Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, Pravni savjetnik br.10/1, Refam creative solutions – REC doo Društvo za istraživanje i unapređenje lokalnog i regionalnog razvoja, Sarajevo, 2012. god., str. 112. i 113.

Mogućnost arbitrarnog odlučivanja sudova u tumačenju i primjeni čl. 54. i 67. st.7. Zakona o parničnom postupku FBiH na pitanje dokazivanja vanbračne zajednice bi se mogla otkloniti ukoliko bi porodičnopravnim propisima bilo normirano da se o postojanju vanbračne zajednice, u postupku u kojem se odlučuje o nekom pravu ili obavezi, prosuđuje u tom postupku kao o prethodnom pitanju. Takvo rješenje je prihvaćeno u slovenačkom porodičnom zakonodavstvu.⁶⁷ Pored činjenice da ovakvo rješenje pruža veći stepen zaštite osobama iz vanbračne zajednice, njegov osnovni nedostatak je što postoji mogućnost donošenja različitih odluka u o istom pitanju različitim postupcima, kao i da sudski postupci za dokazivanje budu kompleksni, skupi i ponekad veoma ponižavajući za jednog ili oba vanbračna ili bivša vanbračna partnera.

Naprijed navedeni problemi i poteškoće u postupcima dokazivanja postojanja vanbračne zajednice opravdanom čine ideju o uvođenju obaveze registracije vanbračne zajednice, odnosno uvođenje nekog oblika registara ili evidencija vanbračnih zajednica.

Prednosti registracije vanbračne zajednice ogledaju se u izbjegavanju postupka dokazivanja vanbračne zajednice a time i donošenja različitih odluka o istom pitanju, rasterećenju sudova, olakšavanje utvrđivanja trenutka od kojeg su vanbračni partneri počeli stjecati vanbračnu stečevinu odnosno jasno razgraničenje vanbračne stečevine i posebne imovine, zaštita savjesnih trećih osoba koje zaključuju različite pravne poslove sa osobama iz vanbračnih zajednica povodom imovine koja predstavlja vanbračnu stečevinu.

Prihvatanje ovog rješenja zasigurno otvara niz pitanja vezanih uz odabir odgovarajućeg modela registracije vanbračne zajednice. U tom smislu najznačajnim se čini istaći: nadležnost za registraciju, postupak registracije i način prestanka registrovane vanbračne zajednice.

Uzimajući u obzir činjenicu da smisao registracije nije poistovjećivanje vanbračne zajednice sa brakom, nego isključivo olakšavanje njenog dokazivanja, tako i sama procedura registracije treba da bude što jednostavnija, oslobođena suvišnog formalizma. Stoga se povjeravanje nadležnosti za registraciju vanbračne zajednice notar nameće kao najlogičnije rješenje. Postupak registracije bi mogao početi tako što vanbračni partneri pred notarom daju izjave o namjeri ostvarivanja vanbračne zajednice, notar provjeri jesu li ispunjene sve pretpostavke (uslovi) za njeno postojanje, o čemu sačini zapisnik, ovjeri ga i evidentira u registru ili bi ovjerio i registrovao unaprijed sačinjenje pismene izjave o

67 Vidjeti čl. 12. Zakona o braku i porodičnim odnosima Slovenije

namjeri zasnivanja vanbračne zajednice.⁶⁸ Radi veće sigurnosti, postojanje ovog sporazuma bi se moglo evidentirati i u matičnim knjigama rođenih.

Registrovana vanbračna zajednica bi prestajala smrću vanbračnog partnera, proglašenjem nestalog vanbračnog partnera umrlim, sklapanjem braka bilo međusobno bilo sa trećom osobom, sporazumom vanbračnih partnera ili jednostranim raskidom.⁶⁹ Prestanak registrovane vanbračne zajednice na bilo koji od navedenih načina bi se, kroz odgovarajuću proceduru, evidentirao u registru i matičnim knjigama rođenih.

Pored svih prednosti uvođenja registara vanbračnih zajednica, ono što bi se eventualno moglo istaći kao prigovor je realna mogućnost da i dalje postoje neregistrovane vanbračne zajednice. Time bismo imali pluralitet partnerstava kao što je to slučaj u francuskom pravu gdje postoje tri tipa parova: bračni parovi koji uživaju najširi spektar prava, parovi iz registrirane zajednice (*tzv. parovi po sporazumu o solidarnosti*) sa nešto užim obimom prava i parovi iz faktičke zajednice života sa minimalnim obimom prava.⁷⁰ Nameće se pitanje da li uvođenje kategorije registrovane vanbračne zajednice znači uvođenje institucije paralelne braku odnosno da li je njezin smisao kreiranje pravila o *tzv. second class marriage (brak drugog reda)*? Priklanjamo se doktrinarnom mišljenju da registrovana vanbračna zajednica ne znači uvođenje kategorije slične braku, nego se na taj način nudi pluralitet životnih stilova gdje brak postaje opcija, a ne imperativ⁷¹, dok je značaj registracije vanbračne zajednice u kontekstu jačanja pravne sigurnosti neosporan.

ZAKLJUČAK

Regulisanje vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu ima dugu tradiciju, prvenstveno u okviru porodičnog prava. Opredjeljenje zakonodavca za pravnim uvažavanjem faktičke zajednice života žene i muškarca u porodičnom pravu načelno ocjenjujemo pozitivnim. Međutim, na temelju rezultata prethodne analize pojedinih rješenja i njihove primjene u sudskoj praksi, evidentno je postojanje određenog broja otvorenih pitanja, od kojih se posebno izdvajaju međusobna neusklađenost važećih porodičnopravnih propisa u pogledu određenja pojma vanbračne zajednice,

68 Kaščelan, B., op.cit., str. 95.

69 Ibid., str. 96.

70 Lalleme, Réne, *The French registered partnership Law: the civil solidarity pact*, preuzeto sa: <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/fr/explanation.htm>, 15. 5. 2010. god.

71 Loc.cit.

odnosno pretpostavki koje moraju biti ispunjene da bi se zajednica života žene i muškarca mogla smatrati vanbračnom, pretjerana analogna primjena pravila koja se odnose na imovinska dejstva braka, nepostojanje definisanog načina dokazivanja vanbračne zajednice, odnosno nepostojanja bilo kakvog oblika evidencije ili registara vanbračnih zajednica.

Izvan okvira porodičnog prava, do danas, nije bilo značajnijih zakonodavnih aktivnosti u pravcu priznavanja određenih prava vanbračnim partnerima, što najbolje ilustruje podatak da nadživjeli vanbračni partner nije zakonski nasljednik umrlog vanbračnog partnera, vanbračna zajednica nije relevantna činjenica za ostvarivanje prava na porodičnu penziju nakon smrti osiguranika, kao ni za ostvarivanje određenih beneficija iz radnog i poreskog prava.

U cilju otklanjanja odnosno ublažavanja manjkavosti postojećeg legislativnog pristupa ustanovi vanbračne zajednice, razmotreni su prijedlozi *de lege ferenda*, među kojima su od posebnog značaja harmoniziranje porodičnopravnih propisa u pogledu određenja pojma vanbračne zajednice, priznavanje zakonskog nasljednog prava vanbračnom partneru, priznavanje prava na porodičnu penziju, priznavanje prava na ostvarivanje poreske olakšice na ime vanbračnog partnera kao izdržavanog člana porodice, te uvođenje registara vanbračnih zajednica.

Ponuđeni pravci razvoja i unapređenja ove ustanove nisu motivisani idejom o poistovjećivanju braka i vanbračne zajednice, nego potrebom za potpunijim rješenjima koja bi mogla doprinijeti povećanju stepena ekonomske i pravne zaštite vanbračnih partnera, a u konačnici jačanju pravne sigurnosti koja se, između ostalog, ogleda i u zaštiti trećih osoba koje stupaju u različite pravne odnose sa osobama iz vanbračnih zajednica.

Ramajana Demirović, LL.M
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

Summary

**NEW TRENDS IN LEGAL REGULATION OF
COHABITATION IN THE LAW OF BOSNIA AND
HERZEGOVINA**

Cohabitation has been legally protected from the late seventies of the last century. Analyzing of the positive law and case law, the author of the paper points out some open issues in the legal regulation of cohabitation and considers possible suggestions for its improvement. The analysis refers not only to family law, but also to other fields of law such as an inheritance, labor relations, pensions, social security, taxes, etc. The basis therefore is provided in the constitutional provision of protection of families and children, the right to respect for private and family life, the right to peaceful enjoyment of property and the prohibition of discrimination on the basis of status. By these provisions, the grounds for regulating the consequences of cohabitation, not only in family law, but also in other legal fields are given. The author concludes that the purpose of the improvement of legislation of cohabitation is to enhance economic and legal protection of cohabitants as well as the legal protection of third parties entering into different legal relations with cohabitants.

Key words: cohabitation, cohabitants, proving the existence of cohabitation, registered cohabitation

Mag. sci. Darja Softić Kadenić, LL.M.
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

BRAČNI UGOVOR I UGOVOR O NASLJEĐIVANJU U PRAVU FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE KAO INSTRUMENTI JAČANJA PRAVNOG POLOŽAJA NADŽIVJELOG BRAČNOG PARTNERA

Sažetak

U radu su identificirani neki od uzroka neprihvatanja bračnog ugovora od strane pravne prakse u Federaciji Bosne i Hercegovine. Ovaj ugovor nije prepoznat kao instrument koji može služiti i kao sredstvo za jačanje nasljedno-pravnog položaja nadživjelog bračnog partnera za slučaj prestanka braka smrću. Nasljedno-pravni propisi u FBiH ne uzimaju u dovoljnoj mjeri u obzir specifičnosti bračne veze, što se odražava u relativno nepovoljnom nasljedno-pravnom položaju nadživjelog bračnog partnera u odnosu na ostale nasljednike s kojima konkurira za nasljedstvo umrlog. U uporednom pravu je bračnim ugovorom moguće uticati na sastav zaostavštine i time favorizirati nadživjelog bračnog partnera u odnosu na druge nasljednike. Odnos između odredaba bračnog ugovora i Zakona o nasljeđivanju u pogledu sastava zaostavštine i prava nužnih nasljednika nije dovoljno reguliran u pravu FBiH, te ovaj rad nudi odgovore na neka od spornih pitanja s tim u vezi.

De lege ferenda je planirano uvođenje ugovora o nasljeđivanju u pravni poredak FBiH, što omogućava ugovaranje nasljednih prava između bračnih partnera samostalno, ili u okviru bračnog ugovora, čime se otvaraju i neke dodatne mogućnosti za jačanje pravnog položaja nadživjelog bračnog partnera.

Ključne riječi: bračni ugovor, ugovor o nasljeđivanju, zaostavština, nužni nasljednici

Uvod

U pravo Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: FBiH) je Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine¹ (u daljem tekstu

¹ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, 35/05, 41/05.

PZ FBiH) 2005. kao alternativa zakonskom bračno-imovinskom režimu uveden ugovorni bračno-imovinski režim. Bračni partneri, lica koja namjeravaju sklopiti brak i vanbračni partneri² svoje imovinske odnose mogu urediti drugačije nego što to propisuje zakon zaključujući (pred) bračni ugovor. Ipak se uvođenje ugovornog bračno-imovinskog režima u vidu bračnog ugovora na izvjestan način ispostavilo kao propuštena šansa. To je potvrdila i praksa, s obzirom da je otkako su prvi notari u FBiH počeli s radom³ i otkako je, s obzirom na ekskluzivnu nadležnost notara za zaključenje ovih pravnih poslova⁴, moguće zaključiti bračni ugovor⁵, veoma mali broj onih koji su se odlučili za odstupanje od zakonskog imovinskog režima zaključenjem bračnog ugovora.⁶

U radu su identificirani neki od uzroka usljed kojih se bračni ugovor nije dovoljno afirmisao u pravnoj praksi u FBiH. Ovaj ugovor nije prepoznat kao sredstvo pogodno za individualno planiranje imovine kojim se, između ostalog, može uticati na poboljšanje nasljedno-pravnog položaja nadživjelog bračnog, a naročito vanbračnog partnera za slučaj prestanka braka odnosno vanbračne zajednice smrću. Vještim raspolaganjem u okviru bračnog ugovora je moguće značajno uticati na sastav zaostavštine po smrti jednog od bračnih partnera, čak iako *de lege lata* nije moguće bračnim ugovorom direktno ugovarati nasljedno-pravna dejstva. Ova će se mogućnost otvoriti tek *de lege ferenda*, ukoliko u FBiH dođe do usvajanja novog zakona o nasljeđivanju u formi postojećeg Nacrta zakona

2 U daljem tekstu će radi lakšeg čitanja pojam bračni partner odnosno bračni partneri označavati kako bračne partnere tako i buduće bračne partnere i vanbračne partnere. Ukoliko se određeni navodi budu odnosili samo na jednu od ovih kategorija, to će biti posebno naglašeno u tekstu.

3 U FBiH su prvi notari otpočeli svoju djelatnost u maju 2007. godine.

4 Čl. 73. Zakona o notarima Federacije BiH (u daljem tekstu: ZNot FBiH), Službene novine FBiH 45/02, čl. 68. Zakona o notarima Republike Srpske (u daljem tekstu: ZNot RS), Službeni glasnik RS 86/04, 2/05, 74/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, čl.47. Zakona o notarima Brčko Distrikta BiH (u daljem tekstu: ZNot BDBiH), Službeni glasnik BD BiH 9/03, 17/06.

5 Nažalost, usljed neusklađenosti zakonodavnih procedura od stupanja na snagu Porodičnog zakona FBiH 2005. godine, do početka rada notara 2007. godine postojao je gotovo dvogodišnji period u kojem nije bilo moguće zaključiti bračni ugovor, jer je PZ FBiH predvidio isključivu nadležnost notara za zaključenje bračnog ugovora, a institut notara još uvijek nije bio uspostavljen u vrijeme stupanja na snagu PZ FBiH.

6 Evidencija u okviru Notarske komore FBiH pokazuje da prosječan broj bračnih ugovora zaključenih za godinu dana na području Federacije BiH iznosi oko 50 ugovora. Izvršen je uvid u evidenciju za period od 2009. do 2012. godine.

o nasljeđivanju FBiH⁷, kojim se planira uvođenje ugovora o nasljeđivanju.

Težište ovog rada će se nalaziti na analizi dejstava bračnog ugovora za slučaj prestanka braka smrću jednog od bračnih partnera *de lege lata* ukazujući na neka sporna pitanja koja postoje s tim u vezi. Zatim će biti predstavljene neke nove mogućnosti *de lege ferenda* koje se otvaraju kombiniranjem bračnog ugovora i ugovora o nasljeđivanju, s preventivnim ciljem jačanja pravnog položaja nadživjelog bračnog partnera u odnosu na ostale nasljednike preminulog bračnog partnera.

1. Neki razlozi neprihvatanja bračnog ugovora od strane pravne prakse u FBiH

Moguće je identificirati nekoliko razloga zbog kojih je izostala afirmacija bračnog ugovora u našoj praksi. Tu je prvenstveno potrebno spomenuti nedovoljnu informiranost (budućih) bračnih partnera ili vanbračnih partnera o bračnom ugovoru, mogućnostima koje on nudi i eventualnim prednostima u odnosu na zakonski bračno-imovinski režim. To, između ostalog, proizlazi i iz činjenice da je bračni ugovor nedovoljno reguliran Porodičnim zakonom. Bračnom ugovoru PZ FBiH posvećuje samo tri člana.⁸ Problem podnormiranosti kad je u pitanju novi institut koji se po prvi put uvodi u određeni pravni poredak često dovodi do odbijanja tog instituta od strane prakse.⁹ Važnu ulogu igra i nedostatak pravne tradicije u ovoj oblasti, te mentalitet na području Bosne i Hercegovine s obzirom na prevladavanje tradicionalnih predstava i vrijednosti kada je pitanju brak i porodični život. Razlog odbijanja bračnog ugovora čini i strah da bi bračni partner želju za zaključenjem bračnog ugovora mogao shvatiti kao znak nepovjerenja i steći utisak kako drugi bračni partner u prvi plan stavlja imovinske aspekte braka, a ne one lične i emotivne.¹⁰ Činjenica da u momentu zaključenja braka još uvijek ne postoji sporna imovina, jer je u tom trenutku svaki bračni partner individualni vlasnik svoje posebne imovine¹¹, također ne motivira bračne partnere da zaključe

7 Nacrt zakona o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine br. 02 -02 -623/12 od 8.5.2012. godine (u daljem tekstu Nacrt ZN FBiH).

8 Čl. 258.-260. PZ FBiH.

9 Vidi u kontekstu uvođenja instituta zemljišnog duga kao novog stvarnog pravnog instituta u pravo Slovenije: Povlakić M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, str.353.

10 Vidi i: Softić D., *Bračna stečevina prema Porodičnom zakonu Federacije BiH*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, L 2007, str. 514.

11 Osim u slučaju u kojem je prije zaključenja braka postojala vanbračna zajednica na koju se također primjenjuju odredbe o imovinskim odnosima bračnih drugova.

bračni ugovor.¹² Pored navedenih razloga treba istaći i činjenicu da *de lege lata* u okviru bračnog ugovora nije moguće ugovarati nasljedno-pravna dejstva,¹³ pri čemu oni bračni partneri koji nisu zadovoljni prosječnim zakonskim rješenjima, zbog čega žele od njih odstupiti i svoje imovinske odnose urediti prema svojim individualnim potrebama i predstavama, često žele sveobuhvatno rješenje kako za vrijeme trajanja braka¹⁴, tako i za slučaj prestanka braka za života, ili pak usljed smrti jednog od bračnih partnera. Osim toga, bračni ugovor samostalno, a naročito u kombinaciji sa nekim ugovorima nasljedno-pravnog karaktera, predstavlja pravno sredstvo u okviru kojeg je moguće značajno uticati na položaj nadživjelog bračnog partnera za slučaj smrti drugog bračnog partnera. Ove mogućnosti koje su u širokoj upotrebi u uporednom pravu, su još uvijek u velikoj mjeri neiskorištene u našem pravu.

Uvođenjem ugovora o nasljeđivanju predviđenog Nacrtom zakona o nasljeđivanju FBiH u pravni poredak FBiH, se u pogledu (budućih) bračnih i vanbračnih partnera ukida zabrana ugovaranja nasljedstva. Time se pored bračnog ugovora uvodi još jedno dodatno sredstvo pogodno za individualizirano uređenje imovinskih odnosa bračnih partnera. Kako se radi o pravnom poslu *mortis causa*, ugovor o nasljeđivanju može da dopunjuje bračni ugovor kao pravni posao *inter vivos*. U tom kontekstu se postavlja pitanje da li bi *de lege ferenda* uvođenje ugovora o nasljeđivanju moglo doprinijeti učestalijoj primjeni i bračnog ugovora u FBiH.

2. Nasljedno-pravni položaj bračnog partnera u FBiH

Bračna veza sa ostaviocem predstavlja činjenicu za koju ZN FBiH vezuje pravo na nasljeđivanje. Vanbračni partner *de lege lata* uopće ne ulazi u krug zakonskih nasljednika u FBiH, ali je Nacrtom ZN FBiH predviđeno izjednačavanje vanbračnog partnera sa bračnim u pogledu nasljeđivanja *de lege ferenda*.¹⁵ Prema postojećem ZN FBiH, bračni

12 Vidi i: Alinčić M. i dr., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2001., str. 487.

13 Ova nemogućnost proizlazi iz odredbi članova 106.-108. Zakona o nasljeđivanju SR BiH koji je na snazi u FBiH (u daljem tekstu: ZN FBiH), Službeni list RBiH 7/80, 15/80, koje zabranjuju ugovore kojim osoba ostavlja svoju zaostavštinu ili njen dio suugovaraču ili nekom trećem licu, kojim osoba otuđuje nasljedstvo kojem se nada, ili obećava legat ili bilo koju drugu korist iz ostavine koja još nije otvorena, te zabranjuju ugovorno obavezivanje u pogledu sadržaja testamenta.

14 Dok brak još uvijek traje naročito mogu biti bitne odredbe bračnog ugovora u vezi sa upravljanjem i raspolaganjem bračnom stečevinom i slično.

15 Član. 9. Nacrta ZN FBiH. Ova odredba je odavno iščekivana i potrebna, s obzirom na izjednačavanje imovinsko-pravnih dejstava bračne i vanbračne zajednice u porodičnom pravu.

partner zajedno sa djecom i drugim ostaviočevim ostaviočevim nasljeđuje u prvom nasljednom redu na jednake dijelove, a ukoliko nema potomaka, bračni partner prelazi u drugi nasljedni red u kojem mu pripada pravo na pola zaostavštine.¹⁶ Drugu polovinu dijele otac i majka ostavioča, a u ukoliko oni nisu živi, na nasljeđe se pozivaju njihovi potomci po pravu predstavljanja.¹⁷ U pogledu nužnog nasljeđivanja bračni partner spada u krug apsolutnih nužnih nasljednika koji nasljeđuju već na osnovu srodničke veze sa ostaviocem i ne moraju ispunjavati dodatne uslove,¹⁸ te njegov nužni nasljedni dio iznosi pola onog dijela koji bi mu pripao kao zakonskom nasljedniku.

Naše nasljedno pravo osim navedenih odredbi i mogućnosti povećanja nasljednog dijela bračnog partnera usljed teškog materijalnog stanja na račun nasljednih dijelova ostalih nasljednika prvog ili drugog nasljednog reda¹⁹, ne predviđa dodatne mehanizme kojima se uzima u obzir poseban karakter bračne veze i specifičnosti koje iz nje proizlaze za bračne partnere. Čini se kako u pozitivnom pravu u FBiH nasljedno-pravni položaj bračnog partnera nije naročito povoljan. Iako Nacrt ZN FBiH predviđa određene novine koje ciljaju na poboljšanje položaja bračnog partnera²⁰, te izmjene su minimalne i neće rezultirati značajnijim repositioniranjem bračnog partnera u odnosu na njegove sunasljednike ni *de lege ferenda*. Pri tome u nekim pravnim sistemima postoje posebna pravila u pogledu položaja nadživjelog bračnog partnera u odnosu na porodični dom²¹, te druge odredbe u cilju jačanja položaja bračnog partnera u odnosu na ostale nasljednike²², što se označava kao prelazak sa tzv. vertikalnog nasljednog prava koje favorizira djecu i ostale potomke, na horizontalno nasljedno pravo u kojem se prava drugih nasljednika ograničavaju u korist

16 Čl. 10. i 12. ZN FBiH.

17 Čl. 12. i 13. ZN FBiH.

18 Vidi Bago D. i dr., *Osnovi nasljednog prava*, Sarajevo, 1991., str. 60.

19 Čl. 23. ZN FBiH.

20 Čl. 163. st. 5. Nacrta ZN FBiH.

21 To je slučaj u Austriji u vidu ustanove *Vorausvermächtnis* (§758. ABGB), Njemačkoj u vidu ustanove *Vermächtnis des Voraus* (§1932 BGB) detaljnije vidi: Lange/Kuschinke, *Erbrecht*, 5. Auflage, München, 2001, str. 31 i dalje.

22 U Hrvatskom pravu bračni drug kada nasljeđuje u drugom nasljednom redu dijeli zaostavštinu sa roditeljima ostaviočevim na način da njemu pripada jedna polovina, a roditeljima druga. Ukoliko roditelji nisu živi ne dolazi do prava predstavljanja, nego bračni drug nasljeđuje cjelokupnu zaostavštinu. Osim toga je ukinuta mogućnost smanjenja nasljednog dijela bračnog druga u korist drugih nasljednika, a usljed uvažavanja posebnih prilika i potreba tih nasljednika. Opširnije vidi: Dika M. (red.), *Novo nasljednopravno uređenje*, Zagreb, 2003.

nadživjelog bračnog partnera.²³ U ovom kontekstu je potrebno spomenuti i one pravne sisteme koji priznaju zajednički testament²⁴, koji u našem pravu nije dozvoljen. I ovaj nasljednopravni institut može biti pogodan za poboljšanje pravnog položaja bračnog druga i njegovu zaštitu od ostalih nasljednika.

Pored posebnih odredbi u nasljedno-pravnim propisima koje ciljaju na poboljšanje pravnog položaja bračnog partnera, taj je rezultat moguće postići i indirektno, upotrebom određenih pravnih sredstava koji omogućavaju iste efekte. Jedan od njih je i bračni ugovor. Prednosti koje se zaključenjem bračnog ugovora mogu postići u pogledu nasljedno-pravnog položaja bračnog druga su još veće u pogledu vanbračnog druga, kojem, kako ne ulazi u krug zakonskih nasljednika, bračni ugovor može osigurati značajno povoljniju poziciju. Mogućnosti koje u tom smislu postoje još uvijek nisu u dovoljnoj mjeri prepoznate u našoj praksi. Pored bračnog ugovora, efekti boljeg pozicioniranja bračnog partnera u odnosu na ostale nasljednike se mogu postići i upotrebom nekih drugih pravnih poslova koji su, barem djelomično nasljedno-pravnog karaktera, pri čemu je u našem pravu i u ovom pogledu izbor ograničen. Na raspolaganju stoje ugovor o doživotnom izdržavanju i ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života, te mogućnost zasnivanja prava služnosti u korist bračnog partnera na određenim dijelovima imovine koja čini zaostavštinu. Uvođenjem ugovora o nasljeđivanju se *de lege ferenda* ovoj listi dodaje još jedan ugovor kojim se dijelom može uticati na pravni položaj bračnog partnera u odnosu na druge ostaviočeve nasljednike.

3. Bračni ugovor kao instrument jačanja pravnog položaja bračnog partnera

Bračnim ugovorom se uređuju imovinski odnosi (budućih) bračnih i vanbračnih partnera za vrijeme trajanja braka, a naročito za slučaj prestanka braka. Pri tome se primarno ima u vidu prestanak braka razvodom tj. za

23 Vidi: Softić Kadenić D., *Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda*, u Nova pravna revija, časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, 1/2011, str. 39.

24 To je npr. slučaj u njemačkom pravu u vidu ustanove *gemeinschaftliches Testament*, a naročito povoljan modalitet zajedničkog testamenta za nadživjelog bračnog partnera u njemačkom pravu je tzv. berlinski testament. Detaljnije: Pvlakić/Softić Kadenić, *Da li je potrebno uvesti nove forme raspolaganja mortis causa u nasljedno pravo u BiH*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 10., Mostar, 2012., str. 195.-200.; O zajedničkom testamentu u njemačkom pravu vidi i: Lange/Kuchinke, op. cit. fn. 21, str. 419 i dalje.

života, a ne smrću jednog od bračnih partnera. Ipak, postojanje bračnog ugovora proizvodi određene pravne posljedice u slučaju smrti jednog od bračnih partnera. One se prvenstveno tiču uticaja bračnog ugovora na sasav zaostavštine umrlog bračnog partnera. Te su posljedice međutim nedovoljno određene u našem pravu, pa se s tim u vezi otvara nekoliko spornih pitanja.

3.1. Uticaj bračnog ugovora na sastav zaostavštine

Opće je mjesto da u ostavinsku masu umrlog bračnog partnera ulazi samo ona imovina koja mu je pripadala u času njegove smrti²⁵, pa tako u zaostavštinu ulazi samo njegov udio u bračnoj stečevini²⁶. U tom smislu, nadživjeli bračni partner ima pravo zahtijevati izdvajanje svog udjela u bračnoj stečevini prije formiranja zaostavštine koja onda po pravilima nasljeđivanja prelazi na nasljednike umrlog. Ukoliko ne postoji bračni ugovor primjenjuje se zakonski bračno-imovinski režim, prema kojem svaki bračni partner ima jednak udio od jedne polovine u bračnoj stečevini²⁷.

Ukoliko postoji bračni ugovor postavlja se pitanje odnosa između odredaba bračnog ugovora s jedne i odredaba ZN FBiH s druge strane, a u vezi sa nužnim nasljednicima odnosno sa izračunavanjem obračunske vrijednosti zaostavštine kao osnove za izračunavanje vrijednosti nasljednih dijelova nužnih nasljednika u onim slučajevima u kojim udio nadživjelog bračnog partnera u bračnoj stečevini prelazi zakonom predviđeni udio od jedne polovine ili je na drugi način bračnim ugovorom vršeno raspolaganje u korist nadživjelog bračnog partnera. Da li nužni nasljednici čija su prava povrijeđena u toj situaciji imaju pravo zahtijevati uračunavanje onog dijela koji prelazi polovinu vrijednosti bračne stečevine u obračunsku vrijednost zaostavštine i eventualno vraćanje te imovine? Odnosno, da li se odredbama bračnog ugovora mogu efikasno zaobići odredbe ZN FBiH u vezi sa zahtjevima nužnih nasljednika. Ni PZFBiH ni ZN FBiH ne uređuju ovo pitanje izričito. Kako bi se mogao dati odgovor na ova pitanja potrebno je pojedinačno, a naročito u odnosu jednih prema drugim analizirati relevantne pozitivno-pravne propise porodičnog, nasljednog i obligacionog prava.

25 Detaljnije o sastavu zaostavštine: Bago Drago i dr., op cit. fn 18, str. 17.-19.

26 Umjesto mnogih: Gavella/Belaj, *Nasljedno pravo*, III. Bitno izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 57.

27 Član 252. st. 2 PZFBiH.

3.2. Bračni ugovor i prava nužnih nasljednika

PZ FBiH ne određuje predmet bračnog ugovora. U tom smislu je moguće zaključiti da su bračni partneri u okviru bračnog ugovora slobodni imovinske odnose urediti u skladu sa svojim željama i potrebama, pod uslovom da se njihov sporazum ne protivi ustavu, prisilnim propisima ni moralu.²⁸ Tako širok i otvoren pristup predmetu bračnog ugovora je u odnosu na uređenje predmeta bračnog ugovora u uporednom pravu rijedak²⁹, te je bilo svrsishodnije predvidjeti određene smjernice, pa i eventualna ograničenja u pogledu predmeta bračnog ugovora. Bilo bi korisno *de lege ferenda* razmisliti barem o izričitoj nabrajanju onih stvari koje ne mogu biti predmetom sporazuma u okviru bračnog ugovora. U uporednom pravu je često ugovorni imovinski režim ujedno i zakonski, jer se bračnim partnerima daje mogućnost da ugovorom optiraju za jedan od nekoliko različitih zakonom predviđenih tipiziranih režima³⁰, poput režima zajedničke imovine, režima zajednice prinosa odnosno dobiti, režima odvojene imovine i slično.³¹

U pravnoj doktrini na prostoru BiH i regiona prevladava stanovište prema kojem je u okviru bračnog ugovora moguće odrediti različite udjele bračnih partnera u bračnoj stečevini i to načelno bez ograničenja. Osim toga, moguće je ugovorom promijeniti pravni status određenih stvari ili prava u smislu da određeni dijelovi imovine koja bi prema PZ FBiH ulazila u bračnu stečevinu, poput zarade bračnih partnera, čini njihovu posebnu imovinu, ili obratno, da posebna imovina ili njen dio čini bračnu stečevinu. Moguće je i osnovati različita stvarna i obligaciona prava u korist bračnih partnera na predmetima iz bračne stečevine ili posebne imovine.³² Pojedine odredbe bračnog ugovora mogu značajno uticati na sastav zaostavštine u slučaju smrti jednog bračnog partnera i time ugroziti

28 Član 49. Zakona o obligacionim odnosima FBiH (u daljem tekstu: ZOO), Službeni list SFRJ 29/78, 39/85, 57/89 i Službeni list RBiH 2/92, 13/93, 29/03.

29 Za ovako otvoren način uređivanja predmeta bračnog ugovora su se opredijelile sve zemlje nasljednice bivše SFRJ. Vidi detaljnije: Bubić S., *Ugovorni bračni imovinski režim u pravu EU i u uporednom pravu*, Evropsko zakonodavstvo, Vol. 7, No. 25-26, 2008, str. 103.

30 Vidi: Kovaček Stanić G., *Uporedno porodično pravo*, Novi Sad, 2002, str. 43; Također: Traljić/Bubić, *Bračno pravo*, Sarajevo, 2007, str. 70.

31 Ovo je slučaj npr. u njemačkom, švedskom i švicarskom pravu. Vidi Bubić Suzana, op. cit. fn 29, str. 102-103. O mogućem sadržaju bračnog ugovora u njemačkom pravu detaljno vidi: Klein M., *Eheverträge*, 4. Auflage, Deutscher Taschenbuchverlag, Minhen, 2011.; također: Mohr J., *Ehevertrag*, Verlag C.H. Beck, Minhen, 2009.

32 Vidi: Krešić B., *Bračni ugovor u porodičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine sa osvrtom na uporedno pravo*, Magistarski rad, Tuzla, 2009., str. 56 i dalje.

prava nužnih nasljednika u pogledu vrijednosti njihovih nužnih nasljednih dijelova.

ZN FBiH propisuje da se vrijednost zaostavštine na osnovu koje se izračunava nužni dio određuje tako što se na čistu vrijednost zaostavštine³³ dodaje vrijednost svih poklona koje je ostavilac učinio zakonskim nasljednicima u bilo kojem trenutku njegovog života, kao i poklona koje je ostavilac u posljednjoj godini svog života učinio drugim licima koja nisu zakonski nasljednici, osim manjih uobičajenih poklona.³⁴ Poklonom se u smislu ZN FBiH ima smatrati i odricanje od prava, oprost duga, ono što je ostavilac za života dao nasljedniku na ime nasljednog dijela ili radi osnivanja i proširenja domaćinstva, te radi obavljanja zanimanja, kao i svako drugo raspolaganje ostavioca bez naknade.³⁵ U slučaju da je povrijeđen njihov nužni nasljedni dio, nužni nasljednici imaju pravo zahtijevati smanjenje testamentalnih raspolaganja ostavioca, kao i vraćanje poklona.³⁶ Ukoliko bi se raspolaganja jednog bračnog partnera u korist drugog temeljem bračnog ugovora mogla okarakterizirati kao pokloni u smislu ZN FBiH, u tom slučaju bi nužni nasljednici imali pravo isticati svoje zahtjeve prema nadživjelom bračnom partneru, a u odnosu na imovinu koja mu je pripala na osnovu bračnog ugovora. Ipak, karakter raspolaganja u okviru bračnog ugovora nije tako jednostavno odrediti.

Bračni ugovor je po mnogo čemu, a naročito s obzirom na subjekte ugovora i njihov međusobni odnos, specifičan ugovor i teško je na njega primjenjivati opća pravila obligacionog prava. Ovaj pravni posao može biti zaključen kako kao naplatni tako i kao besplatni pravni posao. Ukoliko je zaključen kao dvostrano obavezujući naplatni pravni posao, postavlja se pitanje da li u okviru bračnog ugovora dolazi do primjene načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja.³⁷ Naime, s obzirom na specifičan odnos bračnih partnera vrlo je moguće da ugovorne strane ne žele ekvivalentnost uzajamnih prestacija jer u ovakvoj vrsti odnosa može u velikoj mjeri biti izražen *animus donandi*³⁸ u smislu želje za finansijskim zbrinjavanjem druge strane. S druge strane, ugovaranje različitih udjela u bračnoj stečevini može biti i odraz stvarnih doprinosa bračnih partnera bračnoj stečevini. Čak

33 Čista vrijednost zaostavštine se dobije kada se od aktive zaostavštine oduzmu troškovi popisa i procjene zaostavštine i troškovi sahrane ostavioca. Vidi: Bago D. i drugi, op. cit. fn 18, str. 63.

34 Čl. 31. ZN FBiH.

35 Čl. 32. ZN FBiH.

36 Čl. 37. ZN FBiH.

37 Član 15. ZOO.

38 Sličnu argumentaciju u kontekstu ugovora o nasljeđivanju navodi: Povlakić u: Povlakić/Softić Kadenić, op. cit. fn 24, str. 192.

ni raspolaganje jednog bračnog partnera njegovom posebnom imovinom u korist drugog bračnog partnera ne može *a priori* biti okarakterizirano kao raspolaganje bez naknade. Moguće je da je odgovarajući balans postignut u okviru nekih drugih odredaba bračnog ugovora, ili nekog drugog pravnog posla između bračnih partnera. Karakter raspolaganja bi se stoga morao utvrđivati *in concreto* za svaki pojedinačni slučaj.

Sve dok ne postoji odgovarajuća zakonska odredba, koja bi regulirala odnos u ovom slučaju oprečnih interesa bračnog druga s jedne i ostalih nužnih nasljednika s druge strane, ostaje opće pravilo prema kojem odredbe bračnog ugovora ne smiju biti u suprotnosti sa kogentnim normama, a odredbe koje uređuju nužno nasljeđivanje upravo jesu kogentne prirode. Još uvijek se nije formirala sudska praksa u vezi sa ovim pitanjem, čiji odgovor zahtijeva diferenciran pristup.

Ukoliko su bračni partneri ugovorili različite udjele u bračnoj stečevini, trebalo bi se zalagati za tumačenje prema kojem nadživjeli bračni partner ima pravo na izdvajanje udjela određenog bračnim ugovorom bez obzira koliko taj udio prelazio zakonski predviđeni udio od 50%. U zaostavštinu bi onda ulazio preostali udio umrlog bračnog partnera u bračnoj stečevini kao i njegova posebna imovina. U prilog ovom tumačenju govori i naše ranije pravo. Prije stupanja na snagu PZ FBiH bilo je dozvoljeno dokazivanje visine doprinosa bračnih partnera u bračnoj stečevini³⁹, pa ukoliko bi nadživjeli bračni drug dokazao veći udio u odnosu na umrlog bračnog partnera, imao bi pravo na izdvajanje tog udjela prije formiranja zaostavštine, te u pogledu te imovine ne bi bio izložen eventualnim zahtjevima nužnih nasljednika.

Kako bračni ugovor predstavlja izraz autonomije volje ugovornih strana, a na izvjestan način i sredstvo zaštite bračnih partnera jednog od drugog, tako bi on tim prije trebao predstavljati i sredstvo zaštite bračnog partnera od srodnika onog drugog, naročito u slučaju smrti kada zajedno s njima konkurira za nasljedstvo. Ovdje naročito treba imati u vidu situaciju u kojoj bračni partner nasljeđuje u drugom nasljednom redu. U tom svjetlu bi odredbe bračnog ugovora trebale uživati prednost u što većoj mjeri, te bi se ono što je bračnim ugovorom određeno kao udio nadživjelog bračnog druga u bračnoj stečevini, trebalo izdvajati prije formiranja zaostavštine i biti izuzeto od zahtjeva nužnih nasljednika za uračunavanjem u obračunsku vrijednost zaostavštine.

Navedeno vrijedi tim prije što bi podjela imovine za slučaj razvoda braka dok su oba bračna partnera još u životu bila izvršena u potpunosti

³⁹ Vidi: Traljić/Bubić, op. cit. fn 30, str. 76.

u skladu sa odredbama bračnog ugovora. Do smrti jednog od bračnih partnera može proći mnogo godina, a nerijetko će doći i do ponovnog zaključenja braka. Kada se poslije smrti utvrđuje sastav zaostavštine iza razvedenog bračnog partnera, nije za očekivati da će se nužni nasljednici obratiti bivšem bračnom partneru sa zahtjevom za vraćanjem imovine koja mu je po razvodu braka dodijeljena na osnovu bračnog ugovora.⁴⁰

Eventualno drugačije u odnosu na određivanje različitih udjela u bračnoj stečevini bi se, s obzirom na pozitivno-pravne odredbe trebala posmatrati situacija u kojoj je umrli bračni partner u korist onog drugog raspolagao svojom posebnom imovinom ili svojim udjelom u bračnoj stečevini, u smislu da pojedini predmeti koji spadaju u bračnu stečevinu imaju u potpunosti pripasti drugom bračnom partneru. Ukoliko se takva raspolaganja mogu smatrati poklonom u smislu odredbi ZN FBiH, jer su učinjena bez naknade, u tom slučaju bi nužni nasljednici imali pravo isticati zahtjeve prema tim dijelovima imovine i to u slučaju posebne imovine u potpunosti, a u slučaju raspolaganja dijelovima bračne stečevine, u visini ugovorom utvrđenog udjela umrlog bračnog druga u bračnoj stečevini.

Davanje prednosti autonomiji volje stranaka pred prisilnim propisima nasljednog prava ne bi bio presedan u našem pravu, s obzirom na široko rasprostranjeni ugovor o doživotnom izdržavanju koji *de lege lata* predstavlja jedino efikasno sredstvo za izbjegavanje primjene odredaba o nužnom nasljeđivanju, te se u praksi nerijetko upravo iz tih razloga i zaključuje.⁴¹ Kada se ugovor o doživotnom izdržavanju zaključuje između bračnih partnera brojne okolnosti govore upravo u korist simuliranog pravnog posla. Rizik da se i bračni ugovor poput ugovora o doživotnom izdržavanju zaključuje samo sa ciljem izigravanja nasljedno-pravnih propisa je prisutna, ali upravo s obzirom na mogućnost zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju ujedno i relativno mala. Osim toga, u praksi nije za očekivati da će se bračnim ugovorom jedan bračni partner u potpunosti odreći i svog udjela u bračnoj stečevini i svoje posebne imovine u korist drugog bračnog partnera. To naročito

40 U ovom kontekstu se postavlja i pitanje statusa bivšeg bračnog partnera koji činom razvoda braka izlazi iz kruga zakonskih nasljednika. Da li se pokloni učinjeni njemu posmatraju kao pokloni učinjeni zakonskom nasljedniku ili licu koje nije zakonski nasljednik, u kojem slučaju se uračunavaju samo pokloni učinjeni u posljednjoj godini ostaviočevog života. Ovo pitanje nije riješeno u našem pravu, ali bi se moglo zastupati stanovište prema kojem se status poklonoprimeca posmatra u vrijeme primanja poklona.

41 Vidi: Bevanda/Čolaković, *Ugovor o doživotnom izdržavanju i ugovor o dosmrtnom izdržavanju u sudskoj praksi*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne praske, br. 10, Mostar, 2012., str. 287.

zato što se bračni ugovor prvenstveno zaključuje za slučaj prestanka braka razvodom, a samo posredno razvija dejstva za slučaj smrti jednog bračnog partnera. Čak i u situacijama u kojima okolnosti ukazuju na to da će jedan bračni partner nadživjeti drugog, npr. u slučaju drugog ili trećeg braka i velike starosne razlike između bračnih partnera, pa ugovorne strane žele postići maksimalno favoriziranje bračnog partnera za kojeg se pretpostavlja da će nadživjeti onog drugog, notar kojem su se strake obratile za zaključenje bračnog ugovora ne bi trebao savjetovati bračne partnere u pravcu zaključenja bračnog ugovora kojim se postiže maksimalno moguće favoriziranje jednog bračnog partnera na račun drugog. Život je ipak nepredvidiv i potrebno je izbjeći situaciju u kojoj bi, ako se pretpostavka da će značajno mlađi bračni partner nadživjeti onog starijeg ipak ne ostvari, u tom slučaju nadživjeli bračni partner ostao bez gotovo ikakve imovine.⁴²

Činjenica da PZ FBiH svojim otvorenim pristupom predmetu bračnog ugovora ostavlja veliki broj mogućnosti bračnim partnerima otežava *in concreto* određivanje karaktera raspolaganja. Ovaj problem je manje izražen u onim pravnim porecima koji bračnim partnerima u okviru ugovornog režima dozvoljavaju izbor između različitih tipiziranih režima. U tim slučajevima je nadživjeli bračni partner u potpunosti siguran, da ono što mu pripada bračnim ugovorom, neće biti dovedeno u pitanje od strane nužnih nasljednika. I u našem pravu notari kroz svoju djelatnost mogu uticati na ublažavanje ovih problema poučavajući ugovorne strane na adekvatan i sveobuhvatan način i nastojanje da se u konkretnom slučaju pronađe optimalno rješenje, koje će bračne partnere zaštititi od zahtjeva trećih lica poput nužnih nasljednika.

4. Kombiniranje bračnog ugovora i ugovora o nasljeđivanju – mogućnosti *de lege ferenda*

Ukoliko bi Nacrt ZN FBiH bio usvojen u postojećoj formi, onda bi u Federaciji BiH pored zakona i testamenta postojao još jedan osnov pozivanja na nasljeđe, i to osnov koji uživa prednost u odnosu na dva druga pravna osnova pozivanja na nasljeđe.⁴³ Ugovor o nasljeđivanju je definiran kao ugovor kojim se ugovorne strane međusobno određuju za

42 U ovom smislu vidi: Hausheer/Aebi-Müller, *Begünstigung des überlebenden Ehegatten*, u: Druey/Breitschmid (Hrsg.), *Güter- und erbrechtliche Planung*, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bern/Stuttgart/Wien, 1999., str. 6 i dalje.

43 Član 129. st. 1. Nacrta ZN FBiH.

nasljednika ili jedna strana određuje onu drugu za svog nasljednika što ova strana prihvata.⁴⁴

Čini se da su bračni ugovor kao ugovor *inter vivos* i ugovor o nasljeđivanju kao ugovor *mortis causa* dva pravna posla koja se idealno dopunjuju. Oba ugovora su ograničena u primjeni samo na određene subjekte, te se njima mogu poslužiti samo bračni partneri, budući bračni partneri i vanbračni partneri. Osim toga, za oba ugovora važe jednaki zahtjevi u pogledu forme. Kao *forma ad solemnitatem* je propisana forma notarski obrađene isprave. U tom smislu je moguće objediniti ova dva pravna posla i u okviru jedne isprave. Pri tome treba imati u vidu da je razvod braka jedan od razloga prestanka ugovora o nasljeđivanju *ex lege*, osim ako bračni partneri nisu ugovorili nešto drugo, pa bi u tom slučaju samo odredbe bračnog ugovora ostale na snazi.

Tek vještim kombiniranjem instrumenata bračnog i nasljednog prava poput bračnog ugovora i ugovora o nasljeđivanju, ali i klasičnog testamenta, ugovora o raspodjeli imovine za života, i ugovora o doživotnom izdržavanju, bračni partneri mogu postići potpuno individualno i međusobno usaglašeno uređenje imovinskih odnosa. Osim toga, kombiniranjem ovih pravnih poslova je moguće postići značajno poboljšanje položaja nadživjelog bračnog druga u odnosu na nasljednike sa kojima on konkurira na nasljedstvo.⁴⁵ Svi ovi pravni poslovi osim testamenta zahtijevaju notarsku obradu isprave kao obaveznu formu, barem kad su njima obuhvaćene nekretnine⁴⁶. I testament je moguće zaključiti uz sudjelovanje notara – *de*

44 Član 127. Nacrta ZN FBiH.

45 O mogućnostima poboljšanja položaja nadživjelog bračnog partnera upotrebom instrumenata bračnog i nasljednog prava u švicarskom pravu: Hausheer/Aebi-Müller, op. cit. fn 42, str 4. i dalje.

46 U pogledu forme ugovora o doživotnom izdržavanju situacija u FBiH dugo vremena nije bila u potpunosti jasna. Postojala je različita sudska praksa a i različita shvatanja doktrine. Prema jednim je pored forme notarski obrađene isprave bila potrebna i ovjera od strane sudije u skladu sa čl. 120. ZN FBiH. Vidi: Mutapčić Đ., *Ugovor o doživotnom izdržavanju u praksi prvih notara u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova Aktualnosti iz građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 6, Mostar, 2008, str. 612; također Bevanda/Čolaković, op. cit. fn 41, str. 286., dok su neki autori zastupali suprotno stanovište, prema kojem je ZNot FBiH *lex posterior* u odnosu na ZN FBiH, zbog čega njegove odredbe uživaju prednost, te je notarska obrada dovoljna garancija za zaštitu ugovornih strana zbog čega nije potrebno sudjelovanje suda: Softić V., *Ugovor o doživotnom izdržavanju – problem dvostruke forme*, Nova pravna revija, 1-2/2010, str. 30.-32. Ova dilema je riješena u korist drugog stava, prema kojem je za valjanost ugovora o doživotnom izdržavanju dovoljna forma notarski obrađene isprave, nedavnom presudom Vrhovnog suda FBiH broj 39 0 P 009228 11 Rev od 12.02.2013. godine.

lege lata, doduše samo u obliku privatnog alografskog testameta, dok će *de lege ferenda* biti moguće zaključiti javni testament pred notarom.⁴⁷ Notar bi, kada mu se bračni partneri obrate sa željom da urede međusobne imovinske odnose, trebao ugovornim stranama predočiti sve mogućnosti koje im stoje na raspolaganju, kako bi se pronašlo optimalno rješenje za potrebe određenog bračnog para u okviru širokog spektra mogućnosti.

Kao kod testameta, zaključenje ugovora o nasljeđivanju otklanja primjenu pravila zakonskog nasljeđivanja pri čemu volja ostavioca trpi ista ograničenja kao i prilikom sastavljanja testameta - ugovorom o nasljeđivanju nije moguće otkloniti primjenu odredaba o nužnom nasljeđivanju.⁴⁸ Kako testamentom, tako i ugovorom o nasljeđivanju se može postići isti prvni cilj – imenovanje bračnog partnera nasljednikom, pri čemu prednost u smislu jačanja pravnog položaja bračnog partnera leži u činjenici što je, za razliku od testameta, ugovor o nasljeđivanju jednostrano neopoziv pravni posao⁴⁹, što bračnom partneru daje sigurnost da se druga strana neće predomisлити, te na drugi način raspolagati svojom imovinom za slučaj smrti.

Uvođenjem ugovora o nasljeđivanju će osim toga biti moguće u okviru bračnog ugovora vršiti alternativna raspolaganja – za slučaj razvoda braka, te za slučaj prestanka braka smrću jednog od bračnih partnera, što omogućava rješenja prilagođenija konkretnima okolnostima.

Pored imenovanja nasljednikom, moguće će biti i da se bračni drugovi sporazumiju o odricanju od nasljedstva⁵⁰, što se u uporednom pravu označava kao negativni ili renuncijativni ugovor o nasljeđivanju⁵¹. Trenutno ova mogućnost za života ostavioca postoji samo između ostavioca i njegovih potomaka.⁵² Ovakvo odricanje od nasljedstva je zamislivo i u okviru bračnog ugovora. I u ovom kontekstu je važno da je jasan stav sudske prakse povodom tretiranja raspolaganja u okviru bračnog ugovora i zahtjeva nužnih nasljednika. Ako bi bračnim ugovorom položaj bračnog druga bio takav da se on smatra dovoljno osiguranim, pa se upravo zbog toga odriče svog nasljednog dijela, raspolaganja bračnim ugovorom u njegovu korist ne mogu biti smatrana raspolaganjima bez naknade i nepravedno bi bilo u ostavinskom postupku dozvoliti da zahtjevi nužnih nasljednika taj njegov položaj oslabe.

47 Član 70. Nacrta ZN FBiH.

48 Član 129. st. 2. Nacrta ZN FBiH.

49 Detaljno: Povlakić/Softić Kadenić, op. cit., str. 189.

50 Član 167. st. 1. Nacrta ZN FBiH.

51 Povlakić/Softić Kadenić, op. cit. fn 24, str. 188.

52 Član 138 ZN FBiH.

Ugovorom o nasljeđivanju nije moguće obuhvatiti treća lica, niti vršiti zavještanja u korist trećih, čak ni određivanjem legata ili naloga⁵³. Ukoliko se žele uključiti i potomci, bračni partneri mogu posegnuti za ugovorom o ustupanju i raspodjeli imovine za života, što je moguće i prema trenutno važećem pravu⁵⁴. Ugovorom o ustupanju i raspodjeli imovine za života nije moguće obuhvatiti buduću imovinu nego samo onu koja postoji u trenutku zaključenja ugovora, ali imovina koja je obuhvaćena ovim ugovorom ne ulazi u sastav zaostavštine.

Zaključak

Anticipiranje i dugoročnog planiranje privatne imovine pravnim poslovima za života ali i za slučaj smrti je već duže vremena uočljiv trend u uporednom pravu, što se označava terminom *estate planning*. U FBiH se u praksi još uvijek prednost daje zakonski predviđenim rješenjima bračnog i nasljednog prava. Pri tome pogrešno vlada predrasuda, kako ove mogućnosti služe samo materijalno dobro situiranim licima, a gubi se iz vida da se na ovaj način mogu postići pozitivni efekti i za ona lica koja ne raspolažu imovinom značajnije vrijednosti.

Instrumenti poput bračnog ugovora i ugovora o nasljeđivanju mogu značajno doprinijeti poboljšanju pravnog položaja nadživjelog bračnog partnera u odnosu na ostale nasljednike umrlog bračnog partnera sa kojim je pozvan na nasljeđe, s obzirom da nasljedno-pravni propisi *de lege lata* ne uzimaju u dovoljnoj mjeri u obzir specifičnosti bračne veze. Posebno nepovoljan položaj u nasljednom pravu prema pozitivnom zakonodavstvu ima vanbračni partner, pa se upotreba ovih pravnih poslova naročito nalaže u vanbračnoj zajednici.

Bračni ugovor, a *de lege ferenda* i ugovor o nasljeđivanju su dva instituta koja otvaraju mogućnost većeg uvažavanja autonomije volje i konkretnih prilika i potreba bračnih partnera, što je naročito značajno za one slučajeve koji „odudaraju od prosjeka“.

S obzirom na određene propuste u regulativi naročito u pogledu bračnog ugovora, zadatak je sudske prakse i doktrine da razradi skromne odredbe i ponudi odgovore na otvorena pitanja. Ukoliko se bude zauzeo stav prema kojem odredbe ZN FBiH u pogledu nužnog nasljeđivanja uživaju prednost pred odredbama bračnog ugovora, to bi onemogućilo iskorištavanje prostora koji je sam zakon uvođenjem ugovornog bračno-imovinskog režima otvorio za bračne partnere.

53 Vidi: Povlakić/Softić Kadenić, op. cit. fn 24, str. 190.

54 Čl. 109. ZN FBiH.

Ovaj rad je imao za cilj da otvori pitanje dejstava odredbi bračnog ugovora za slučaj prestanka braka smrću, koje nije pobudilo interes doktrine na našim prostorima, te da ponudi neka razmišljanja u pogledu odnosa između raspolaganja u okviru bračnog ugovora i eventualnih zahtjeva nužnih nasljednika u pogledu te imovine, zalažući se za rješenje prema kojem se u najvećoj mogućoj mjeri daje prednost bračnom ugovoru. Osim toga su u radu predstavljene neke mogućnosti koje će se *de lege ferenda* otvoriti u pravu FBiH ukoliko novim zakonom o nasljeđivanju bude uveden ugovor o nasljeđivanju.

Mag. sci. Darja Softić Kadenić, LL.M.

Zusammenfassung

**DER EHE- UND ERBVERTRAG IM RECHT DER
FÖDERATION BOSNIEN UND HERZEGOWINAS
ALS INSTRUMENTE ZUR STÄRKUNG DER
RECHTLICHEN STELLUNG DES ÜBERLEBENDEN
EHEPARTNERS**

In dem Beitrag werden einige Gründe erörtert aus welchen der Ehevertrag sich nicht in der Praxis in der Föderation Bosnien und Herzegowinas etablieren konnte. Es wurde nicht erkannt, dass der Ehevertrag auch ein Mittel der Stärkung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehepartners, wenn die Ehe durch Tod beendet wird, darstellen kann. Die erbrechtlichen Vorschriften in der Föderation Bosnien und Herzegowinas berücksichtigen die Besonderheiten der ehelichen Bindung nicht ausreichend, was eine relativ ungünstige erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehepartners im Vergleich zu anderen Erben des Verstorbenen, mit denen er um die Erbschaft konkurriert, zur Folge hat. Im vergleichenden Recht kann man mit dem Ehevertrag auf die Zusammensetzung des Nachlasses des Verstorbenen einwirken, und somit mittelbar den überlebenden Ehepartner gegenüber anderen Erben begünstigen. In der Föderation Bosnien und Herzegowinas ist das Verhältnis zwischen den ehevertraglichen Verfügungen und dem Erbrechtsgesetz hinsichtlich des Nachlasses und der Pflichterbenansprüche nicht ausreichend geregelt. Dieser Beitrag bietet Antworten auf manche offene Fragen in dieser Hinsicht.

De lege ferenda ist die Einführung des Erbvertrags in das Rechtssystem der Föderation Bosnien und Herzegowinas geplant, wodurch zwischen Ehepartnern erbrechtliche Wirkungen vertraglich geregelt werden können und welcher auch in Verbindung mit einem Ehevertrag geschlossen werden kann. Damit eröffnen sich manche neuen Möglichkeiten der Verbesserung der Rechtsstellung des überlebenden Ehepartners.

Schlüsselwörter: Ehevertrag, Erbvertrag, Nachlass, Pflichterben



**PORODICA U HISTORIJSKOPRAVNOM
KONTEKSTU**



mr. sc. Jasmin Branković
Federalno ministarstvo obrazovanja i nauke
Mostar

ŠERIJATSKO BRAČNO PRAVO I NJEGOVA PRIMJENA U BOSNI I HERCEGOVINI 1878 – 1918.

Sažetak: Ovaj rad predstavlja pokušaj da se, na osnovu relevantne literature i dostupnih izvora, prikažu temeljni principi i instituti šerijatskog bračnog prava i njegova primjena u Bosni i Hercegovini za vrijeme austrougarske uprave. U radu je, također, dat kraći pregled razvitka bračnog prava u Bosni i Hercegovini do 1878. godine.

Ključne riječi: Šerijatsko pravo, šerijatski sudovi, brak, porodica, Bosna i Hercegovina, austrougarska uprava

Bračno pravo, u pozitivnopravnom smislu, predstavlja dio porodičnog prava, odnosno skup pravnih normi koje uređuju brak i bračne odnose lične i imovinske prirode. Ovim, najvećim dijelom kogentnim propisima, regulirani su materijalni i formalni uslovi za zaključenje punovažnog braka, uzroci, postupak i posljedice njegovog prestanka, dejstva braka, te razlozi i postupak poništenja braka.¹

Historijski razvitak bračnog prava na području Bosne i Hercegovine karakteriziraju različite epohe, odnosno komponente i s njima povezane specifičnosti. Generalno se može primjetiti da je, kao i u slučaju drugih evropskih država, bosanskohercegovačko bračno pravo u osnovi prošlo put od faze pravnog partikularizma do faze njegove unifikacije.²

1 O pojmu i predmetu bračnog prava više: dr. Vojislav Bakić: *Porodično pravo*, Beograd 1965, 63-64; Nerimana Traljić-Suzana Bubić: *Bračno pravo*, Sarajevo 2007, 21-22; dr. Mehmed Begović, *Porodično pravo*, Beograd 1957, 15-21; *Porodično pravo*, Savezni zakoni, Izdanje „Službenog lista FNRJ“, Beograd 1954, III-XXII.

2 Od ove konstatacije unekoliko odstupa činjenica da je porodično pravo danas, shodno ustavnim rješenjima u Bosni i Hercegovini, stavljeno u nadležnost entiteta i kao takvo uređeno njihovim propisima.

1. Bračno pravo u BiH do 1878. godine

U naučnoj javnosti još uvijek postoje određene nedorečenosti oko pravnog definiranja instituta braka i prirode bračnih i porodičnih odnosa u srednovjekovnoj Bosni. Poznato je, da je dominantni oblik porodične zajednice bila velika patrijarhalna porodica, u kojoj je postojala kolektivna svojina i vlast oca porodice u odlučivanju o svim bitnim pitanjima, pa i onim koja se tiču zaključivanja braka. Brak je, najčešće, imao necrkveni, odnosno laički karakter. Za pretpostaviti je, da se sklapao u duhu staroslavenske tradicije, odnosno otmicom, krađom ili kupovinom djevojke. Brak je u suštini predstavljao dogovor dviju porodica. Razvodio se relativno jednostavno, bez obzira koji je od bračnih partnera odlučio raskinuti sporazum i jednostrano napustiti bračnu zajednicu. Razlika je postojala jedino u posljedicama takvog čina.³ Pored laičkog braka, koji su prakticirali bosanski krstjani, u određenoj mjeri je, kod pripadnika drugih konfesija, bio zastupljen i crkveni brak po odgovarajućem obredu.⁴

U periodu osmanske vlasti, na području Bosne i Hercegovine se primjenjivalo šerijatsko pravo koje je, u skladu sa normativnim potrebama Osmanskog carstva, stalno dopunjavano propisima kanunskog (državnog) prava.⁵ Pored toga je u Bosni, u duhu tradicije Carstva, u stalnoj upotrebi bilo i pravo drugih konfesija (kanonsko pravo rimokatoličke crkve, pravoslavno crkveno pravo i običajno pravo Jevreja).⁶ U okviru

3 Mogućnost jednostavnog razvoda braka bila je jedan od glavnih razloga zbog koga su bosanski krstjani odbijali da prihvate katolicizam i s tim u vezi ustanovu crkvenog braka. O braku i porodici u srednjovjekovnoj Bosni bliže: Mustafa Imamović, *Uvod u historiju i izvore bosanskog prava*, Sarajevo 2006, 26-27.

4 Kanonsko pravo je svoje određenje braka izvorno utemeljilo na definiciji poznatog rimskog pravnika Herenija Modestina (*Herennius Modestinus*): “*Nuptie sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” (Brak je odnos muža i žene, zajednica svih oblika života, ustanova božanskog i ljudskog prava.).

5 O šerijatskom pravu, njegovim izvorima, historijskom razvitku i dominantnim pravnim školama (*mezhebima*) detaljno: Enes Durmišević: *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća*, Sarajevo 2008, 209; Fikret Karčić: *Istorija šerijatskog prava*, Sarajevo 1997, 144; dr. Mehmed Begović, *Šerijatsko bračno pravo sa kratkim uvodom u izučavanje šerijatskog prava* (dalje: *Šerijatsko bračno pravo*), Beograd 1936, 1-25; Isti: *Pravo u islamu*, Prilozi za orijentalnu filologiju, XXIV/1974, Orijentalni institut u Sarajevu, Sarajevo 1976, 141-152; Salih Muftić: *Kratak pregled vrela šerijatskoga prava*, Mjesečnik, Glasilo Pravnčkog društva, broj 2, godište XLVII, Zagreb 1921, 86-88; Jasmin Branković: *Šerijatsko-pravne škole (ehl-i-sunnetski aspekt)*, Kabes, 31-32, Mostar 1998, 6-12; Ibrahim Džananović, *Idžtihad u prva četiri stoljeća islama*, Sarajevo 1995, 101; Mustafa Imamović, n. dj., 44-45.

6 Osmanska imperija je, općenito, bila prilično tolerantna prema drugim konfesijama,

navedenih pravnih sistema bilo je obuhvaćeno i porodično, odnosno bračno pravo.

Bračno pravo u osmanskoj Bosni bilo je uređeno na partikularnom principu. Nije postojao institut laičkog braka, nego su brak i bračni odnosi bili normirani propisima u okviru religijskih zajednica.

Za pripadnike islamske vjeroispovjesti bilo je u primjeni šerijatsko bračno pravo (*munākahāt*). Brak je predstavljao ugovorni odnos građanskopravnog karaktera, a za njegovu punovažnost je, pored drugih pretpostavki, bila relevantna saglasnost izjava volja mladenaca, datih u prisustvu dva svjedoka.⁷ Razvod braka (*talak*) je bio dozvoljen pod određenim uslovima.

Katolici su sklapali brak po odredbama ženidbenog prava katoličke crkve, koja je stvorila složen sistem uslova za njegovu punovažnost. Brak je ustanova ugovornog karaktera, ali istovremeno i posvećeni čin (sakrament), te kao takav predstavlja pravno neraskidivu vezu muškarca i žene. Zbog toga eventualna rastava supružnika (tzv. rastava od stola i postelje) ne može ni na koji način uticati na pravni odnos koji je među njima uspostavljen činom ženidbe.

Po propisima bračnog prava pravoslavne crkve, brak se definira kao sveta tajna, kojom se dva lica suprotnog pola vezuju u trajnu i potpunu duhovnu i tjelesnu zajednicu. Sklapao se u pravoslavnom hramu, a tom činu je morao prisustvovati sveštenik i najmanje dva svjedoka, pred kojima su mladenci izjavljivali da u brak stupaju svojom slobodnom voljom. Nakon toga se, prema propisanoj proceduri, pristupalo crkvenom obredu vjenčanja. Pravoslavna crkva dozvoljava razvod iz određenih razloga.

Prema jevrejskom običajnom pravu, brak je predstavljao ugovor, koji se sklapao nakon pregovora između porodica mladenaca. Nevjesta nije

čijim je pripadnicima bilo dozvoljeno da svoje porodične, bračne i nasljedne odnose rješavaju po propisima njihovih vjerskih zajednica (*milleta*), te običajnog prava. Sasvim je razumljivo, da primjena ovih propisa nije mogla biti u suprotnosti sa interesima države. U praksi se ponekad dešavalo, da se i nemuslimani obraćaju šerijatskim sudovima za rješavanje svojih privatnopravnih sporova, koji su onda presuđivani isključivo po odredbama šerijatskog prava. U krivičnim stvarima je nadležnost šerijatskih sudova bila potpuna. O izvorima milletskeg prava u osmanskoj Bosni bliže: Mustafa Imamović, n. dj., 45-50.

⁷ Brak se smatrao sklopljenim, kada mladoženja napravi bračnu ponudu (*idžab*), a nevjesta je prihvatila (*kabul*). Mladenci su svoje izjave volja morali dati u prisustvu dva svjedoka (u pravilu dva odrasla muškarca ili alternativno, prema shvatanju sljedbenika hanefijskog mezheba, jednog muškarca i dvije žene).

učestvovala u ovim pregovorima te je, u suštini, bila predmet, a ne subjekt ugovora. Ceremoniju vjenčanja je obavljao rabin. Pravo na razvod braka imao je samo muž, koji je to mogao učiniti jednostavnom izjavom. Razvedena žena ili udovica je mogla samostalno pregovarati o svojoj ponovnoj udaji.⁸

Pitanje mješovitih, tj. međuvjerskih brakova (*matrimonium mixtum*) je u ovom periodu bilo tretirano na različite načine.

Musliman se mogao oženiti »kitabijom«, odnosno »sljedbenicom Knjige« (pripadnicom kršćanske, jevrejske ili sabejske vjere). U tom slučaju, žena nemuslimanka je imala pravo da u braku slobodno ispovjeda svoju vjeru, ali je bila lišena nekih drugih prava (nije mogla naslijediti muža ili biti tutor svojoj djeci). Djeca, rođena u takvom braku, bila su islamske vjeroispovjesti. Muslimanka se, naprotiv, nije mogla udati za nemuslimana.

Različitost vjere je, po ženidbenom pravu katoličke crkve, dugo predstavljala apsolutnu bračnu zapreku. Ova zabrana je vremenom donekle ublažena, na način da je crkva počela priznavati mješovite brakove isključivo između dvije krštene osobe, od kojih je jedna katoličke vjere. Ženidba između krštene i nekrštene osobe sa stanovišta crkve nije valjana, te se takav brak po odredbama kanonskog prava ne priznaje.

Pravoslavna crkva je smatrala, da je valjan samo onaj brak koji je u propisanoj proceduri sklopljen između dvoje hrišćana (pravoslavnih) različitog pola. Brak koji bi bio sklopljen između hrišćana i nehrišćana (katolika, muslimana, Jevreja, protestanta, itd.) nije bio punovažan, odnosno nije proizvodio nikakva pravna dejstva. Ovakav rigorozan stav prema mješovitim brakovima je djelimično, pod strogo određenim uslovima, ublažen tek 1933. godine.

2. Osnovna obilježja i instituti šerijatskog bračnog prava

Podloga za stvaranje normi šerijatskog bračnog prava bilo je običajno pravo, koje se primjenjivalo u Arabiji prije islama. Običajno pravo Arapa je reformirano u skladu sa shvatanjima morala i islamske koncepcije braka.

Islamski brak se, kako ističe akademik Begović,⁹ može definirati kao „ugovor o zajednici života između dva lica suprotnog pola koji se

8 O bračnom pravu pojedinih vjerskih zajednica u osmanskoj Bosni bliže: Mustafa Imamović, n. dj., 51-57.

9 *Šerijatsko bračno pravo*, 27; O šerijatskom braku vidjeti i: Eugen Sladović, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Beograd 1926, 44-50; Ismail Haverić, *Islamski brak*, Glasnik Vrhovnog islamskog starješinstva, broj 3-4, Sarajevo, mart-april 1971, 156-165; *Islamski obiteljski život*, izdao Glavni odbor El-Hidaje, Sarajevo 1942, 5-34.

zaključuje u naročitoj formi a cilj mu je: moralno upotpunjavanje i usavršavanje supruge i rađanje potomstva“.

Iz navedene definicije vidljive su osnovne karakteristike, odnosno elementi za postojanje šerijatskog braka. Bračni ugovor se uvijek sklapa na neodređeno vrijeme u prisustvu pravno kvalificiranih svjedoka i kao takav je neophodan za ostvarenje braka, odnosno sporazumno uspostavu zajednice života bračnih partnera. Islam propisuje da brak, bez obzira na njegov dvostruki cilj (moralni i reproduktivni), u svakom slučaju mora imati moralnu dimenziju, te se stoga može zaključiti i između lica koja iz različitih razloga nisu sposobna za stvaranje potomstva.

Za zaključenje punovažnog braka nije propisana nikakva vjerska ceremonija niti učešće državnih organa. Vremenom se ipak uobičajilo da se, obzirom na veliki značaj ispunjenja formalnih uslova, bračni ugovor sklapa u prisustvu ovlaštenog predstavnika vlasti.

Islam, izvorno, poznaje dvije vrste braka, odnosno brak sa slobodnom ženom i brak sa robinjom. Ovaj posljednji je tokom vremena izgubio svako značenje.

Šerijatsko pravo propisuje materijalne (*šuruti nikah*) i formalne (*erkani nikah*) uslove za sklapanje pravovaljanog braka. Materijalni uslovi uključuju nepostojanje bračnih smetnji,¹⁰ jasan, nedvosmislen i bezuslovan pristanak bračnih partnera i njihovu sposobnost da izraze svoju volju, te sposobnost i namjeru bračnih drugova da ispune ciljeve braka. Prema odredbama šerijatskog prava, za valjanost braka neophodno je ispunjenje dva formalna uslova, odnosno: izjava volje bračnih partnera za stupanje u brak (koja se mora dati istovremeno i na istom mjestu) i prisustvo dva kvalificirana svjedoka prilikom davanja izjava. Nije neophodno da ovom činu fizički prisustvuju oba bračna druga, koji to mogu učiniti i preko zastupnika. Također je, kao i kod drugih vrsta ugovora, dozvoljeno da se brak može sklopiti i pismenim putem. Ovakva forma zaključivanja braka, kakvu preporučuje šerijatsko pravo, se vremenom iz čisto praktičnih razloga (teškoće sa dokazivanjem postojanja braka, mogućnost zloupotreba itd.) modificirala na način da se brakovi počinju sklapati pred za to ovlaštenim organima (šerijatski sudovi) i upisivati u sudske registre (*sidžile*).

Islamski brak u odnosu na supružnike proizvodi određene pravne posljedice lične i imovinske prirode. One, u pravilu, nisu apsolutnog

10 Bračne smetnje (*mevani nikah*) se dijele na apsolutne, čije postojanje onemogućuje ostvarenje braka (poput srodstva u određenom stepenu u pravoj i pobočnoj liniji, te po tazbini i mlijeku, bračnosti žene, različitosti u vjeri, nedostojnosti, itd.) i relativne, koje mogu biti vjerskog i svjetovnog karaktera. O tome bliže: dr. Mehmed Begović, *Šerijatsko bračno pravo*, 45-58.

karaktera, budući da se u određenoj mjeri mogu mijenjati bračnim ugovorom. Lična dejstva braka, odnosno zajednička i posebna prava i dužnosti bračnih partnera, uređena su propisima, za čije su kršenje predviđene odgovarajuće sankcije.¹¹

U pogledu imovinskih odnosa, šerijatsko pravo predviđa režim odvojenih dobara. Tako muž nema pravo uživati niti upravljati ženinom imovinom bez njene posebne dozvole. Istovremeno, on je obavezan da snosi sve terete materijalne prirode koji proističu iz bračnog i porodičnog života. Supružnici ipak mogu sporazumno izmijeniti zakonski režim odvojene imovine i ugovoriti zajednicu dobara, koja u tom slučaju predstavlja posebnu vrstu ortakluka. Oni također imaju pravo da za vrijeme trajanja braka jedno drugom čine poklone, koji su neopozivi. Evidentno je, da šerijatsko pravo mužu priznaje širi obim prava kada su u pitanju lični, ali i veće obaveze, kada je riječ o imovinskim odnosima.¹²

Islam u principu preferira monogamni brak. Poligamija je dozvoljena, ali je podvrgnuta različitim ograničenjima. Broj žena je limitiran na četiri, a mnogoženstvo zabranjeno onim muslimanima koji nisu u stanju da snose sve obaveze poligamnog braka lične i materijalne prirode.¹³

Prema odredbama šerijatskog prava, zaključeni brak može biti punovažan i ništav. S tim u vezi utvrđeni su uzroci, postupak i posljedice njegovog prestanka. Ništavi su oni brakovi koji ne ispunjavaju neki od materijalnih i formalnih uslova.¹⁴ Ništavost braka se pojavljuje kao apsolutna i relativna. Ovakav brak se poništava po sili zakona ili na zahtjev zainteresiranih lica.

Punovažan brak može prestati prirodnim (faktička ili pretpostavljena smrt jednog od bračnih partnera) ili pravnim putem (razvod i poništenje). Razvod braka se, uz ispunjenje propisanih uslova, može ostvariti otkazom (brak u pravilu otkazuje muž i samo izuzetno žena), po osnovu sporazuma i sudskom presudom. Poništenje punovažnog braka (*fesh*) nastupa po sili zakona, ako u toku trajanja braka prestane neki od uslova njegove pravosnažnosti (npr. zbog rodoskrvnuća koje izvrši jedan supružnik sa srođnicima u pravoj uzlaznoj i silaznoj liniji drugog supružnika, zbog

11 O bračnim pravima i dužnostima supružnika, te sankcijama za njihovu povredu vidjeti: Isto, 75-94.

12 Tako je muž obavezan svojoj ženi dati vjenčani dar (*mehr*) i izdržavati je. S druge strane, žena nije dužna donijeti miraz, niti učestvovati u izdržavanju porodice, odnosno muža u slučaju da on osiromaši.

13 Žena je imala mogućnost da bračnim ugovorom sebi osigura određene povlastice, između ostalog i da obaveže muža na život u monogamiji.

14 O uzrocima ništavosti braka i njenim posljedicama: dr. Mehmed Begović, *Šerijatsko bračno pravo*, 99-105.

promjene vjere jednog od supružnika vjenčanih po propisima šerijatskog prava, zbog huljenja protiv islamskih svetinja, itd.).

3. Šerijatski sudovi u periodu austrougarske uprave i njihova jurisdikcija u oblasti bračnog prava

Okupacija 1878. godine unijela je korjenite promjene u sve segmente društvenog i privrednog života Bosne i Hercegovine, čime je otvoren proces njene političke i pravne modernizacije. Mada se Dvojna monarhija deklarativno opredjelila za temeljite reforme, pa i one u oblasti pravnog sistema, u praksi se određeno vrijeme zadržalo zatečeno stanje. U toku četrdesetogodišnje austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini su, između ostalih, stalno važili propisi islamskog prava koji su regulirali porodične, bračne i nasljednopravne odnose, te vakufske i vjerske poslove muslimana.¹⁵

Reforma pravosuđa u Osmanskoj carevini, započeta osnivanjem posebnih tragovačkih sudova, nastavljena je 1864. godine, kada su u pravosudni sistem uvedeni redovni sudovi i uređena njihova opća nadležnost u građanskopravnim i krivičnim stvarima. Nekadašnji jedinstveni pravosudni organi na čelu sa kadijama pretvoreni su u šerijatske sudove sa nadležnošću ograničenom na statusna pitanja i vakufske poslove muslimanskog stanovništva.¹⁶ Austrougarska uprava je sankcionirala osmanske propise o djelokrugu šerijatskih sudova, dok je imenovanje šerijatskih sudija stavljeno u nadležnost Zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu.¹⁷

Okupaciona vlast je ipak nastojala da rad šerijatskih sudova prilagodi svojim potrebama, te je u tom cilju donijela veliki broj naredbi i rješenja, a 1883. godine i *Naredbu o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova*,¹⁸ kojom je izvršeno precizno razgraničenje njihove nadležnosti prema drugim upravnim i pravosudnim organima. Ovom naredbom je u sistem

15 Primjenu šerijatskog prava u pomenutim oblastima je bosanskohercegovačkim muslimanima zagantirao i Zemaljski ustav (Štatut) za Bosnu i Hercegovinu iz 1910. godine.

16 Djelokrug ovih posebnih pravosudnih ustanova bio je nešto ranije preciziran Uredbom o uređenju šerijatskih sudova od 16. safera 1276. (15.9.1859.) godine.

17 Austrougarske vlasti su sakupile i u formi posebne zbirke informativnog karaktera štampale šerijatske propise u oblasti bračnog, porodičnog i nasljednog prava, koji su se do okupacije primjenjivali u Bosni i Hercegovini (*Eherecht, Familienrecht und Erbrecht der Mohammedaner nach hanefitischen Ritus, Wien 1883.*).

18 *Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu*, 1883, 538-542.

šerijatskog sudstva uvedena dvostепенost i žalba (priziv) kao redovno pravno sredstvo.

Šerijatsku sudbenost su u prvom stepenu vršile šerijatske sudije postavljene kod svakog kotarskog ureda. Šerijatski sudovi su od 1906. godine postali sastavni dio kotarskih sudova. Druga i posljednja instanca u šerijatskom sudstvu bio je do 1913. godine Vrhovni sud u Sarajevu kao Šerijatski vrhovni sud, koga su činila četvorica sudija (od toga dvojica šerijatskih). Njegovim radom predsjedavao je predsjednik Vrhovnog suda. Zakonom od 17.2.1913. ustanovljen je Vrhovni šerijatski sud (*Scheriatsobergericht*) kao drugostepeni organ koji zasjeda u vijeću od trojice članova Vrhovnog šerijatskog suda. Sjednicama je prisustvovao i jedan član Vrhovnog suda, koji nije imao pravo glasa, nego isključivo savjetodavnu ulogu.

Kotarski šerijatski sudovi su bili nadležni za primjenu šerijatskog prava na bračne, porodične, nasljedne i vakufske odnose bosanskohercegovačkih muslimana, te predmete tutorstva i upravljanja imovinom maloljetnika. Islamski brak se, shodno propisima, u pravilu zaključivao pred kadijom, koji je bio nadležan i za njegovo razvrgnuće. Šerijatsko vjenčanje su također mogli obavljati i imami, koji su imali posebno ovlaštenje (*izunnamu*). Pripadnicima islamske vjere je za vrijeme austrougarske uprave bilo dopušteno višeženstvo na način propisan šerijatskim pravom.¹⁹

Šerijatske sudije su od 1887. godine svoje pravničko obrazovanje sticale na Šerijatskoj sudačkoj školi u Sarajevu.²⁰ Školovanje je trajalo pet godina, a kandidati su prethodno morali imati završeno četverogodišnje (gimnazija, ruždija, učiteljska škola) ili dvogodišnje obrazovanje (medresa). Nastavni plan i program Šerijatske sudačke škole je, pod uticajem modernističkih ideja, modificiran u nekoliko navrata. Pored islamskog, bilo je zastupljeno i evropsko, odnosno austrougarsko državno pravo.²¹ Šerijatsko bračno pravo se izučavalo na drugoj i petoj godini

19 Činjenica je da bosanskohercegovački muslimani u ovom periodu nisu u značajnijoj mjeri konzumirali poligamni brak. Prema rezultatima popisa stanovništva iz 1910. godine, u Bosni i Hercegovini su evidentirana 1222 slučaja višeženstva, od toga 1185 sa dvije, 36 sa tri i 1 sa četiri žene. O tome bliže: Muhamed Hadžijahić, *Bračne ustanove u bosanskih Muslimana prije 1946. godine*, Prilozi za orijentalnu filologiju, 31, Orijentalni institut u Sarajevu, Sarajevo 1981, 155-167; Eugen Sladović, n.dj., 45.

20 *Štatut o ustrojstvu škole za šerijatske sudce u Sarajevu* proglašen je otpisom Zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu broj: 23972/I od 14. maja 1887. godine.

21 Šerijatsko pravo se dugo izučavalo i interpretiralo u tradicionalnom duhu, a predavači su bili eminentni domaći šerijatskopравни stručnjaci, poput Mehmeda Teufika Azapagića, Sulejmana Šarca, Hasana Spahe, Mehmeda Džemaludina Čauševića,

školovanja. Svršenik Šerijatske sudačke škole je na kraju morao polagati završni ispit a potom, ako je želio raditi kao kadija, i poseban stručni ispit za šerijatske sudije. Ispit se polagao pred Ulema medžlisom, a svjedočanstvo je na osnovu ispitnog zapisnika izdavao reis-ul-ulema.

Ahmeda Ribića i mnogih drugih. Značajan doprinos proučavanju i praktičnoj primjeni šerijatskog prava za vrijeme austrougarske uprave sa stručnog i naučnog aspekta dali su i neki autori-nemuslimani. Ovdje, u prvom redu, treba spomenuti Adalberta Scheka, Mihajla Zobkova, Ljudevita Farkaša, Franju Kruszelnickog i Eugena Sladovića. O tome opširno: Enes Durmišević, n. dj., 15-16 i 124-132.

Jasmin Branković, LL.M.

SHARIA MATRIMONIAL LAW AND ITS APPLICATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA 1878 – 1918

Summary

Sharia matrimonial law, as a part of the Sharia law, is a set of regulations governing Islamic marriage and marital relations, contracting of marriage, consequences and dissolution of marriage. Islamic marriage is a marriage of a civil-law character on the community of two persons of the opposite sex. It is contracted in a regulated form for an indefinite period for the purpose of moral completing of spouses and offspring. Essentially, Islam prefers a monogamous marriage. Polygamy is permitted in principle, but is associated with a number of limits of a personal and material character. In terms of property relations between spouses, Sharia law provides a separate property regime, which can be modified by a contract. From the viewpoint of Sharia, a husband in relation to a woman has more rights on the issue of personal, but also greater responsibilities concerning property relations. Divorce is allowed only if there is a justification and grounding in Sharia regulations. The application of Sharia law in Bosnia begins after the arrival of the Ottomans in these parts. During the Ottoman Empire, matrimonial law was regulated on a particular law, in the religious communities' framework. For members of the Islamic faith, Sharia matrimonial law was applied. The Austro-Hungarian administration maintained this practice in regulating family and marriage relations of Muslims. Occupying authority incorporated existing sharia courts into its judicial system and regulated their status and work by a series of rules. Consequently, marriage and family relations of Muslims, inheritance affairs, tutorship and guardianship, as well as authentication of documents belonged to the jurisdiction of sharia courts in Bosnia and Herzegovina during Austro-Hungarian administration.

Key words: Sharia law, sharia courts, marriage, family, Bosnia and Herzegovina, Austro-Hungarian administration

RODITELJSKO PRAVO



Dr. sc. Udžejna Habul, vanredni profesor
Fakultet političkih nauka Univerziteta u Sarajevu

ZAŠTITA DJECE BEZ ODGOVARAJUĆEG RODITELJSKOG STARANJA

Sažetak

Rad daje uvid u pravnu analizu relevantnih zakonskih propisa (porodično zakonodavstvo i zakonodavstvo u oblasti socijalne zaštite u Federaciji Bosne i Hercegovine) kojima se uređuje zaštita djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, s jedne strane, i djece bez roditeljskog staranja, s druge strane.

Nakon kratkog teorijskog uklona u radu se ukazuje na nedostatna zakonodavna rješenja u pogledu pojmovnog određenja djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, na praksu izostajanja adekvatnih oblika zaštite ove djece, na razvojne rizike kojima su izložena djeca te na kršenje prava djeteta da žive sa roditeljima i prava roditelja da žive sa djetetom. Radom je istaknuto da zaštita djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja nije uvijek u njihovom najboljem interesu jer, u pravilu, u praksi izostaje primjena porodičnopravnih mjera za zaštitu ličnih prava i interesa djece te zasnivanje usvojenja bez pristanka roditelja.

Na tragu razvoja porodičnog prava - od nacionalnog do evropskog u radu se navode mogućnosti unapređenja zaštite djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja.

Ključne riječi: dijete bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, mjere u zaštiti ličnih prava i interesa djeteta, razlozi izdvajanja djeteta iz biološke porodice

Uvod

Zaštita djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja neminovno se dovodi u vezu i sa zaštitom djece bez roditeljskog staranja. Što se tiče djece bez roditeljskog staranja, relevantni zakonski propisi se jasno određuju i tu nema velikih dilema u pogledu pojmovnog određenja i oblika zaštite ove djece. Tako u izboru između institucionalnih i vaninstitucionalnih oblika

zbrinjavanja djece bez roditeljskog staranja, u pravilu se opredjeljujemo za one oblike zaštite koji nam stoje na raspolaganju u skladu sa odredbama Konvencije o pravima djeteta, porodičnog zakonodavstva i zakonodavstava u oblasti socijalne zaštite.

Međutim, pojmovno određenje i zaštita djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja je vrlo složena budući da postojeći normativni okvir ne pruža jasnu definiciju niti uzroke uslijed kojih djeca mogu steći ovaj status. Činjenica je da zaštita djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja u praksi izostaje, upitna je i često atakuje na pravo djeteta da živi sa roditeljima i pravo roditelja da žive sa djetetom. Ona nije uvijek u najboljem interesu djeteta i pokazuje svu nemoć države da stvori pretpostavke za zaštitu ove djece.

1. Djeca bez odgovarajućeg roditeljskog staranja (pojmovno određenje i oblici zaštite)

U porodičnom zakonodavstvu BiH termin „dijete bez odgovarajućeg roditeljskog staranja” se pominje, jedino, u kontekstu odredaba o usvojenju u Porodičnom zakonu FBiH¹, i Porodičnom zakonu Distrikta Brčko², gdje je naglašeno da je „usvojenje poseban oblik porodično-pravne zaštite djece bez roditelja ili bez odgovarajućeg roditeljskog staranja” (čl.91 PZ FBiH; čl.76 PZBD BiH).

Tumačenjem odredaba porodičnog zakonodavstva u Federaciji BiH to bi bilo dijete roditelja koji sadržaje roditeljskog staranja vrše protivno svim dužnostima navedenim u Zakonu, a posebno u kontekstu odredaba koje upućuju na obavezu roditelja da se staraju o životu i zdravlju djeteta, da ga štite od svih oblika poroka, nasilja, povreda ... (čl. 134). Drugim riječima, djeca roditelja koji ih ne čuvaju, ne zadovoljavaju njihove normalne potrebe, ne štite ih ili jednostavno nisu u stanju preuzeti staranje i brigu o njima, su zapravo djeca bez odgovarajućeg roditeljskog staranja. Ovisno o obimu i intenzitetu ugrožavanja ličnih prava i interesa djeteta, prema roditeljima se preduzimaju mjere radi zaštite tih prava i interesa. Istina, ove mjere se poduzimaju postepeno, nastoji se što manje ograničiti autonomija roditelja, dijete ostaje u vlastitoj porodici, ali je evidentno da to dijete nema odgovarajuće roditeljsko staranje. Ukoliko se sa blažim (preventivnim) mjerama ne postignu očekivani efekti, dijete bez odgovarajućeg roditeljskog

1 Porodični zakon Federacije BiH, Službene novine FBiH, br.35/05 i 41/05

2 Porodični zakon Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta, br.23/07

staranja može ubrzo „postati” dijete bez roditeljskog staranja. Analizom odredaba porodičnog zakonodavstva, svi postupci u kojima se odlučuje o roditeljskom staranju ili o pojedinim segmentima tog staranja, kao što su smještaj, čuvanje i odgoj djeteta, upućuju na postojanje određenih oblika ugrožavanja djece i primjenu određenih vidova zaštite i pomoći djeci koja su također djeca bez odgovarajućeg roditeljskog staranja.³ Isto tako djetetom bez odgovarajućeg roditeljskog staranja može se smatrati i dijete roditelja koji zbog odsutnosti, spriječenosti ili naprosto zbog nesposobnosti staranja o djetetu nisu povjerovali čuvanje i odgoj svog djeteta osobi koja to može i koja ispunjava uvjete za staratelja (čl.186).

Dalje, shodno propisima u oblasti socijalne zaštite⁴ djeca kao korisnici socijalne zaštite su također djeca bez odgovarajućeg roditeljskog staranja jer njihovi roditelji zbog nesređenih porodičnih odnosa, materijalnih i drugih razloga nisu u mogućnosti da im osiguraju normalne uvjete za pravilan odgoj, fizički i psihički razvoj, a to je dijete čiji je razvoj ometen porodičnim prilikama (čl.13 st.4) ili odgojno zanemareno dijete koje zbog nedovoljnog nadzora i brige roditelja, te negativnog uticaja sredine narušava opće prihvaćene norme ponašanja (čl.13 st.2).

Što se tiče zaštite djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, shodno tumačenju odredaba koje upućuju na djecu koja mogu imati ovakav status ona se realizira primjenom porodičnopravnih mjera, mjera socijalnozaštitnog karaktera te mjera normiranih u prekršajnom i krivičnom postupku. Mjerama porodičnopravne prirode (mjere radi zaštite prava i interesa djeteta) uvaženi su zahtjevi iz Konvencije o pravima djeteta (čl. 9 st.1)⁵, jer se kroz preventivne i represivne mjere obezbjeđuje adekvatna

3 Smještaj djeteta i povjeravanje njegovog čuvanja i odgoja drugoj osobi ili ustanovi su postupci u nadležnosti centra za socijalni rad i odnose se na nepostojanje mogućnosti da roditelji izvršavaju sve sadržaje roditeljskog staranja. Riječ je o privremenom povjeravanju i samo ako je to u interesu djeteta. Može se donijeti uz pristanak i bez pristanka roditelja a ukoliko je smještaj određen bez pristanka roditelja, ne može trajati duže od dva mjeseca. Ako i nakon isteka roka na koji je određen smještaj, roditelji ne mogu preuzeti staranje o djetetu, centar će donijeti odluku o stavljanju djeteta pod starateljstvo (čl. 147 PZ FBiH). Predviđena zakonska rješenja koja se tiču ovog pitanja upućuju na načine zaštite djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja koja sa ispunjenjem dodatnih uvjeta u skladu sa Zakonom mogu biti i usvojena.

4 Oblast socijalne zaštite u BiH uređena je u Zakonima Federacije BiH, Republike Srpske i Distrikta Brčko BiH, s tim da FBiH ovu oblast uređuje i kantonalnim zakonodavstvom. Vidjeti: *Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom*, Službene novine FBiH, br. 36/99, 54/99, 39/06, i 14/09; *Zakon o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom*, Službene novine Kantona Sarajevo, br. 16/02, 8/03, 2/06,21/06 i 17/10

5 Države ugovornice će se pobrinuti da dijete ne bude protiv svoje volje odvojeno

zaštita. Prednost se daje preventivnim mjerama koje su u nadležnosti centra za socijalni rad koji je, u skladu sa odredbama Porodičnog zakona u FBiH, ovlašten organ za pružanje stručne pomoći i zaštite prava i interesa djeteta i ostalih članova porodice (...) (čl.5). Te mjere su posebno navedene u kontekstu odredaba posvećenih zaštiti prava i interesa djeteta i to u vidu generalno datog ovlaštenja za preduzimanjem potrebnih mjera (čl.150) a potom u vidu pojedinih mjera kao što su: upozorenje na propuste i pružanje pomoći roditeljima u sređivanju ličnih, socijalnih i materijalnih prilika (čl. 151) i nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog staranja. (čl. 152).

Represivnim mjerama koje su u nadležnosti suda i koje se preduzimaju u slučaju većih poremećaja u odgoju djeteta, roditeljima se može oduzeti pravo da žive sa djetetom (čl.153) ili im se oduzima pravo na vršenje roditeljskog staranja (čl.154). Djeca se odvajaju od roditelja na određeno vrijeme i njihovim izricanjem najčešće dijete bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, zapravo postaje dijete bez roditeljskog staranja.

Zaštita djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, pored ove koja se pruža primjenom preventivnih i represivnih mjera radi zaštite ličnih prava i interesa djeteta, manifestira se i u mogućnosti da centar za socijalni rad na zahtjev jednog ili oba roditelja ili po službenoj dužnosti može odlučiti o smještaju djeteta i povjeravanju njegovog čuvanja i odgoja drugoj osobi ili ustanovi, ako procjeni da je to potrebno radi zaštite najboljeg interesa djeteta (čl. 147 st.1) U slučaju da su roditelji odsutni, spriječeni ili nesposobni starati se o djetetu, a nisu povjerali čuvanje i odgoj osobi koja ispunjava uvjete za to, centar za socijalni rad o ovome može odlučiti i bez pristanka roditelja i takva zaštita može trajati dva mjeseca. (čl.147. st.2 i 3). Navedeni oblici zaštite – smještaj djeteta i povjeravanje njegovog čuvanja i odgoja drugoj osobi ili ustanovi su, zapravo, alternativni oblici zaštite djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja koji su predviđeni odredbama zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite, kao što su smještaj djeteta u drugu porodicu i smještaj u ustanovu socijalne zaštite, odnosno odredbama porodičnog zakonodavstva, kao što je starateljstvo nad maloljetnicima i usvojenje.

Shodno navedenom razlozi koji dovode djecu u status djece bez

od svojih roditelja, osim kada nadležne vlasti koje podliježu sudskom ispitivanju odluče, u skladu s odgovarajućim zakonima i procedurama, da je takvo odvajanje potrebno u najboljem interesu djeteta. Takva odluka može biti potrebna u određenim slučajevima kao što su zlostavljanje ili zanemarivanje djeteta od strane roditelja, ili gdje roditelji žive odvojeno i mora se donijeti odluka o djetetovom mjestu stanovanja - *UN Konvencija o pravima djeteta*, 1989, u: *Ljudska prava, Human Rights, Odabrani međunarodni dokumenti*, Ministarstvo vanjskih poslova BiH i Nezavisni biro za humanitarna pitanja, Sarajevo, 1996.

odgovarajućeg roditeljskog staranja kao i oblici zaštite koji su predviđeni proizlaze iz različitih zakonskih propisa. Ovisno od obima, vrste i stepena ugroženosti prava i interesa djeteta, od životnih okolnosti na strani roditelja, dijete će biti u statusu djeteta bez roditeljskog staranja ili djeteta bez odgovarajućeg roditeljskog staranja. Činjenica da zakonodavac termin dijete bez odgovarajućeg roditeljskog staranja predviđa u kontekstu odredaba o usvojenju, upućuje na saznanje da u praksi izostaje primjena konkretnih preventivnih mjera zaštite prava i interesa djece te da su razvojni rizici kojima su izložena ova djeca stalno prisutni. Zato bi usvojenje, ako je u najboljem interesu djeteta, bio poželjan oblik zaštite, za koji se u teoriji porodičnog prava naglašava da je i oblik socijalne zaštite.⁶

Iskustva iz drugih zemalja u regulaciji mjera za zaštitu prava i interesa djeteta garantiranih Konvencijom o pravima djeteta pokazuju intencije zakonodavaca za vrlo preciznim uređenjem pojmovnog određenja svakog djeteta bez odgovarajućeg roditeljskog staranja i okolnosti koje, na strani njegovih roditelja, dovode dijete u takav status (npr. „siročić”, „djeca ulice”, „socijalno ugroženo dijete”, „djeca žrtve nasilja u porodici”, „djeca bez mjesta prebivališta”). Tako, mimo uobičajenih pojmova za djecu koji su se do sada koristili imamo nove termine sa odgovarajućim mjerama i oblicima zaštite prava i interesa ove djece. Ovim zakonskim propisima se navode i kriterijumi za izdvajanje djece iz porodice kao i načini pružanja pomoći i podrške, kako njihovim biološkim porodicama tako i porodicama u koje su djeca izmještena. Posebna skupina odredaba posvećena je dužnostima nadležnih državnih organa u zaštiti djeteta bez odgovarajućeg roditeljskog staranja i promociji prava priznatih Konvencijom o pravima djeteta.⁷

6 U tom smislu, Traljić. N., Bubić, S., *Roditeljsko i Starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008. str. 108-110

7 U tom smislu:

1) *Protection of the Rights of the Child Law /Latvia*;

2) *Childrens Right Protection Law/Republica Uzbekistan*.,

- http://www.childsrightrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=486, preuzeto, 28.1.2013.

-http://ec.europa.eu/anti-trafficking/download.action;jsessionid=yrTfRh2hw7WbYh6dLyd5dCKj1LZLvxFB4ntfZy4j9tGDfFJJ4KQB!-656776111?nodePath=%2FNational+Info+Pages%2FLatvia%2F6.+RESOURCES%2F6.1+Legislation%2FLaw+on+Protection+of+the+Rights+of+the+Child_EN.pdf&fileName=Law+on+Protection+of+the+Rights+of+the+Child_EN.pdf&fileType=pdf, preuzeto, 15.12.2012. godine.

2. Praksa u zaštiti djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja

Mjere za zaštitu djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja bilo da se temelje na porodičnom ili zakonodavstvu u oblasti socijalne zaštite vrlo često imaju za posljedicu izdvajanje djeteta iz biološke porodice.⁸

Posljedice takvih odluka su dalekosežne, a u relevantnim zakonskim i podzakonskim propisima nisu date jasne upute o tome kada i kako takvu odluku treba donijeti. Ovo se posebno odnosi na odredbe zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite kojima nije normirana obaveza centra za socijalni rad da poduzimaju, prije svega, porodičnopravne mjere kojima se prevenira izdvajanje djeteta iz biološke porodice te da se mjere vaninstitucionalnog i institucionalnog zbrinjavanja mogu preduzimati samo *in ultima linea* i to pod uvjetom da su za dobrobit djeteta u datim okolnostima svakog pojedinog slučaja. Iz važećih odredaba ovog zakonodavstva i činjenice da se djeca, odlukama centra za socijalni rad prečesto izdvajaju iz porodice, bez prethodne primjene preventivnih mjera (upozorenje na propuste i pružanje pomoći i nadzor nad vršenjem roditeljskog staranja), očigledno je da princip zaštite najboljeg interesa djeteta nije adekvatno primijenjen. Dodamo li ovome da ni jedna odredba ovog zakonodavstva nije posvećena pravu djeteta na izražavanje i uvažavanje vlastitog mišljenja u skladu sa njegovom zrelošću i uzrastom,⁹ jasno je da postojeći zakonski okvir ne

8 Prema pokazateljima iz Izvještaja Ministarstva za rad, socijalnu politiku, raseljena lica i izbjeglice o primjeni Zakona o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom u 2011. godini u Kantonu Sarajevo evidentirano je 1957 djece koja su odgojno zanemarena, odgojno zapuštena ili u statusu-djeteta čiji je razvoj ometen porodičnim prilikama, od kojih je institucionalnim oblicima zaštite zbrinuto 64% a vaninstitucionalnim, 34% djece, a na entitetskom nivou (FBiH) po istim kategorijama evidentirano je 10750 djece. Izvor: Kombinovani drugi, treći i četvrti periodični izvještaj BiH o provođenju Konvencije o pravima djeteta, Sarajevo, novembar 2009. godine. Iz pokazatelja nije moguće procijeniti koliko je djece čiji je razvoj ometen porodičnim prilikama „obuhvaćeno“ institucionalnim zbrinjavanjem pa se može konstatovati da se ovaj procenat od 64% odnosi na djecu koja su u institucijama zbog nedovoljne roditeljske brige kao i djecu koja pokazuju probleme u svom ponašanju.

9 Komitet za prava djeteta u Zaključnim zapažanjima Kombinovano drugog, trećeg i četvrtog Periodičnog izvještaja Bosne i Hercegovine, usvojenim na 61. sjednici Komiteta (17. septembra-5.oktobra 2012. godine), naglašava da nema stvarne primjene prava djeteta da izraze svoje stavove u odlukama koje se tiče njih samih, uključujući i postupke pred nadležnim upravnim i sudskim organima; u vezi s tim Komitet preporučuje da se preduzmu mjere za jačanje prava djeteta da bude saslušano u skladu sa čl. 12 Konvencije. Dalje, Komitet preporučuje preduzimanje „mjera radi osiguranja efikasne primjene zakonodavstva kojim se priznaju prava djece da izraze svoje stavove u pravnim postupcima koji se odnose na njih“.

uvažava standarde u zaštiti prava djeteta koji proizlaze iz Konvencije o pravima djeteta. Njihovim nepoštovanjem neminovno dolazi do kršenja prava djeteta da živi sa roditeljima, zanemarivanja značaja koji porodica ima u podizanju, odrastanju, odgoju i razvoju ličnosti djeteta i kršenja niza drugih prava djeteta.

Ovakva nedostatna zakonodavna rješenja u oblasti socijalne zaštite u praksi bi trebala biti nadomještena dosljednom primjenom odredaba porodičnog zakonodavstva. Mjerama za zaštitu ličnih prava i interesa djeteta stvorene su pretpostavke za prevenciju izdvajanja djeteta iz porodice, njima se poštuje pravo djeteta na odrastanje u porodičnom okruženju, pravo na sigurnost i odgoj. Njihovim izricanjem se roditeljima pomaže u zaštiti i odgoju. Zakonom se precizno uređuju pretpostavke za njihovo izricanje, ali uprkos ovim prednostima u praksi se, nažalost, nedovoljno koriste.¹⁰ Takav zaključak slijedi iz kvantitativnih pokazatelja u radu centra za socijalni rad. Međutim, kvalitativnom analizom dokumentacije centra (analiza sadržaja dosjea centara) evidentno je da se mjere upozorenja na propuste i pružanje pomoći koristi u većoj mjeri od ovih istaknutih u evidenciji Kantonalnog centra. Ali, bez obzira na to, broj planiranih i ostvarenih mjera, apsolutno ne odgovara broju djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, a evidentan je enormno visok procenat djece obuhvaćene institucionalnim zbrinjavanjem. Postavlja se pitanje: Je li izdvajanje djece iz bioloških porodica rezultat nepoštivanja standarda u zaštiti djece koji proizlaze iz Konvencije o pravima djeteta i nedosljedne primjene porodičnopravnih mjera u zaštiti djece; ili je to uslijedilo radi „spašavanja” djeteta izloženog posljedicama zajedničkog života u nepovoljnim životnim okolnostima na strani njihovih roditelja ili su razlozi sasvim druge prirode?

3. Razlozi izdvajanja djece od bioloških roditelja

Analizom razloga izdvajanja djece iz biološke porodice, odnosno razloga njihovog smještaja u institucije, očigledno je da se, generalno,

<http://www.mhrr.gov.ba/pdf>. -preuzeto 15.12.2012.

10 Tabela pregled poslova određenih Porodičnim zakonom FBiH koji su u nadležnosti opštinskih službi socijalne zaštite (općine: Novi Grad, Novo Sarajevo, Stari Grad, Ilidža, Hadžići, Vogošća i Ilijaš) JU „Kantonalni centar za socijalni rad“ u Sarajevu ukazuje da su u toku 2011. godine izrečene mjere: Upozorenja na propuste i pružanje pomoći-planirano 46/ostvareno 16; Nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog staranja-planirano 22/ostvareno 16; Oduzimanje roditelju prava da živi sa djetetom-planirano 14/ostvareno 5; Starateljstvo nad maloljetnicima-planirano 325/ostvareno 247; Usvojenje-planirano 22/ostvareno 14. Izvor: Evidencija JU „Kantonalni centar za socijalni rad“ u Sarajevu.

razlozi mogu pripisati neodgovarajućoj roditeljskoj zaštiti s jedne, i problemima u ponašanju djece, s druge strane. Prema rezultatima istraživanja u ovoj oblasti neodgovarajuća roditeljska zaštita obuhvata okolnosti koje su u vezi sa psihološkim i psihijatrijskim problemima roditelja, pa s tim u vezi problemi svakodnevnog funkcioniranja u roditeljskoj ulozi, loši odnosi roditelja i djece, nedostatak volje roditelja da sarađuju da odgovarajućim stručnjacima centra za socijalni rad ili sa stručnjacima porodičnih savjetovališta, razvod braka, razdvojen život roditelja, alkoholizam u porodici, zloupotreba droga, nasilje u porodici, zlostavljanje i zanemarivanje djece. Posebna grupa okolnosti u ovom kontekstu, odnosi se na siromaštvo generalno i siromaštvo zaposlenih roditelja. Porodice koje žive u krajnje nepovoljnim ekonomskim i socijalnim uvjetima, shodno relevantnim pokazateljima, ili žive u strahu da će izgubiti djecu zato što ne mogu osigurati djetetu pravo na staranje o životu, zdravlju i razvoju ličnosti ili djecu napuštaju. Ovakvim ponašanjem roditelja, kako u nerazvijenim, tako i u razvijenim zemljama, dolazi do povećanja broja djece koja stiču status djece bez roditeljskog staranja. Životne okolnosti poput ovih, pokazuju kako dijete pod roditeljskim staranjem „prerasta” u dijete bez odgovarajućeg roditeljskog staranja i „postaje” dijete bez roditeljskog staranja. Napuštena djeca postaju „djeca ulice”.¹¹

11 Vidjeti:

- Eurochild: *Children in alternative care*, National Surveys-2nd Edition, January,2010. http://www.eurochild.org/fileadmin/user_upload/Publications/Eurochild_Reports/Eurochild%20Publication%20-%20Children%20in%20Alternative%20Care%20-%202nd%20Edition%20January2010.pdf
preuzeto, 28.1.2013.

- *Children without parental care or at risk of losing it*, SOS KDI recommendation – background paper, 7. February,2008. preuzeto 28.01.2013.

http://www.europarl.europa.eu/hearings/20070417/libe/sos_children_en.pdf

- Council of Europe: Building a Europe for and with Children 2006-2008. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0367:FIN:EN:PDF>.

- *Children without parental care: urgent need for action*, Doc.12345, 15.july,2010. <file:///C:/Users/net/Desktop/Mostar/8.%20Children%20without%20parental%20care%20%20urgent%20need%20for%20action.htm>, preuzeto 28.1.2013.

U Kantonu Sarajevo u 2011. godini evidentirano je 310 djece bez roditeljskog staranja među kojima je najviše djece roditelja spriječenih da obavljaju roditeljsku dužnost - 143 (46%); djece koju su roditelji napustili - 96 (30%); djece bez oba roditelja - 55 (17%); djece roditelja kojima je oduzeto pravo na vršenje roditeljskog staranja - 11 i djece nepoznatih roditelja - 5, što u procentu iznosi 7% za obje kategorije. Izvor: Tabela pregled djece bez roditeljskog staranja po službama socijalne zaštite u općinama-JU “Kantonalni centar za socijalni rad” u Sarajevu.

Razlozi koji se podvode pod probleme u ponašanju djece manifestiraju se u bježanju od kuće, zloupotrebi droga, alkoholizmu, nasilničkom ponašanju, skitnji, prosjačenju i slično. Dostupni pokazatelji u kontekstu alternativnih oblika zbrinjavanja djece u evropskim zemljama pokazuju da najveći broj zemalja pominje zlostavljanje i zanemarivanje kao ključne razloge izdvajanja djece iz porodice.¹²

Međutim, različiti pristupi u zaštiti djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja i djeci bez roditeljskog staranja (razlike u pravnom okviru, u stvarnoj nadležnosti za pružanje pomoći porodici i zaštiti prava djeteta) mogu ukazivati na sasvim druge razloge izdvajanja.¹³ U tom smislu, očigledne su razlike između pojedinih dijelova Evrope i ono što je imanentno zapadnoj Evropi, nije jugoistočnoj ili sjevernoj Evropi.¹⁴ Zajedničko obilježje za sve zemlje je da do izdvajanja djeteta iz porodice dolazi kada se akumulira više razloga, kada porodica postane višestruko problematična i kada su posljedice odrastanja u takvoj sredini na djetetu sasvim vidljive.¹⁵

Ono što je različito u pogledu prisutnosti pojedinih razloga odnosi se na siromaštvo. Mada je generalno sve više djece koja žive u siromaštvu, siromaštvo je ili prekomjerno zastupljen razlog izdvajanja djeteta iz

12 Vidjeti: Eurochild: *Children in alternative care*, National Surveys-2nd Edition, January, 2010.

http://www.eurochild.org/fileadmin/user_upload/Publications/Eurochild_Reports/Eurochild%20Publication%20-%20Children%20in%20Alternative%20Care%20-%202nd%20Edition%20January2010.pdf, preuzeto, 28.1.2013.

13 Tako razlozi izdvajanja ustanovljeni u okviru Programa podrške porodicama koje su razvijale NVO Hope and Homes for Children (HHC) i JU-Kantonalni centar za socijalni rad u vrijeme od 2003-2008. godine, analizom okolnosti na strani roditelja čija su djeca bila smještena u dječje domove, evidentirani su kao faktori rizika i njihova učestalost. Najzastupljeniji faktori rizika bili su: siromaštvo, nezaposlenost, više djece u porodici, neriješeno stambeno pitanje, samohrani roditelji, narušeno zdravlje roditelja, historija raseljenosti, nepoželjni oblici ponašanja kod djece, kod roditelja, nasilje među odraslim članovima porodice, zanemarivanje i zlostavljanje djece, bolest djeteta i smrt oba roditelja. Svi spomenuti faktori rizika bili su spojivi sa 50% porodica kojima je pružana podrška i pomoć. Vidjeti u: *Zbornik radova, 50 godina rada JU „Kantonalni centar za socijalni rad“*, Sarajevo, 2008. god. str. 55-66.

14 Supra note 9, str. 1-8

15 Vidjeti u: Herington, R; Piquardt, R. (2001) *Strategies for Survival: Users Experiences of Child Welfare in Three Welfare Regimes*, Child and Family Social Work, 6, str. 239-249;

Killen, K. (2001) Izdani: *Zlostavljana djeca su odgovornost svih nas*, Zagreb: Društvo za psihološku pomoć, str. 21-25.

porodice ili je zanemariv.¹⁶ Sudeći prema broju djece koja su napuštena ili su njihovi roditelji spriječeni izvršavati roditeljske dužnosti i broju djece obuhvaćene institucionalnom zaštitom, očigledno je da socijalno-ekonomska ugroženost djece postaje, sve više, razlogom smještaja djece u institucije, čime se direktno krše odredbe Konvencije o pravima djeteta (čl.6, 7 i 27).¹⁷

Navedeno upućuje da se pravo djeteta na životni standard koji odgovara fizičkom, mentalnom, duhovnom, moralnom i društvenom razvitku, kako to slijedi iz Konvencije o pravima djeteta, zbog nepreduzimanja mjera kojima se pomaže roditeljima u sređivanju ličnih, socijalnih i materijalnih prilika, zapravo ne ostvaruje. Direktno se krši. Država je normiranjem odgovarajućih prava u kontekstu odredaba porodičnog zakonodavstva (čl. 124. st. 1) samo djelimično doprinijela ostvarivanju prava priznatih u Konvenciji, ali nije stvorila uvjete za njihovo realiziranje u kontekstu zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite. Tako mi nemamo propise kojima je zabranjeno institucionalno zbrinjavanje djece mlađe od 3 godine života ili propise kojima bi bilo zabranjeno izdvajanje djeteta iz biološke porodice radi siromaštva; iz naših propisa nije jasno kada dijete stiče status djeteta bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, koja su prava takvog djeteta prije, tokom i nakon izdvajanja iz biološke porodice, principi politike dječjeg socijalnog staranja (princip bliskosti, porodičnog kontinuiteta i afirmacije) ne dominiraju zakonodavstvom u oblasti socijalne zaštite.¹⁸

16 Prema: Eurochild, National Surveys-2nd Edition, January, 2010. preduzimanjem preventivnih mjera u zaštiti ličnih prava i interesa djeteta smanjuje se broj izdvajanja djece iz porodice, konkretnim zakonskim odredbama se zabranjuje izdvajanje djece zbog siromaštva u skandinavskim zemljama, ali se bilježi porast izdvajanja iz razloga koji se mogu podvesti pod probleme u ponašanju djece.

17 U tom pravcu 2005. Odbor UN za prava djece je, na Dan opće rasprave o djeci bez odgovarajućeg roditeljske zaštite, dio rasprave posvetio pitanju uloge države u prevenciji i reguliranju izdvajanja djece. Posebna pažnja je usmjerena na obaveze država članica da pruže odgovarajuću pomoć roditeljima, starateljima, članovima proširenih porodica. Istaknut je značaj ulaganja sredstava za jačanje roditeljskih sposobnosti, radije nego u njihovo korištenje za izdvajanje djece, a siromaštvo je posebno apostrofirano kao okolnost koja ne smije biti razlogom izdvajanja djeteta iz porodice. Na ovu obavezu, Komitet za prava djeteta u Zaključnim zapažanjima na Kombinovani drugi, treći i četvrti periodični izvještaj BiH iz 2012. godine, je zatražio da BiH omogući i podrži porodično zbrinjavanje djece kad god je to moguće i da tako osigura da se djeca ne daju na zbrinjavanje van porodice isključivo na osnovu socijalno-ekonomske ugroženosti. Vidjeti u Zaključnim zapažanjima Kombinovanog drugog, trećeg i četvrtog Periodičnog izvještaja Bosne i Hercegovine, usvojenim na 61. sjednici Komiteta (17. septembra-5. oktobra 2012. godine)

18 Hessle, S. (1998): *Family Continuity, Closenes and Affirmation as Principles of Child Welfare Policy – Reflections Based on Internacional Discourse During the 20th Century*, in: *Social Work with Children under Post-War Conditions, Experiences*

Kompleksnost ovog sistema dodatno se usložnjava različitim pojavnim oblicima ponašanja roditelja prema djetetu i ostvarivanju prava djeteta.

4. Mogućnosti buduće zaštite djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja

S obzirom na važeće propise, pokazatelje u vezi sa brojem djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, upute Komiteta za prava djeteta u Zaključnim zapažanjima Kombinovanog drugog, trećeg i četvrtog Periodičnog izvještaja Bosne i Hercegovine, usvojenim na 61. sjednici Komiteta (17. septembra-5.oktobra 2012. godine) te potrebu da uskladimo nacionalno zakonodavstvo sa pravom Evropske Unije, u budućem pravnom okviru trebalo bi:

1. Harmonizirati propise u oblasti socijalne zaštite sa propisima porodičnog zakonodavstva.
2. Harmonizirati propise u oblasti socijalne zaštite u BiH (entitetska zakonodavstva, zakonodavstvo Brčko Distrikta BiH i kantonalna zakonodavstva u FBiH) radi osiguranja ujednačenog pristupa u ostvarivanju prava djece koja su predviđena tim propisima.
3. Propisima u oblasti socijalne zaštite trebalo bi zabraniti institucionalno zbrinjavanje djece mlađe od tri godine starosti.
4. U istim propisima trebalo bi osigurati učešće djece u donošenju odluka koje se tiču njih, uvesti mjere za prevenciju izdvajanja djeteta iz biološke porodice uz obaveznu primjenu porodičnopravnih mjera prije izdvajanja iz porodice, osigurati povratak djeteta u biološku porodicu kad god je to moguće i predvidjeti više alternativnih oblika zaštite djece.
5. Smještaj djeteta u drugu porodicu treba regulirati posebnim zakonom iz kojeg bi bilo vidljivo kada i koji vid smještaja je prihvatljiv za dijete u svakom konkretnom slučaju. (poštivanje principa individualizacije u zaštiti djece, principa bliskosti, porodičnog kontinuiteta i afirmacije djeteta, favorizirati smještaj u srodničku porodicu).
6. Odredbama Porodičnog zakona zabraniti izdvajanja djeteta iz biološke porodice zbog siromaštva.
7. Slijedom savremenih evropskih zakonodavnih rješenja i preporuka Vijeća Evrope – kao na primjer preporuke VE 82/2 o formiranju

from the Federation of Bosnia and Herzegovina, Department of Social Work, Faculty of Political Science, Sarajevo University, Department of Social Work, Stockholm University, str. 21-37.

državnih fondova za izdržavanje djece – čiji osnovni cilj jeste i harmonizacija odredaba o izdržavanju djece u državama Evropske Unije, zasigurno bi se smanjio broj djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja.

Navedeni zadaci bi bili neophodni ukoliko se želi preuzeti samo „djelić“ odgovornosti za dobrobit djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja. Na to obavezuje Konvencija o pravima djeteta, preporuke i smjernice Savjeta Evrope, u kojima se naglašava da država ima ključnu odgovornost da osigura odgovarajući pravni, politički i finansijski okvir za zaštitu djece i ostvarivanje prava djeteta.

Rezime

Pravna analiza normi porodičnog zakonodavstva i zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite u FBiH, pokazala je da se samo jezičkim tumačenjem relevantnih zakonskih odredaba može odrediti pojam djeteta bez odgovarajućeg roditeljskog staranja. Zakonima su predviđene mjere radi zaštite ove djece, ali iz prakse u zaštiti nije vidljiva postupnost u njihovoj primjeni. Broju djece za koju se može procijeniti da su djeca bez odgovarajućeg roditeljskog staranja ne odgovara broj izrečenih preventivnih i represivnih mjera radi zaštite ličnih prava i interesa djeteta. Djeca se, u pravilu, izdvajaju iz bioloških porodica i institucionalno zbrinjavaju. Nema jasnih pokazatelja da su takvoj odluci prethodile druge mjere u zaštiti ove djece koje su predviđene odredbama porodičnog zakonodavstva. Složenosti ovih pitanja umnogome doprinosi razlika u razumijevanju pojedinih razloga izdvajanja djece iz porodice i u normativnim okvirima koji su međusobno neusklađeni. Drugim riječima, praksa u zaštiti djece bez odgovarajućeg roditeljskog staranja i primjena odredaba zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite morala bi slijediti, prije svega, mjere koje proizlaze iz porodičnog zakona (mjera upozorenja na propuste u odgoju djeteta i pružanje pomoći; nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog staranja), pa tek kasnije mjere koje dovode do izdvajanja djeteta iz porodice. Ovo tim više, jer se među razlozima izdvajanja, nedostatak podrške roditeljima, pojavljuje kao okolnost koja sve češće rezultira institucionalnim zbrinjavanjem djeteta. Ovakva praksa nije za dobrobit djeteta i tako se, zapravo, krše prava djeteta priznata Konvencijom o pravima djeteta.

Professor Udžejna Habul, LL.D.

SUMMARY

**PROTECTION OF THE CHILDREN WITHOUT
APPROPRIATE PARENTAL CARE**

Legal analysis of the norms of family legislation and legislation in the field of social protection in the Federation of Bosnia and Herzegovina has shown that through lingual interpretation of relevant legal provisions only, it is possible to determine the term child without appropriate parental care. The laws stipulate measures for protection of these children, but gradualness in their implementation is not visible from protection practice. The number of children who may be assessed as children without appropriate parental care does not match the number of pronounced preventative and repressive measures for protection of the personal rights and interests of the child. Children, as a rule, are taken away from their biological families and institutionally placed. There are no clear indicators that such a decision was preceded by other measures to protect these children as stipulated by the provisions of family legislation. What vastly contributes to the complexity of these matters is the difference in understanding individual reasons for taking children out of their families and in normative frameworks which are not mutually harmonized. In other words, practice in protection of children without appropriate parental care and implementation of the provisions of legislation in the field of social protection would have to follow, primarily, measures resulting from the family code (the measure of warning of omissions in raising the child and providing assistance; supervision over the exercise of parental care), and only later measures that lead to taking the child away from the family. Moreover because among reasons for taking the child away, lack of support to parents appears as a circumstance that increasingly results in institutional placing of the child. This practice is not good for the well-being of the child and in fact violates the rights of the child recognized by the Convention on the Rights of the Child.

Keywords: child without appropriate parental care, measures in protection of personal rights and interests of the child, reasons for taking a child away from the biological family

Dr. sc. Maja Čolaković, docentica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

PRAVO DJETETA – PACIJENTA NA SAMOODREĐENJE

Pravo djeteta – pacijenta na samoodređenje jedan je od vidova realizacije djetetovog prava na život i zdravlje i njegovog prava na izražavanje mišljenja o svim pitanjima koja ga se tiču. Pristup ovom problemu u komparativnom pravu nije jednoobrazan. U većini zemalja djeci je u određenom obimu priznato ovlaštenje da se izjasne o podvrgavanju zdravstvenom postupku, ali postoje i zemlje u kojima djecu u takvim slučajevima zastupaju njihovi roditelji, odnosno staratelji. U zakonodavstvima onih zemalja koje uvažavaju pravo djeteta – pacijenta na samoodređenje, kao uslov za stjecanje tog prava određeni su uzrast i zrelost djeteta.

Rješenje usvojeno u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu, odnosno zakonodavstvima Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine pokazuje izvjesne nedostatke. Generalno govoreći, djetetu – pacijentu je pravo na samoodređenje priznato parcijalno, u ograničenom obimu, ili mu uopće nije priznato. To varira od zakona do zakona. Pritom je i u zakonima koji ga normiraju, uzimajući kao kriterij djetetove uzrast i zrelost, taj uzrast među zakonima neusklađen, a djeci starijeg uzrasta samo izuzetno je priznato ovlaštenje da samostalno odluče o predloženom zdravstvenom postupku.

Ključne riječi: *dijete, pacijent, pristanak, pravo na samoodređenje*

1. Uvod

Krajem 2012. godine pravosuđe Velike Britanije suočilo se sa slučajem Neona Robertsa, sedmogodišnjeg dječaka oboljelog od tumora na mozgu, čija se majka suprotstavila odluci o njegovom daljem načinu liječenja. Dječak je nakon operacije tumora trebao biti podvrgnut tretmanima radioterapije, ali se majka – pristalica homeopatske medicine tome usprotivila, uplašena mogućim trajnim negativnim posljedicama ovakvog tretmana na cjelokupno

sinovljevo zdravlje. Zato ga je potajno odvela iz njihovog doma na sasvim drugi kraj Britanije pa je Porodično odjeljenje Visokog suda pravde u Londonu, na intervenciju bolnice, izdalo nalog da se za njima organizuje potraga. Pronađeni su nakon četiri dana i dječak je potom privremeno smješten kod oca, koji poslije razvoda od dječakove majke više ne živi s njima. Trebalo je da nakon svega Sud donese odluku o primjeni tretmana radioterapije, s kojom se otac ranije načelno složio, ali zbog promijenjenih okolnosti slučaj nije okončan na taj način. U međuvremenu preduzete dodatne medicinske pretrage pokazale su da se na Neonovom mozgu razvio rezidualni tumor te da je dječaku hitno nužan drugi operativni zahvat. Njegova majka se usprotivila i tom zahvatu, želeći da prije konačne odluke pribavi mišljenje još nekoliko ljekara izvan Britanije. Sud je u ponovnom razmatranju ovog slučaja donio odluku da je „izvođenje zahvata u najboljem interesu dječaka“ i da mu on treba biti hitno podvrgnut, jer bi „njegovo odlaganje išlo na uštrb dječakovog života i bez njega bi najvjerojatnije umro u roku od dva-tri mjeseca“. Sud nije udovoljio ni majčinom zahtjevu da joj dozvoli pronalaženje alternativnih post-operativnih metoda liječenja njenog sina, nego je presudio da Neon nakon tog operativnog zahvata treba biti podvrgnut šestomjesečnom tretmanu radioterapije i 18-mjesečnom tretmanu kemoterapije.¹

Ovaj kontroverzni slučaj samo je jedan u nizu primjera sukoba u pogledu stava o podvrgavanju djeteta raznovrsnim zdravstvenim postupcima koji su dobili sudski epilog,² ali vrlo dobro ilustruje svu

1 Detaljnije o slučaju Roberts na: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2243542/Neon-Luca-Roberts-taken-foster-care-mother-tried-stop-life-saving-cancer-treatment.html#axzz2JpV74KkB> (31. 1. 2013.); <http://www.guardian.co.uk/law/2012/dec/20/neon-roberts-unproved-treatments-court> (31. 1. 2013.); <http://www.dailymail.co.uk/health/article-2257649/The-battle-brain-tumour-boy-Neon-Roberts-If-childs-life-stake-doctors-defy-parents-expert-say.html> (31. 1. 2013.); <http://www.guardian.co.uk/society/2012/dec/18/neon-roberts-cancer-ruling-judge> (31. 1. 2013.); <http://www.guardian.co.uk/society/2012/dec/21/neon-roberts-radiotherapy-mother-wishes> (31. 1. 2013.); <http://www.channel4.com/news/court-tells-mother-her-child-can-have-radiotherapy> (31. 1. 2013.); <http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/neon-roberts-begins-radiotherapy-for-brain-1530206> (31. 1. 2013.).

2 U sudskoj praksi Australije nedavno je zabilježen slučaj u kojem je sud obavezao majku osmogodišnje djevojčice da je podvrgne redovnoj vakcinaciji protiv dječjih i zaraznih bolesti, nakon što je ona pokušala spriječiti u izvršenju ove obaveze svog muža i njegove roditelje, jer sama vjeruje u homeopatsku medicinu i „jednostavan i zdrav način života koji uključuje konzumaciju organske hrane, korištenje netoksičnih sredstava za čišćenje itd.“ Detaljnije o slučaju na: <http://www.smh.com.au/world/doctors-back-in-charge-of-neons-fate-20121207-2azk7.html#ixzz2F2M9hLAt> (31. 1. 2013.). O istom problemu u više navrata je raspravljano i u judikaturi Velike Britanije (slučajevi *Re C and F*, 2003, vidjeti detaljnije na: <http://www.1cor>.

kompleksnost pravnog statusa djeteta kao pacijenta, odnosno problem njegovog prava na samoodređenje kada se ono nađe u ulozi pacijenta.

Pravo na samoodređenje o tjelesnom integritetu i zdravlju predstavlja pravo čovjeka da samostalno raspolaže svojim životom, tijelom i zdravljem, u granicama koje su određene imperativnim pravnim normama.³ Radi se o neotuđivom pravu čovjeka, zasnovanom na ustavnoj garanciji neprikosновенosti ljudske ličnosti.⁴ Ostvarenje ovog prava, između ostalog, podrazumijeva ovlaštenje titulara da sam preduzima zahvate u vlastiti tjelesni integritet ili da to prepusti drugim osobama.⁵ Tuđi zahvati u tjelesni integritet iziskuju prethodni pristanak osobe na kojoj se izvode, jer su bez njega protivpravni, pri čemu takav pristanak u načelu može dati samo odrasla, potpuno poslovno sposobna osoba.⁶ Kad su u pitanju raznovrsni zdravstveni postupci i medicinski zahvati, pristanak osobe koja im se podvrgava tj. pacijenta mora biti zasnovan na njegovom obavještenju o svim okolnostima neophodnim da donese odluku o zahvatu.⁷ Mogućnost iskazivanja pristanka na medicinsku intervenciju

com/1315/?form_1155.replyids=870 (31. 1. 2013.)).

- 3 Prema stavovima u doktrini, u pitanju je potpuna privatna pravna vlast fizičke osobe u pogledu tijela i njegovih dijelova, odnosno mogućnost „gospodarenja“ vlastitim životom, tijelom i zdravljem, kao i koristima od toga. Tako: Gavella N., *Osobna prava I.*, Zagreb, 2000., str. 67. Ili, kraće i još slikovitije rečeno, u pitanju je „pravo čoveka da bude „svoga tela gospodar“ “. Tako: Radišić J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 74.
- 4 Radišić J., op. cit., str. 74. i 75.
- 5 Zahvati u tjelesni integritet mogu imati raznovrstan karakter, počev od onih estetskih, koji ne utječu na čovjekovu biološku opstojnost i zdravlje, kao što su šišanje kose, brijanje brade i brkova i sl., pa do različitih znanstvenih eksperimenata ili medicinskih intervencija – hirurških zahvata, drugih terapijskih i dijagnostičkih postupaka itd.
- 6 U izuzetnim slučajevima, strogo određenim zakonom, moguće je izvesti zahvat u tjelesni integritet bez prethodnog pristanka čovjeka na kojeg se ovaj odnosi. Takvi su slučajevi hitne medicinske intervencije u cilju spašavanja života pacijenta, obavezna imunizacija vakcinacijom, tjelesni pregled i uzimanje uzoraka krvi i drugih tjelesnih supstanci u cilju provođenja pravosudnog postupka, hospitalizacija psihičkih bolesnika itd.
- 7 Uz ovo, da bi bio pravno valjan, pristanak pacijenta mora biti dobrovoljan, dat ozbiljno i svjesno. Pojedini teoretičari s prostora bivše Jugoslavije ovaj pristanak najčešće nazivaju „informisani pristanak“, što je doslovan prevod sintagme „*informed consent*“ s engleskog jezika. To je nepravilno, jer informisan može biti samo pacijent, a ne i njegov pristanak. Stoga je bolje koristiti sintagmu „pristanak obaviještenog/informisanog pacijenta“ ili „pristanak zasnovan na obavještenju“. O karakteristikama pristanka obaviještenog pacijenta vidjeti detaljnije: Petrić S., *Pretpostavka odštetne odgovornosti davatelja zdravstvenih usluga u pravu Bosne i Hercegovine*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 3, Mostar, 2005., str.124-132.; Bevanda, M.; Čolaković, M., *Pravo*

izraz je čovjekovog prava na samoodređenje o tjelesnom integritetu i zdravlju.⁸

Problem prava na samoodređenje djeteta – pacijenta proizilazi iz činjenice da sva djeca nemaju jednak uzrast i nivo psiho-tjelesne i intelektualne zrelosti, zbog čega im ni sposobnost očitovanja pravno relevantne volje nije priznata u istom obimu.⁹ Stoga je sporno treba li djeci dopustiti da samostalno raspolažu vlastitim tjelesnim integritetom i zdravljem, odnosno treba li im priznati ovlaštenje da sami odluče o podvrgavanju raznovrsnim zdravstvenim postupcima i o tome iskažu svoj pristanak. Ova dilema se zasniva na dva međusobno suprotna razloga. S jedne strane, tjelesni integritet i zdravlje spadaju u najznačajnija čovjekova lična dobra, jer od njihovog postojanja biološki ovisi postojanje drugih ličnih dobara.¹⁰ Zato ih je nužno pojačano zaštititi, posebno kad su u pitanju

pacijenta na obaviještenost i pristanak i pravne posljedice liječenja bez pristanka pacijenta, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 7, Mostar, 2009., str. 200-202.

- 8 Radišić J., op. cit., str. 75.; Mujović-Zornić H., *Pacijentova prava – univerzalnost i evropski koncept*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 3, Mostar, 2005., str. 261.
- 9 Različiti nivoi zrelosti djeteta, odnosno čovjeka pravno su gradirani u obliku tri stepena poslovne sposobnosti, koja podrazumijeva svojstvo samostalnog nastupanja u pravnom prometu, a primarno je vezana za stjecanje imovinskih prava i obaveza. Djeca tj. maloljetne osobe su poslovno nesposobne ili ograničeno poslovno sposobne, a potpunu poslovnu sposobnost stječu nastupom punoljetnosti. Samo u izuzetnim slučajevima mogu je steći prijevremeno. Uz ovo, normirana je i tzv. specijalna sposobnost – svojstvo samostalnog preduzimanja tačno određenih pravnih poslova. Pravne poslove u ime poslovno nesposobne maloljetne osobe sklapa njen zakonski zastupnik, dok ih ograničeno poslovno sposobna maloljetna osoba sklapa sama, ali je za njihovu valjanost nužno odobrenje njenog zakonskog zastupnika. U savremenoj doktrini ustanovljen je pojam jednog posebnog svojstva, vezan za pravo djeteta na izražavanje vlastitog mišljenja. Radi se o tzv. konsultativnoj sposobnosti, koja podrazumijeva sposobnost djeteta na izražavanje mišljenja, želja i stavova u svim odnosima koji se tiču njegovih prava i interesa. Nasuprot poslovnoj sposobnosti, konsultativna sposobnost nije primarno usmjerena na stjecanje imovinskih prava i obaveza niti je njeno postojanje uslovljeno određenim uzrastom. Ovo svojstvo isključivo je vezano za sposobnost za rasuđivanje, tako da je imaju sve maloljetne osobe sposobne oblikovati i izraziti vlastito mišljenje o pojedinim pravnim pitanjima. O konsultativnoj sposobnosti djeteta detaljnije: Palačković, D., *Značaj volje maloletnika u kontekstu prava na samoodređenje*, Pravni život 9/2002, tom I., str. 705.
- 10 Među ličnim pravima nema gradacije, ali pravo na život i tjelesni integritet može se okarakterisati kao *primus inter pares*, pošto je bez čovjekovog biološkog postojanja nemoguće ostvarenje prava na psihički integritet, odnosno zaštita privatnosti, časti, ugleda, imena i drugih ličnih dobara čovjeka.

osobe koje nisu potpuno zrele i potpuno poslovno sposobne. Svojevrsan „nadzor“ nad ovim osobama u ostvarenju njihovog prava na tjelesni integritet trebao bi ih spriječiti da to pravo ostvaruju nauštrb vlastitih interesa, odnosno da ne škode svom životu i zdravlju. S druge strane, pravo na samoodređenje o tjelesnom integritetu i zdravlju vrlo tijesno je vezano za ličnost i od nje je neotuđivo, pa bi moralo jednako pripadati svim ljudima, neovisno o uzrastu i nivou zrelosti, odnosno stepenu poslovne sposobnosti kojeg posjeduju. Imajući u vidu da je raspon uzrasta i zrelosti osoba koje spadaju u kategoriju djece dosta velik,¹¹ jasno je da ovo pravo nije moguće priznati svojoj djeci bezuslovno, već je nužno postaviti određeni kriterij za njegovo stjecanje.

Odabir adekvatnog kriterija čest je predmet doktrinarnih rasprava, a rješenja ovog pitanja u nacionalnim pravnim sistemima nisu istovjetna. Ona se kreću od potpune negacije prava na samoodređenje djeteta – pacijenta, neovisno o njegovom uzrastu i nivou zrelosti, do različitih varijanti priznanja mogućnosti da se ono u skladu sa svojim uzrastom i zrelošću izjasni u pogledu zdravstvenih postupaka kojima treba biti podvrgnuto.¹²

Kako je pokazao slučaj Roberts, problem odlučivanja o načinu liječenja djeteta može biti sporan ne samo u pogledu djetetovog prava da o tome samostalno donese odluku nego i u pogledu prava njegovih roditelja da odluče umjesto njega. Zato se u teoriji i praksi postavlja pitanje treba li ovo ovlaštenje priznati isključivo roditeljima, odnosno zakonskom zastupniku djeteta ili u postupak uključivanja treba biti uključena i treća

11 U najvećem broju nacionalnih zakonodavstava djecom se smatraju osobe od rođenja do 18. godine života. Takvo rješenje usklađeno je s odredbama Konvencije o pravima djeteta, koja normira da je dijete svako ljudsko biće mlađe od 18 godina, sem ako se prema zakonu koji se primjenjuje na dijete punoljetnost ne stječe ranije (čl. 1. Konvencije o pravima djeteta OUN iz 1989. godine (*Convention on the Rights of the Child*, u daljem tekstu: KPD). I u bosanskohercegovačkom pravu punoljetnost se redovno stječe u dobi od 18 godina, a s njom i potpuna poslovna sposobnost (čl. 157. st. 2. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 35/05., u daljem tekstu: PZFBiH; čl. 139. st. 2. Porodičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine 23/07., u daljem tekstu: PZBD; čl. 108. st. 2. Porodičnog zakona Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske 54/02., u daljem tekstu: PZRS). Izuzetno, potpunu poslovnu sposobnost moguće je steći ranije, na osnovu odluke suda, u dobi od 16 godina – u Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine sklapanjem braka i roditeljstvom (čl. čl. 157. st. 1., čl. 15. st. 2., čl. 340-349., čl. 157. st. 3. i 4., čl. 355-356. PZFBiH; čl. 139. st. 1., čl. 26. st. 2., čl. 139. st. 3. i 4. PZBD), a u Republici Srpskoj jedino sklapanjem braka (čl. 108. st. 3. i čl. 36. st. 2. PZRS PZRS).

12 Infra, dio 3.

osoba (sud, organ starateljstva itd.), barem kada je riječ o ozbiljnijim i težim medicinskim zahvatima.¹³ Posebno su sporne situacije u kojima roditelji nisu međusobno saglasni, kao i one u kojima postoji sukob interesa djeteta i stava roditelja, odnosno staratelja o predloženom medicinskom zahvatu. U praksi se pojavljuju i slučajevi sukoba mišljenja o potrebi izvođenja medicinskog zahvata između roditelja i djeteta, s jedne strane, i liječnika, odnosno bolnice, s druge.¹⁴

Svrha ovog rada je da predstavi komparativnopravna rješenja pitanja prava djeteta – pacijenta na samoodređenje, s posebnim osvrtom na rješenja tog pitanja u pravu Bosne i Hercegovine. Zakonodavna reforma koja u zemlji traje već nekoliko godina obuhvata i segment prava djeteta. Za položaj djeteta – pacijenta posebno su značajni novi porodični zakoni i zakoni iz oblasti zdravstva. Njihove odredbe trebale bi biti usklađene s principima usvojenim u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, odnosno pravima djeteta i pravima pacijenta, kao i standardima Evropske unije na području zdravstva, budući da su na tim principima i standardima zasnovana rješenja ovog pitanja i u zakonodavstvima najvećeg broja evropskih zemalja.

2. Međunarodni dokumenti

Svi međunarodni dokumenti kojima su normirana dječja, odnosno ljudska prava, a prije svih Konvencija o pravima djeteta,¹⁵ insistiraju

- 13 Cf. Jakovac-Lozić, D., *Prava djeteta kao pacijenta*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 3, Mostar, 2005., str. 150.; Bainham A., *Children: The Modern law*, Bristol, 1998., str. 241-259.
- 14 Evropski sud za ljudska prava razmatrao je to pitanje u slučaju *Glass v. United Kingdom* 2004 (Application No 61827/00). Vidjeti na: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61663> (31. 1. 2013).
- 15 KPD je prvi međunarodni pravni akt obavezujućeg karaktera kojim je regulisan veoma širok spektar prava djeteta i uspostavljen poseban mehanizam njihove zaštite. Do sada su je ratifikovale 192 zemlje. Izuzetak su Somalija i Sjedinjene Američke Države. Bosna i Hercegovina je postala stranka KPD-a 6. marta 1992. godine i ona u njoj važi na osnovu Zakona o ratifikaciji Konvencije UN-a o pravima djeteta (Službeni list Republike Bosne i Hercegovine 2/92. i 13/94.). KPD je sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine iz 1995. godine i neposredno se primjenjuje u Bosni i Hercegovini od dana njegovog stupanja na snagu (Aneks I Ustava BiH). KPD ističe potpunu jednakost svakog djeteta i zaštitu djece od svih vidova represije. Pritom obavezuje države ugovornice na poštovanje njome ustanovljenih prava, uz normiranje efikasnih mehanizama kontrole i sankcija za njihovo kršenje. Metod kojim su u KPD-u regulisana prava djeteta u teoriji se označava kao “četiri P”: *participation, protection, prevention, provision* – učešće djece u odlučivanju o stvarima koje ih se lično tiču, *zaštita* djece od diskriminacije i svih oblika zanemarivanja i iskorištavanja,

na uvažavanju volje i mišljenja djeteta u pravnim odnosima koji ih se neposredno ili posredno tiču. U KPD-u je to jasno iskazano kroz dva principa: princip zaštite najboljeg interesa djeteta, kao rukovodeći kriterij u poduzimanju svih aktivnosti vezanih za dijete,¹⁶ i princip uvažavanja djetetovog mišljenja o svim pitanjima koja se na njega odnose, u skladu s njegovim uzrastom i zrelošću.¹⁷

Među temeljnim i izvornim pravima regulisanim u KPD-u su pravo djeteta na život i njegovo pravo na zdravlje.¹⁸ U cilju ostvarenja prava na život, države potpisnice su obavezane da djetetu u najvećoj mogućoj mjeri osiguraju preživljavanje i razvoj.¹⁹

Pravo na zdravlje podrazumijeva pravo djeteta na uživanje najvišeg mogućeg standarda zdravlja i pristup institucijama za liječenje i rehabilitaciju.²⁰ Na ovo pravo se u KPD-u odnosi i odredba kojom je djetetu, stavljenom na osnovu odluke nadležnog organa pod nadzor radi zaštite ili liječenja njegovog tjelesnog ili psihičkog zdravlja, priznato pravo na povremeno preispitivanje tretmana koji mu se pruža i svih drugih okolnosti zbog kojih je nad njim ustanovljena mjera nadzora.²¹

U Konvenciji o pravima djeteta posebna pažnja posvećena je regulisanju prava djece s posebnim potrebama, pri čemu su uzete u obzir i njihove posebne potrebe u ostvarenju prava na zdravlje, odnosno zdravstvene zaštite.²²

sprječavanje škođenja djeci, *pružanje* podrške i pomoći djeci u zadovoljenju njihovih osnovnih potreba. Više: Van Bueren, G., *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague – Boston – London, 1998., str. 13-15.

16 Čl. 3. st. 1. KPD.

17 Čl. 12. KPD.

18 Čl. 6. st. 1. i čl. 24. st. 1. KPD. Ova prava u doktrini su definisana kao izvorna zbog njihove pripadnosti pravnom subjektu, što je dijete od samog rođenja. Kada se ona ne bi smatrala izvornim, djetetova opstojnost u fizičkom smislu bila bi dovedena u pitanje, a time i njegov pravni subjektivitet tj. pravna sposobnost. Temeljnim se smatraju jer su pravo na život i pravo na zdravlje pretpostavka ostvarenja svih ostalih prava djeteta. Tako: Hrabar, D., *Pravni status djeteta kao pacijenta*, Dijete i društvo, god. 4., br. 3-4., Zagreb, 2002., str. 402.

19 Čl. 6. st. 2. KPD.

20 Čl. 24. st. 1. KPD. U čl. 24. st. 2. određene su mjere koje države moraju poduzimati u svrhu ostvarenja prava na zdravlje, dok se u st. 3. istog člana normira obaveza država potpisnica na provođenje mjera za otklanjanje tradicionalnih običaja koji štete djetetovom zdravlju. Pod sintagmom „tradicionalni običaji“ tokom izrade Konvencije prvenstveno se mislilo na spolno obrezivanje djevojčica (klitorektomija), ali je umjesto izričitog navođenja tog zahvata upotrijebljena ova uopćena sintagma. Vidjeti detaljnije: Jakovac-Lozić, D., op. cit., str. 139. i 140.

21 Čl. 25. KPD.

22 Čl. 23. KPD.

U ostvarenju prava djeteta na život i zdravlje naročitu važnu ulogu imaju djetetovi roditelji, jer su prvenstveno oni dužni brinuti o očuvanju i poboljšanju njegovog života i zdravlja.²³ S toga iz ovakve obaveze roditelja logično proizilazi i njihovo ovlaštenje da donose odluke o preduzimanju zdravstvenih postupaka koji se tiču djeteta. Pravo djeteta da samo dadne pristanak na zdravstvene tretmane i medicinske eksperimente nije izričito normirano Konvencijom, premda je u toku njene izrade postojala takva intencija.²⁴ Međutim, nema sumnje da je na ovo pitanje moguće primijeniti navedeni „generalni“ princip uvažavanja djetetovog mišljenja.²⁵

Pravo djeteta na izražavanje vlastitog mišljenja normirano je i u Povelji Evropske unije o temeljnim pravima,²⁶ koja poput KPD-a propisuje pravo djece da dobiju brigu i zaštitu koje su nužne za ostvarenje njihove dobrobiti te njihovo pravo na slobodno izražavanje vlastitog mišljenja. Mišljenje djece uzima se u obzir u pitanjima koja se na njih odnose, proporcionalno njihovoj životnoj dobi i zrelosti.²⁷

I međunarodni dokumenti koji se odnose na prava pacijenata sadrže odredbe o pravu djeteta – pacijenta na samoodređenje. U tom pogledu naročitu važnost imaju odredbe Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini s dodatnim protokolima,²⁸ a značajna su i načela proklamovana

23 Ova obaveza potpada pod princip zajedničke odgovornosti oba roditelja za odgoj i razvoj djeteta. U čl. 18. st. 1. KPD propisano je da roditelji tj. staratelji snose najveću odgovornost za djetetov odgoj i razvoj, pri čemu njihova temeljna briga treba biti njegova dobrobit.

24 Van Bueren, G., op. cit., str. 311-312.

25 „Države potpisnice će osigurati djetetu koje je u stanju oblikovati vlastito mišljenje pravo na slobodno izražavanje njegovih stavova o svim stvarima koje se na njega odnose, te ih uvažavati u skladu s dobi i zrelošću djeteta.“ (čl. 12. st. 1. KPD).

26 Povelja Evropske unije o temeljnim pravima (*Charter of Fundamental Rights of the European Union* 2000/c 364/01, u daljem tekstu: Povelja EU).

27 Čl. 24. st. 1. Povelje EU.

28 Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini Vijeća Evrope iz 1997. godine (*The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, u daljem tekstu: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini), jeste prvi međunarodni akt iz ove oblasti obavezujućeg dejstva, kojim se osigurava poštovanje tjelesnog i psihičkog integriteta i drugih temeljnih prava i sloboda u pogledu primjene biologije i medicine. Uz nju su donesena i četiri protokola: Dodatni protokol o zabrani kloniranja ljudskih bića 1998. godine (*Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine on the Prohibition of Cloning Human Beings*), Dodatni protokol u vezi s presađivanjem organa i tkiva ljudskog porijekla 2002. godine (*Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning transplantation of organs and tissues*

Deklaracijom o pravu djeteta na zdravstvenu zaštitu Svjetskog udruženja ljekara.²⁹

Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini garantuje posebnu zaštitu osobama nesposobnim za samostalno iskazivanje pristanka na medicinski zahvat,³⁰ ali u pogledu ovlaštenja maloljetnih osoba na iskazivanje takvog pristanka upućuje na nacionalna prava, prepuštajući državama da ovo pitanje same urede.³¹ Ako prema odredbama nacionalnog prava maloljetna osoba nije ovlaštena samostalno očitovati pristanak na zahvat, Konvencija normira obavezu da se u donošenju odluke o izvođenju zahvata, kao u sve većoj mjeri određujući faktor, u obzir uzme njeno

of human origin), Dodatni protokol u vezi s biomedicinskim istraživanjima 2004. godine (*Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine on Biomedical Research*) i Dodatni protokol o genetskom testiranju u zdravstvene svrhe 2008. godine (*Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Genetic Testing for Health Purposes*). Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini u Bosni i Hercegovini je ratifikovana 15. maja 2007. godine, a stupila je na snagu 1. septembra iste godine. Od svih konvencijskih protokola u Bosni i Hercegovini je ratifikovan samo Treći, dok ostali još nisu ni potpisani.

29 *The World Medical Association (WMA)'s Declaration of Ottawa on the Right of the Child to Health Care*. Ova Deklaracija je donesena 1998. godine, a njeni tvorci su bili inspirisani rješenjima usvojenim u KPD-u. Deklaracija je dopunjena na Generalnoj skuštini WMA u Nju Delhiju 2009. godine (tekst Deklaracije i amandmana na: [http://www.wma.net/en/40news/20archives/1998/1998_06/index.html?print-media-type&footer-right=\[page\]/\[toPage\]](http://www.wma.net/en/40news/20archives/1998/1998_06/index.html?print-media-type&footer-right=[page]/[toPage]) i http://www.wma.net/en/30publications/40background_docs/index.html (31. 1. 2013.).

30 Odredbe o pristanku pacijenta na podvrgavanje medicinskom tretmanu sadržane su u poglavlju II (čl. 5-9.). U čl. 6.1. propisano je da se zahvat na osobi nesposobnoj da na njega sama očituje pristanak može izvršiti isključivo radi njene neposredne koristi. Ako prema odredbama odgovarajućeg nacionalnog zakona maloljetna osoba nije sposobna dati pristanak na zahvat, ovaj se može izvršiti samo uz odobrenje osobe ili tijela ovlaštenih da o tome odluče (čl. 6.2.).

31 U Izvještaju s pojašnjenjima o Konvenciji o ljudskim pravima i biomedicini (*Explanatory Report to The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*), naglašeno je da se pri donošenju Konvencije imaju u vidu razlike u načinu regulacije ovog pitanja u pojedinim evropskim zemljama i da njen cilj nije uspostava jednoobraznog sistema za čitavu Evropu, nego osiguranje zaštite onim osobama koje nisu sposobne iskazati pristanak na zahvat. Zbog toga je opravdano što se u čl. 6.2. Konvencija referiše na nacionalna prava, jer je na pravnom sistemu svake države da utvrdi adekvatan kriterij za sposobnost iskazivanja pristanka, vodeći pritom računa da se osoba liši prava na samoodređenje samo kad je to nužno radi zaštite njenog najboljeg interesa (§ 42 Izvještaja s pojašnjenjima)

mišljenje, proporcionalno njenom uzrastu i stepenu zrelosti.³² Konvencija uređuje i pitanje pristanka na podvrgavanje naučnim istraživanjima i eksperimentima te dopušta izvođenje svakog takvog postupka na osobi koja je nesposobna sama očitovati pristanak, samo pod uslovom da mu se one ne protivi.³³

I Deklaracija o pravu djeteta na zdravstvenu zaštitu uzima dob i zrelost djeteta kao kriterij za uvažavanje njegove volje prilikom odlučivanja da ono bude podvrgnuto bilo kojoj vrsti zdravstvenog ili istraživačkog postupka.³⁴

3. Komparativno pravo

Pitanje prava djeteta – pacijenta na samoodređenje u komparativnom pravu nije uređeno na potpuno jednak način. U većini zemalja djeci je u manjem ili većem obimu priznato ovlaštenje da očituju pristanak na zahvat kojem trebaju biti podvrgnuti, ali postoje i zemlje u kojima djecu u takvim slučajevima zastupaju njihovi roditelji, odnosno staratelji.

U zakonodavstvima onih zemalja koja uvažavaju pravo djeteta – pacijenta na samoodređenje, kao vodeći kriterij za priznanje tog prava uzimaju se uzrast i zrelost djeteta. Među rješenjima pojedinih zakonodavstava iz ove grupe ipak postoje određene razlike. One se manifestuju u visini normiranog uzrasta i obimu uvažavanja djetetove volje i mišljenja. U nekim zemljama dijete određenog uzrasta i stepena zrelosti je ovlašteno samostalno donijeti odluku o zahvatu, a u drugim je ovlašteno na suodlučivanje s roditeljima. U određenim slučajevima stav djeteta starijeg uzrasta prevladava nad stavom njegovih roditelja.

Među evropske zemlje koje djetetu – pacijentu ne priznaju pravo na samoodređenje spadaju Grčka, Slovačka, Kipar i Hrvatska (3.1.), dok

32 Čl. 6.2. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini. Prema navodima iz Izvještaja s pojašnjenjima o Konvenciji, ovakvo rješenje je u skladu s tendencijom očuvanja autonomije čovjeka u pogledu postupaka vezanih za njegovo zdravlje, pa se tumačenjem čl. 6.2. može zaključiti da bi „u pojedinim situacijama, shodno prirodi i ozbiljnosti intervencije te maloljetnikovom uzrastu i sposobnosti da razumije datu situaciju, njegovo mišljenje trebalo imati sve veću težinu u konačnoj odluci. To čak vodi ka zaključku da je saglasnost maloljetnika u pojedinim zahvatima nužna ili u najmanju ruku dovoljna.“ (§ 45 Izvještaja s pojašnjenjima).

33 Čl. 17.1.v. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini.

34 Načelo 3. t. j. Deklaracije. U ovoj odredbi je upotrijebljen pojam „*competent child*“, pod kojim se u nacionalnim pravima redovno podrazumijeva dijete određenog uzrasta, odnosno psiho-tjelesne i intelektualne zrelosti.

u suprotnu grupu spadaju, između ostalih, Austrija, Holandija, Španija, Danska, Portugal, Češka, Engleska, Slovenija i Srbija. (3.2.).³⁵

3.1.

Grčko zakonodavstvo normira pravo svakog pacijenta da dadne ili odbije dati pristanak na bilo kakav dijagnostički ili terapijski zahvat koji bi na njemu trebao biti izveden.³⁶ Kad je u pitanju maloljetni pacijent, a maloljetnim se u Grčkoj smatraju osobe mlađe od 18 godina, onda postoji obaveza ljekara da za to traži pristanak njegovog zakonskog zastupnika, u skladu s odredbama Građanskog i Krivičnog zakonika.³⁷ Mišljenje maloljetnika o podvrgavanju zahvatu uvažava se samo ako ljekar smatra da je on, s obzirom na uzrast te psihičku i emocionalnu zrelost, sposoban shvatiti svoje zdravstveno stanje, prirodu i svrhu zahvata, kao i njegove moguće rizike i posljedice.³⁸ Izuzetno, stariji maloljetnik ovlašten je sam izraziti pristanak, ali se pritom može zahtijevati i očitovanje njegovih roditelja. Ljekar ima obavezu da procijeni situaciju i ocijeni je li u konkretnom slučaju uz pristanak maloljetnika nužna i saglasnost roditelja. U slučajevima kada roditelji odbiju dati pristanak na zahvat, a intervencija je neophodna radi spašavanja života njihovog djeteta i ne trpi odlaganje, ljekar je ovlašten djelovati po vlastitom nahođenju i preduzeti zahvat bez njihovog pristanka. Također je ovlašten zahtijevati da odluku o tome donese sud.³⁹

35 Ova podjela mogla bi se okarakterisati kao uslovna i orjentaciona, budući da je veoma teško povući preciznu liniju razdvajanja među dvjema navedenim grupama. Naredni prikaz zakonskih rješenja zemalja svrstanih u grupu onih koje djeci – pacijentima ne priznaju pravo na samoodređenje pokazaće da ni takva rješenja nisu potpuno striktna. Ona su modificirana normiranjem mogućnosti uključivanja djeteta u postupak donošenja odluke o izvođenju zahvata, u skladu s njegovim uzrastom i psihičkom i emocionalnom zrelošću. Ako ova mogućnost i nije izričito predviđena odredbama pojedinih nacionalnih zakona kojima je regulisano pitanje pristanka obaviještenog pacijenta, onda se u tim zemljama ona primjenjuje na osnovu odredaba KPD-a i Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini.

36 Čl. 47.3. Zakona br. 2071/1992. i čl. 12. Zakona br. 3418/2005.

37 Shodno odredbama Građanskog zakonika, saglasnost moraju dati oba roditelja. Ako među njima postoji konflikt, rješava ga sud. U slučaju sukoba interesa između roditelja i njihovog djeteta, imenuje se poseban staratelj. Prema: Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., *Minors and Informed Consent: A Comparative Approach*, European Journal of Health Law 14 (2007), str. 28.

38 Čl. 12.2. Zakona br. 3418/2005.

39 Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., op. cit., str. 27. i 28.; *Patient Rights in the EU, Greece*, http://europatientrights.eu/countries/ratified/greece/greece_right_to_informed_consent.html (1. 2. 2013.).

U **Slovačkoj** se pravo pacijenta na iskazivanje pristanka zasnovanog na obavještenju smatra jednim od temeljnih prava pacijenata. Za pacijenta nesposobnog da sam očituje takav pristanak izjašnjava se njegov zakonski zastupnik, koji mora biti prethodno obaviješten o svim relevantnim okolnostima vezanim za planirani zahvat. Prema slovačkom pravu, maloljetni pacijenti (osobe mlađe od 18 godina), nemaju ovlaštenje na samostalno iskazivanje pristanka na medicinski zahvat. Njihovo pravo na samoodređenje manifestuje se jedino u vidu mogućnosti učestvovanja u procesu donošenja odluke o zahvatu, u obimu u kojoj im to dopuštaju njihove tjelesne i psihičke sposobnosti.⁴⁰ U slučaju da zakonski zastupnik maloljetnog pacijenta odbije dati pristanak na izvođenje zahvata, ljekar odnosno zdravstvena ustanova mogu se tim povodom obratiti sudu.⁴¹

Pravo djeteta – pacijenta na samoodređenje nije normirano ni u **kiparskom** zakonodavstvu. Ovlaštenje na donošenje odluke i iskazivanje pristanka na zahvat pripada roditeljima, odnosno staratelju djeteta.⁴² Uvažavanje mišljenja i volje djeteta u pogledu podvrgavanja zahvatu uređeno je u skladu s odredbama Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini – njegovo mišljenje se uzima u obzir kao u sve većoj mjeri određujući faktor, proporcionalno njegovom uzrastu i stepenu zrelosti.⁴³ Ako zakonski zastupnik djeteta odbija dati pristanak, slučaj se rješava pred sudom, sem kada je u pitanju hitna medicinska intervencija. U takvoj situaciji ljekar je ovlašten postupiti u skladu s najboljim interesom maloljetnog pacijenta, što znači da može preduzeti zahvat uprkos protivljenju njegovog zakonskog zastupnika.⁴⁴ U relevantnom zakonodavstvu Kipra ne postoje odredbe kojima je normiran način rješavanja konflikta mišljenja između djeteta i njegovih roditelja u pogledu preduzimanja medicinske intervencije. U takvim slučajevima primjenjuje se generalno pravilo prema kojem roditelji imaju pravo dati

40 Čl. 6.5. Zakona br. 576/2004.

41 Čl. 6.6. Zakona br. 576/2004.; Detaljnije: Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., op. cit., str. 35. i 36.; *Patient Rights in the EU, Slovakia*, http://europatientrights.eu/countries/ratified/slovakia/slovakia_right_to_informed_consent.html (1. 2. 2013.).

42 Čl. 13(3). Zakona o zaštiti prava pacijenata iz 2004. godine. Zakon je stupio na snagu 2005. godine (*The Safeguarding and Protection of the Patients' Right Law 2004*).

43 Čl. 13(2). i 13(3). Zakona o zaštiti prava pacijenata.

44 Čl. 13(4). Zakona o zaštiti prava pacijenata; Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., op. cit., str. 23. i 24.; *Patient Rights in the EU, Cyprus*, http://europatientrights.eu/countries/ratified/cyprus/cyprus_right_to_informed_consent.html (1. 2. 2013.).

ili odbiti dati saglasnost na intervenciju, bez obzira na volju njihovog djeteta.⁴⁵

I **Hrvatska** spada među zemlje u kojima maloljetnim pacijentima nije priznato pravo da samostalno iskažu pristanak na podvrgavanje zdravstvenom postupku. Za njih saglasnost daju njihovi zakonski zastupnici.⁴⁶ Ako je to u interesu maloljetnog pacijenta, roditelj ili staratelj može u bilo koje vrijeme povući datu saglasnost, potpisivanjem izjave o odbijanju određenog dijagnostičkog ili terapijskog postupka.⁴⁷ Desi li se da su interesi maloljetnika i njegovog zakonskog zastupnika međusobno suprotstavljeni, zdravstveni radnik je dužan odmah o tome obavijestiti nadležni organ starateljstva.⁴⁸ ⁴⁹ Zakonom je regulisana mogućnost preduzimanja zdravstvenog postupka i bez pristanka zakonskog zastupnika maloljetnika, kada se zbog hitnosti situacije ovaj pristanak ne može

45 Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., *Patient rights in the EU, Cyprus*, European Ethical – Legal Papers, No 10, Leuven 2007., str. 16.

46 Čl. 17. st. 1. Zakona o zaštiti prava pacijenata iz 2004. godine. Ovo ovlaštenje roditelja maloljetnog pacijenta također proizilazi iz odredaba porodičnog prava. Obiteljski zakon Hrvatske iz 2003. godine djetetu garantuje pravo na staranje o životu i zdravlju (čl. 87. st. 1.), i istovremeno propisuje obavezu roditelja da se staraju o životu i zdravlju svog djeteta i omoguće mu korištenje mjera za unapređenje, čuvanje i vraćanje zdravlja, u skladu s propisima iz područja zdravstva i zahtjevima medicinske znanosti (čl. 92. st. 1.). Budući da se poslovna sposobnost u hrvatskom pravu redovno stječe nastupom punoljetnosti, u 18. godini života, a izuzetno u 16. godini, roditelji su ovlašteni zastupati svoje dijete i za njega sklapati pravne poslove sve dok ono ne stekne poslovnu sposobnost (čl. 98. st. 1. i čl. 120. st. 1-3. Obiteljskog zakona). Shodno tome, roditelji odlučuju o podvrgavanju djeteta zdravstvenom postupku i izjašnjavaju se o njemu u djetetovo ime. Detaljnije o pravima i obavezama roditelja u vezi s ostvarenjem prava djeteta na zdravlje, normiranim odredbama Obiteljskog zakona, vidjeti: Hrabar D., op. cit., str. 403. i 404.

47 Čl. 17. st. 2. Zakona o zaštiti prava pacijenata.

48 Čl. 17. st. 3. Zakona o zaštiti prava pacijenata.

49 U Splitu je krajem 2004. godine zabilježen slučaj intervencije nadležnih državnih organa radi zaštite interesa djeteta, čiji su roditelji odlučili prekinuti njegovo liječenje. Radilo se o djevojčici oboljeloj od akutne limfoblastične leukemije, koju su roditelji odveli iz bolnice prekidajući započetu terapiju, mada su znali da ona bez njenog potpunog provođenja ima svega 1-2% šansi za preživljavanje. Kao razlog za tu odluku roditelji su naveli religiju, odnosno Božji glas koji je majci rekao da tako postupi. U slučaj se umiješala pravobraniteljica za djecu, istakavši kako ne može biti prepušteno isključivo roditeljima, upoznatim s argumentovanim stavovima ljekara i medicinskim indikacijama o mogućim zdravstvenim rizicima planiranog zahvata, da odluče uskratiti pristanak na podvrgavanje djeteta tom zahvatu. Djeca su titulari prava koja im pripadaju bez ikakvih ograničenja, a ona pokrivaju sva područja životnih odnosa. Odrasle osobe, odnosno roditelji imaju odgovornost pomoći djeci u njihovom ostvarenju. Prema: Jakovac-Lozić D., op. cit., str. 157.

pribaviti, a maloljetnikov život i zdravlje bili bi ugroženi neizvođenjem tog postupka.⁵⁰

U hrvatskoj pravnoj teoriji se raspravlja o pitanju treba li djetetu – pacijentu priznati sposobnost donošenja samostalnih odluka u pogledu izvođenja medicinskih zahvata ili pak sposobnost suodlučivanja zajedno s njegovim roditeljima. Teoretičari zaključuju kako iz tumačenja važećih odredaba Zakona o zaštiti prava pacijenata, kojima je normirano pravo na suodlučivanje,⁵¹ proizilazi da dijete ima pravo na suodlučivanje, ali samo u onom elementu koji se odnosi na pravo na obaviještenost o preporučenim zahvatima, dok je uskraćeno u drugom elementu tog prava – pravu na iskazivanje pristanka na zahvat, odnosno njegovo odbijanje.⁵² Ovakvo rješenje smatra se neadekvatnim, te se ukazuje na njegovu neusklađenost s čl. 12. KPD i čl. 89. st. 5. Obiteljskog zakona, koji uređuje pravo djeteta na izražavanje mišljenja i obavezu uvažavanja tog mišljenja u skladu s njegovim uzrastom i zrelošću, u postupcima u kojima se odlučuje o nekom djetetovom pravu i interesu.⁵³ ⁵⁴ Doktrina ukazuje na nužnost promjene relevantnih zakonskih odredaba, u cilju priznanja djetetu aktivnije uloge u donošenju odluka vezanih za njegovo zdravlje te naglašava da bi najprihvatljiviji kriterij za priznanje prava na samoodređenje djeteta pacijenta trebao biti objektivno-subjektivni: uzrast i zrelost djeteta. Pritom je neophodno uvažavanje autonomije volje djeteta uskladiti s načelom zaštite njegovog najboljeg interesa, kako bi se postigla ravnoteža između poštovanja prava djeteta na samoodređenje i poštovanja najvišeg pravnog načela u postupanju s djetetom – zaštite dobrobiti djeteta.⁵⁵

50 Postupak se može provoditi bez njegovog pristanka samo dok traje opasnost po život i zdravlje maloljetnika (čl. 18. Zakona o zaštiti prava pacijenata).

51 Pod pravom na suodlučivanje u ovom zakonu se podrazumijeva pravo pacijenta na obaviještenost i pravo na prihvaćanje ili odbijanje pojedinog dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka (čl. 6.).

52 Čulo A., *Pravo djeteta pacijenta na informirani pristanak*, u: Rešetar B. (ur.), *Dijete i pravo*, Osijek, 2009., str. 142. i 145.

53 Turković K., *Pravo na odbijanje medicinskog tretmana u Republici Hrvatskoj*, *Medicina*, Vol. 44, br. 2, 2008., str. 166.; id., *Informirani pristanak i pravo na odbijanje tretmana u RH*, str. 10., www.pravo.unizg.hr/_download/repository/NN_Pristanak-Turkovic.doc (1. 2. 2013.); Čulo A., op. cit., str. 148. i 156.; Hrabar D., op. cit., str. 412. i 413.

54 Prema stavu u doktrini, pod ove odredbe Obiteljskog zakona nesumnjivo spadaju i slučajevi odlučivanja o preduzimanju medicinskih zahvata. Vidjeti detaljnije: Turković K., *Informirani pristanak i pravo na odbijanje tretmana u RH*, str. 10.

55 Čulo A., op. cit., str. 156. i 157.; Hrabar D., op. cit., str. 413.; Jakovac-Lozić, D., op. cit., str. 152., 153., 156-165.

3.2.

Austrija ulazi u grupu onih država koje djetetu – pacijentu priznaju pravo na samoodređenje u određenom obimu. Pritom se kao kriterij uzima sposobnost za rasuđivanje, odnosno uračunljivost djeteta. Pretpostavka uračunljivosti važi za djecu stariju od 14 godina.⁵⁶ Uračunljivim maloljetnicima priznato je ovlaštenje da samostalno odobre medicinski zahvat kojem bi trebali biti podvrgnuti, a ako im nedostaje uračunljivost, pristanak na zahvat daje osoba kojoj su povjereni briga o maloljetniku i njegov odgoj.⁵⁷ U slučaju da je takav zahvat uobičajeno povezan s rizikom nastupanja težeg ili trajnog oštećenja tjelesnog ili psihičkog integriteta, onda on može biti preduzet samo ako se pored djeteta s njim saglasi i ova osoba.⁵⁸ Uz navedeno, pravo na samoodređenje maloljetnog pacijenta manifestuje se i kroz ovlaštenje maloljetnice koja je navršila 14 godina da bez saglasnosti zakonskog zastupnika podnese zahtjev za prekid trudnoće.⁵⁹

Holandija spada među zemlje koje su načinile pionirske korake u promociji prava pacijenata.⁶⁰ U korpusu ovih prava posebno mjesto posvećeno je pravima maloljetnih pacijenata.⁶¹ Osnovni kriterij za

56 Hopf G. – Weitzenböck J., *Schwerpunkte des des Kindschaftrechts – Änderungsgesetzes 2001*, Österreichische Juristen-Zeitung 14-15/2001, str. 531. i 532.

57 § 146c. Abs. 1. ABGB. (*Das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001*, BGBl I 2000/135.).

58 § 146c. Abs. 2. ABGB. U judikaturi je već raspravljano o pitanju odnosi li se navedena odredba na preduzimanje određenih medicinskih zahvata, poput estetskih operacija i drugih sličnih postupaka – tetoviranja i *piercinga*, koji su među mladima danas jako popularni. Prema tumačenju, trajno oštećenje tjelesnog integriteta postoji ako se posljedice izvedenog zahvata naknadno nikako ne mogu, ili mogu tek izuzetno teško otkloniti. Budući da podvrgavanje estetskim operacijama, tetoviranje i *piercing* proizvode upravo ovakva dejstva, to maloljetne osobe starije od 14 godina trebaju saglasnost zakonskih zastupnika za njihovo izvođenje. Prema: Hopf G. – Weitzenböck J., op. cit., str. 533.

59 Vidjeti detaljnije: Fischer-Czermak C., *Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftrecht Änderungsgesetzes 2001*, Österreichische Juristen-Zeitung 8/2002, str. 298.

60 Prava pacijenata sankcionisana su Zakonom o ugovoru o medicinskoj usluzi iz 1994. godine (*The Medical Treatment Contracts Act*), koji je postao sastavni dio Građanskog zakonika Holandije, a zbog svoje kvalitete poslužio je kao normativni model za zakone o pravima pacijenata u nekoliko evropskih zemalja, među ostalim Litvaniji i Estoniji.

61 Prema važećem konceptu u holandskom zakonodavstvu, djeca su titulari ustavnih prava. Roditeljska vlast primarno je usmjerena na zaštitu interesa djeteta i njome ne smiju biti ugrožena djetetova ustavna prava. S druge strane, postoji interakcija između roditeljske vlasti i autonomnosti maloljetnika. Što maloljetnik više odrasta i postaje zreliji, to roditeljska vlast ima sve manji značaj. Vidjeti: *Patient Rights in*

priznanje prava djeteta – pacijenta na samoodređenje u holandskom pravu je uzrast, a u pojedinim situacijama supsidijarno i djetetova zrelost tj. sposobnost za rasuđivanje. Maloljetne osobe starije od 16 godina ovlaštene su samostalno odlučivati o podvrgavanju zdravstvenom postupku. Za maloljetnike u dobi između 12 i 16 godina kumulativno se traži njihov pristanak i pristanak njihovih roditelja, odnosno staratelja. U slučaju da roditelji tj. staratelj odbiju dati pristanak, a u pitanju je zahvat potreban za otklanjanje ozbiljne opasnosti za maloljetnikovo zdravlje, biće dovoljan samo pristanak maloljetnika ovog uzrasta, pod uslovom da je sposoban pravilno procijeniti vlastite interese.⁶² Za djecu mlađu od 12 godina pristanak daju njihovi zakonski zastupnici, ali bi ona na adekvatan način također trebala biti informisana o prirodi i svrsi predloženog zahvata. Ako se zakonski zastupnik ne želi saglasiti sa zahvatom koji je nužan radi sprječavanja opasnosti za djetetov život i zdravlje, odluku će donijeti sud.⁶³

U **španskom** pravu se emancipirani maloljetnici⁶⁴ i maloljetnici stariji od 16 godina smatraju sposobnim dati pristanak na zahvat.⁶⁵ Ipak, u slučajevima medicinskih intervencija koje su prema procjeni ljekara praćene ozbiljnim rizicima, roditelji ovih maloljetnika moraju biti o njima obaviješteni i njihovo mišljenje se mora uzeti u obzir pri donošenju odluke.⁶⁶ Uz ovaj izuzetak, Zakon o pravima pacijenata normira

the EU, Netherlands,

http://europatientrights.eu/countries/signed/netherlands/netherlands_right_to_informed_consent_minors.html (1. 2. 2013.).

- 62 Ovi maloljetnici ovlašteni su usprotiviti se prisustvu njihovog zakonskog zastupnika postupku izvođenja zahvata. Detaljnije: *Patient Rights in the EU, Netherlands*, op. cit.
- 63 *Patient Rights in the EU, Netherlands*, op. cit.; Čulo A., op. cit., str. 151.; Jakovac-Lozić D., op. cit., str. 179. i 180.
- 64 Emancipacija je prema odredbama španskog Građanskog zakonika moguća u dobi od 16 godina (čl. 314-324.).
- 65 Čl. 9. 3. c. Zakona o pravima pacijenata iz 2002. godine (Temeljni zakon br. 41/2002). Prema stavovima u španskoj doktrini, iz tumačenja navedenog člana proizilazi da se može uzeti kao valjano i očitovanje maloljetnika mlađih od 16 godina koji posjeduju intelektualnu i emocionalnu zrelost da razumiju prirodu, cilj i posljedice planiranog zahvata. Vidjeti: Pérez-Cárceles M. et. al., *Primary care confidentiality for Spanish adolescents: fact or fiction?*, *Journal of Medical Ethics* 2006, No 32., str. 332., prema: Defloor S.; Nys H.; Dierickx K.; Goffin T., *Patient rights in the EU, Spain*, *European Ethical – Legal Papers*, No 15, Leuven 2008., str. 17. i 18.
- 66 Istraživanja pokazuju da u praksi 20% ljekara obavještava i uključuje roditelje ovih maloljetnika u postupak odlučivanja o izvođenju zahvata, i onda kad nisu u pitanju zahvati praćeni ozbiljnim rizicima, odnosno onda kad po zakonu nisu na to ovlašteni. Pérez-Cárceles M. et. al., op. cit., str. 329., prema: Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., op. cit., str. 38.

i izuzetak vezan za preduzimanje pojedinih medicinskih postupaka normiranih posebnim zakonima: za izvođenje medicinski neindiciranog prekida trudnoće, kliničkih ispitivanja i medicinski pomognute oplodnje neophodan je pristanak punoljetne osobe. Isto pravilo se odnosi na izjavu volje pacijenta o načinu njegovog liječenja u slučaju da se on uslijed bolesti ili nesposobnosti za rasuđivanje ne bude mogao o tome izjasniti (tzv. *advance directive*).⁶⁷ Ako je maloljetnik stariji od 16 godina intelektualno ili emocionalno nesposoban razumjeti prirodu zahvata, saglasnost daje njegov zakonski zastupnik, nakon što se i maloljetnik o tome izjasni.⁶⁸ Maloljetnik stariji od 12 godina uvijek se mora saslušati pri donošenju odluke o zahvatu.⁶⁹

I u **Danskoj** je pravo djeteta na pristanak zasnovan na obavještenju uređeno prema objektivnom kriteriju, dok se subjektivni javlja kao supsidijaran.⁷⁰ Maloljetne osobe koje su dostigle životnu dob od 15 godina smatraju se sposobnima iskazati takav pristanak, a njihovi roditelji moraju biti informisani i uključeni u postupak odlučivanja.⁷¹ Ako ljekar smatra da je ovakav maloljetnik nesposoban shvatiti posljedice odluke koju bi samostalno donio, na iskazivanje pristanka umjesto njega ovlašteni su njegovi roditelji.⁷² On mora biti informisan i uključen u razgovore o njegovom zdravstvenom stanju i tretmanu koji se preduzima, u onoj mjeri u kojoj mu to dopušta psiho-tjelesno stanje, odnosno u kojoj mu to neće škoditi. Ljekar treba obratiti posebnu pažnju na relevantne informacije koje dobije od maloljetnog pacijenta.⁷³ Za djecu mlađu od 15 godina uvijek je neophodan pristanak njihovih roditelja.⁷⁴ I u ovim slučajevima

67 Čl. 9. 4. i čl. 11. 1. Zakona o pravima pacijenata. Detaljnije vidjeti: Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., op. cit., str. 38.

68 Čl. 9. 3. c. Zakona o pravima pacijenata.

69 Čl. 9. 3. c. Zakona o pravima pacijenata.; Detaljnije o tome: *Patient Rights in the EU, Spain*, http://europatientrights.eu/countries/ratified/spain/spain_right_to_informed_consent.html (1. 2. 2013.).

70 Ovo pitanje normirano je Zakonom o zdravlju iz 2005. godine (*Health Act – Law No. 546*), koji je stupio na snagu 1. januara 2007. godine. Njime je obuhvaćeno više zakona, kojima su dotad regulisana prava pacijenata – generalno, kao i u posebnim medicinskim postupcima – pobačaju, transplantaciji organa i tkiva, medicinski pomognutoj oplodnji itd.

71 § 17 (1) Zakona o zdravlju.

72 § 17 (2) Zakona o zdravlju.

73 § 20 Zakona o zdravlju. Detaljnije: Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., op. cit., str. 26.

74 § 20 Zakona o zdravlju.

dijete, koliko je to moguće, mora biti obaviješteno i uključeno u donošenje odluke.⁷⁵

Prema odredbama **portugalskog** zakonodavstva,⁷⁶ maloljetne osobe starije od 14 godina ovlaštene su očitovati pristanak na medicinsku intervenciju ako su sposobne u potpunosti razumjeti njenu prirodu i posljedice.⁷⁷ Ako nisu, u njihovo ime će se izjasniti njihovi zakonski zastupnici. Oni to moraju učiniti isključivo u skladu s najboljim interesom maloljetnika. Za djecu mlađu od 14 godina pristanak uvijek daju njihovi roditelji, odnosno staratelji, ali se pritom mora uzeti u obzir i djetetov stav.⁷⁸

Češko pravo⁷⁹ ne propisuje fiksnu dob za stjecanje „medicinske punoljetnosti“, već se takva procjena vrši od slučaja do slučaja. Pritom se ima u vidu kako maloljetnikova zrelost, tako i karakter, odnosno složenost planiranog zahvata.⁸⁰ Ona se u praksi vezuje za maloljetnike u dobi između 15. i 18. godine, budući da se punoljetnost i potpuna poslovna sposobnost stječu u 18. godini.⁸¹ Ako se ustanovi da maloljetnik u određenom slučaju

75 *Patient Rights in the EU, Denmark*,

http://europatientrights.eu/countries/ratified/denmark/denmark_right_to_informed_consent.html (1. 2. 2013.).

76 Pojedine odredbe o pravima pacijenata nalaze se u Temeljnem zakonu o zdravlju br. 48/90 iz 1990. godine, ali su njegova rješenja prilično uopćena i nedovoljno precizna. Prava pacijenata također su regulisana i u odredbama nekoliko drugih zakona vezanih za zaštitu duševnih bolesnika, genetska istraživanja, medicinski pomognutu oplodnju itd. Prema stavu portugalske doktrine, bilo bi poželjno u portugalskom pravnom sistemu imati poseban akt kojim bi u potpunosti bila uređena prava pacijenata, na način kako je to učinjeno u Španiji, Holandiji, Belgiji itd. Vidjeti: Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., op. cit., str. 33-35.

77 Ovo ovlaštenje maloljetnika starijih od 14 godina proizilazi iz odredaba Krivičnog zakonika Portugala (čl. 38. 3.).

78 Ovlaštenje roditelja da zastupaju svoju djecu u pravnim odnosima vezanim za njihovo zdravlje proizilazi iz odredaba portugalskog Građanskog zakonika (čl. 1878. st. 2.). Detaljnije o tome: Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., op. cit., str. 34.; *Patient Rights in the EU, Portugal*, http://europatientrights.eu/countries/ratified/portugal/portugal_right_to_informed_consent.html (1. 2. 2013.).

79 Prava pacijenata u Češkoj normirana su Zakonom o zdravstvenoj zaštiti br. 20/1966. iz 1966. godine.

80 Vidjeti detaljnije: Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., op. cit., str. 24. i 25.

81 U jednom slučaju ombudsman je razmatrao pitanje obaveze roditelja da dijete podvrgnu imunizaciji putem redovne vakcinacije, i zaključio da su roditelji djeteta mlađeg od 15 godina odgovorni za izvršenje ove obaveze. Prema stavovima doktrine, iz tumačenja navedene odluke proizilazi da su maloljetne osobe u dobi između 15 i 18 godina ovlaštene samostalno donijeti odluku o podvrgavanju vakcinaciji. Vidjeti: Stultiëns L.; Goffin T.; Borry P.; Dierickx K.; Nys H., op. cit., str. 24. i 25.

nije sposoban dati pristanak na zahvat, to će učiniti njegovi roditelji odnosno staratelj. U takvim situacijama, shodno odredbama Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini koja se u Češkoj neposredno primjenjuje, mišljenje maloljetnika bi se trebalo uzeti u obzir kao u sve većoj mjeri određujući faktor, srazmjerno njegovoj dobi i stepenu zrelosti. Dogodi li se da se zakonski zastupnik odbije saglasiti s izvođenjem zahvata koji je nužan za spašavanje djetetovog života i zdravlja, ljekar može izvesti zahvat i bez te saglasnosti.⁸²

U **engleskom** pravu pristanak na medicinski tretman maloljetnika starijeg od 16 godina postiže jednak pravni učinak kao da ga je očitovala punoljetna osoba, tako da u slučaju kada on iskazuje valjani pristanak, saglasnost njegovih roditelja ili staratelja nije potrebna.^{83 84} Ako maloljetnik, sposoban očitovati pristanak na zahvat, odbije taj zahvat, zakonski zastupnik zadržava pravo da svojim pristankom nadomjesti njegov. Kada saglasnost uskrate i dijete i zakonski zastupnik, odluku će donijeti sud u skladu s najboljim interesom djeteta. Štiteći taj interes, sud može ići nauštrb prava djeteta – pacijenta na samoodređenje, odnosno odlučiti da dijete bude podvrgnuto liječenju mada ono to odbija.⁸⁵ Maloljetna osoba mlađa od te dobi može samostalno dati pristanak na zahvat ako je sposobna shvatiti značaj očitovanja volje te prirodu i posljedice namjeravanog zahvata.⁸⁶

82 *Patient Rights in the EU, Czech Republic*, http://europatientrights.eu/countries/ratified/czech_republic/czech_republic_right_to_informed_consent.html (1. 2. 3012.).

83 Ovo pitanje normira *Family Law Reform Act* iz 1969. godine (Section 8.1.).

84 Premda pristanak zakonskog zastupnika nije potreban, bez obzira na karakter i ozbiljnost zahvata, poželjno je da on bude uključen u donošenje odluke. Također, nema utjecaja ni njegovo protivljenje zahvatu na koji je maloljetnik pristao, ali se u tom slučaju u donošenje odluke može umiješati sud. Detaljnije: Čulo A., op. cit., str. 148. i 149.

85 Naprimjer, sud je takvu odluku donio u slučaju 16-godišnje anoreksične djevojke (*Re W (A Minor) (Medical Treatment: Court's Jurisdiction [1992] 3 WLR 758*), obrazlažući je argumentom da pravo na pristanak ne obuhvata pravo na odbijanje pristanka. Budući da je maloljetnica odbijala liječenje, uprkos opasnosti za njen život, njena volja mogla se zanemariti bez obzira na njenu kompetentnost da samostalno donese odluku. Više o ovom slučaju vidjeti na: http://www.familieslink.co.uk/pages/law_gillick_competence.htm (1. 2. 2013.).

86 U pitanju je tzv. „*Gillick competent child*“, odnosno „Gillick-sposobnost“ ustanovljena u odluci Doma lordova povodom sada čuvenog slučaja *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area HA (1985) F.L.R. 736, CA*. U ovom slučaju je raspravljano o pitanju prava maloljetnica mlađih od 16 godina na dobijanje savjeta o kontracepciji ili kontracepcijskog tretmana bez saglasnosti njihovih roditelja. Dom lordova je zauzeo stav, da pravo roditelja na odlučivanje o podvrgavanju medicinskom tretmanu njihovog djeteta mlađeg od 16 godina, ustupa pred djetetom koje je

Pravo djeteta – pacijenta na samoodređenje u zakonodavstvu Slovenije uređeno je prema objektivno-subjektivnom kriteriju.⁸⁷ Za djecu stariju od 15 godina vrijedi presumpcija da su sposobna samostalno očitovati pristanak na zahvat, dok se za djecu mlađu od ovog uzrasta pretpostavlja da za to nisu sposobna. Međutim, obje presumpcije su oborive, tj. ljekar u svakom pojedinom slučaju, na osnovu procjene djetetove zrelosti, može izvesti suprotan zaključak. Pri toj procjeni on je načelno dužan konsultovati se s djetetovim roditeljima, odnosno starateljem.⁸⁸ Kada su roditelji ovlašteni na davanje pristanka u ime svog djeteta, taj pristanak u pravilu moraju dati sporazumno.⁸⁹ Za izvođenje operativnog ili drugog medicinskog zahvata praćenog velikim rizikom i mogućim trajnim posljedicama za djetetovo zdravlje, neophodna je saglasnost oba roditelja.⁹⁰ Ako se roditelji nisu u stanju dogovoriti u pogledu odluke o izvođenju ovakvog zahvata, mogu predložiti da im u tome pomogne organ nadležan prema odredbama porodičnog zakonodavstva.⁹¹ Pravo na samoodređenje djeteta koje nije ovlašteno samostalno donijeti odluku o podvrgavanju zahvatu manifestuje se u vidu obaveze ljekara i njegovih roditelja, odnosno staratelja da uvažavaju njegovo mišljenje, ako ga je sposobno izraziti i ako shvata njegovu važnost i posljedice.⁹² Uprkos protivljenju zakonskog zastupnika djeteta, nad djetetom je moguće izvesti hitne medicinske zahvate.⁹³

dostiglo zadovoljavajući nivo zrelosti i sposobnosti da razumije prirodu i posljedice predloženog zahvata i o tome samo donese odluku. Detaljnije o slučaju i njegovom utjecaju na pitanje prava djeteta – pacijenta na samoodređenje u pravu Engleske i Velsa vidjeti: Bainham Andrew, op. cit., str. 241-281.

87 Prava pacijenata uređuje *Zakon o pacijentovih pravicah* iz 2008. godine.

88 Čl. 35. st. 1. i 2. Zakona o pacijentovih pravicah.

89 Čl. 35. st. 3. Zakona o pacijentovih pravicah.

90 Izuzetno će biti dovoljan pristanak samo jednog roditelja u slučaju da je: drugi roditelj nepoznat ili se ne zna njegovo boravište; lišen roditeljskog prava; odsutan, pa se ne može čekati na njegovo očitovanje; ne ispunjava uslove potrebne za valjano očitovanje pristanka pacijenta (čl. 35. st. 4. Zakona o pacijentovih pravicah).

91 Čl. 35. st. 6. Zakona o pacijentovih pravicah. Kad su u pitanju jednostavniji zahvati koji nisu praćeni velikim rizikom za zdravlje djeteta, dovoljna je saglasnost roditelja koji je prisutan činu davanja pristanka. Ako su prisutna oba roditelja, a međusobno nisu saglasna, ljekar može izvršiti zahvat uz saglasnost ljekarskog konzilija, shodno najboljem interesu djeteta. Ako nije moguće da pribavi takvu saglasnost, onda to može učiniti na osnovu saglasnosti drugog ljekara koji dotad nije bio uključen u postupak liječenja. Odluku o pristanku potpisuje roditelj koji je saglasan s izvođenjem zahvata te članovi konzilija, odnosno drugi ljekar (čl. 35. st. 7.).

92 Čl. 35. st. 8. Zakona o pacijentovih pravicah.

93 Čl. 36. Zakona o pacijentovih pravicah. Detaljnije o pravu djeteta – pacijenta u slovenačkom pravu vidjeti: Žnidaršič Skubic V., *Patient rights in the EU, Slovenia*, European Ethical – Legal Papers, No 16, Leuven 2008., str. 25-28.; *Patient Rights in the EU, Slovenia*, http://europatientrights.eu/countries/ratified/slovenia/slovenia_right_to_informed_consent.html (1. 2. 2013.).

I **Srbija** spada među zemlje koje normiraju pravo djeteta da samostalno odluči o podvrgavanju zdravstvenom postupku. Pored minimalnog uzrasta – 15 godina, kumulativno se zahtijeva i djetetova sposobnost za rasuđivanje.⁹⁴ Za dijete koje ne ispunjava ove uslove postupak se može provesti samo uz obavještenje i pristanak njegovog zakonskog zastupnika, s tim što dijete mora biti uključeno u postupak odlučivanja srazmjerno svom uzrastu i sposobnosti za rasuđivanje.⁹⁵ Ako ljekar smatra da zakonski zastupnik u donošenju odluke ne postupa u skladu s najboljim interesom djeteta, o tome mora bez odlaganja informisati organ starateljstva.⁹⁶ Istovjetno rješenje trebalo bi biti zadržano u srbijanskom pravu *de lege ferenda*.⁹⁷

4. Bosna i Hercegovina

S obzirom na to da u pojedinim dijelovima Bosne i Hercegovine vrijede različita zakonodavna rješenja pitanja prava djeteta – pacijenta na samoodređenje, zemlju je nemoguće svrstati prema ranije postavljenom kriteriju, u grupu onih zemalja u kojima je djeci priznato ovo pravo ili pak, u grupu onih u kojima ono nije sankcionisano.

Odredbe bitne za položaj djeteta – pacijenta sadržane su u porodičnim zakonima i brojnim novim zakonima vezanim za ostvarenje prava na zdravlje i zdravstvenu zaštitu. Broj ovih akata multipliciran je raspodjelom legislativne nadežnosti, koja u ovim oblastima pripada Federaciji Bosne i Hercegovine, Republici Srpskoj i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, a neujednačenost normativnih rješenja pitanja prava djeteta – pacijenta na samoodređenje djelomično je posljedica takve raspodjele nadležnosti.

4.1.

Među pravima djeteta uređenim odredbama tri porodična zakona važeća na području Bosne i Hercegovine, na prvom mjestu je pravo djeteta na život i zdravlje. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine i Porodični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine decidno normiraju pravo djeteta na staranje o njegovom životu, zdravlju i razvoju ličnosti,⁹⁸ a obavezu na to staranje nalažu roditeljima.⁹⁹ Porodični zakon Republike

94 Čl. 35. st. 3. Zakona o zdravstvenoj zaštiti Srbije iz 2005. godine.

95 Čl. 35. st. 1., i 4. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

96 Čl. 35. st. 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

97 Čl. 23. Prijedloga Zakona o unapređenju i zaštiti prava pacijenata Srbije.

98 Čl. 124. st. 1. PZFBiH; Čl. 107. st. 1. PZBD.

99 Čl. 134. st. 1. PZFBiH; Čl. 117. st. 1. PZBD. Propisivanjem ove obaveze roditelja djelomično je ispunjena obaveza države normirana u čl. 6. KPD-a. Vidjeti: Bubić S.; Traljić N., *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Sarajevo, 2007. godine, str. 150.

Srpske izričito ne propisuje pravo djeteta na život i zdravlje, ali izričito propisuje pravo i obavezu roditelja da štite svoju maloljetnu djecu i da brinu o njihovom životu i zdravlju, iz čega jasno proizilazi da je dijete titular ovog prava.¹⁰⁰ Pored navedenih, porodični zakoni sadrže još neke odredbe kojima je propisana zaštita tjelesnog i psihičkog integriteta djeteta.¹⁰¹

U skladu s odredbama Konvencije o pravima djeteta, PZFBiH i PZBD uređuju pravo djeteta na izražavanje vlastitog mišljenja i obavezu njegovog uvažavanja, shodno djetetovom uzrastu i zrelosti.¹⁰² Ovo pravo nije normirano u važećoj verziji PZRS-a, ali bi trebalo biti *de lege ferenda*.¹⁰³

Za pitanje sposobnosti djeteta da samostalno donese odluku o podvrgavanju zdravstvenom postupku vezane su i odredbe porodičnog zakonodavstva kojima je regulisana poslovna sposobnost, odnosno pravo i obaveza roditelja da zastupaju svoju maloljetnu djecu. Sva tri porodična zakona propisuju pravo i obavezu roditelja da zastupaju svoje dijete,¹⁰⁴ s tim da PZFBiH i PZBD djeci koja su dostigla određeni uzrast priznaju sposobnost za samostalno nastupanje u pravnom prometu, odnosno priznaju im ograničenu poslovnu sposobnost. Taj uzrast je u PZFBiH-u određen na 14 godina,¹⁰⁵ a u PZBD-u na 14, odnosno 16 godina.¹⁰⁶ PZRS ne normira ograničenu poslovnu sposobnost maloljetnika.¹⁰⁷

100 Čl. 81. st. 1. PZRS. U Republici Srpskoj odvija se reforma porodičnog zakonodavstva, čiji bi ishod trebao biti usvajanje Zakona o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona (u daljem tekstu: ZID PZRS). Uvid u Nacrt ovog akta iz septembra 2011. godine ukazuje na to da će pravo i obaveza roditelja na brigu o životu i zdravlju njihovog djeteta u novoj verziji PZRS-a biti preciznije uređeni, uz istovremeno sankcionisanje prava djeteta na osiguranje najboljih mogućih životnih i zdravstvenih uslova za njegov pravilan i potpun razvoj (čl. 3. Nacrta ZID PZRS).

101 Radi se o odredbama kojima je uređeno pravo djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zlostrebe i zlostavljanja u porodici i van nje (čl. 127. i 134. PZFBiH; čl. 110. i 117. PZBD.; čl. 97. st. 1. PZRS).

102 Čl. 125. st. 1. PZFBiH; Čl. 108. PZBD.

103 Čl. 6. Nacrta ZID PZRS.

104 Čl. 137. st. 1. PZFBiH; Čl. 120. st. 1. PZBD; Čl. 84. st. 1. PZRS.

105 Čl. 157. st. 5. PZFBiH.

106 U PZBD nije određena ista životna dob za stjecanje ograničene poslovne sposobnosti kad su u pitanju djeca o kojoj se staraju roditelji i djeca kojima je postavljen staratelj. U odredbama vezanim za prestanak roditeljskog staranja i stjecanje potpune poslovne sposobnosti PZBD propisuje da maloljetnik stječe ograničenu poslovnu sposobnost s navršenih 14 godina (čl. 139. st. 5. PZBD). Ista dobna granica je izričito normirana i za maloljetnike pod starateljstvom, u dijelu Zakona kojim je uređeno starateljstvo nad maloljetnim osobama (čl. 169. st. 2. PZBD). Međutim, u odredbama kojima je propisan sadržaj roditeljskog staranja PZBD normira 16 godina kao uslov za samostalno nastupanje maloljetnika u pravnom prometu (čl. 120. st. 2. PZBD). Ovakvo rješenje prije bi moglo biti posljedica pukog previda zakonodavca, nego izraz njegovog stava o potrebi takve distinkcije među ovim dvjema kategorijama djece. Kao argument u prilog ovom zaključku ide i činjenica da je u "generalnoj" odredbi o stjecanju ograničene poslovne sposobnosti, tj. čl. 139. st. 5. normiran uzrast od 14 godina.

107 ZID PZRS u tom pogledu predviđa promjene. Životna dob za stjecanje ograničene

4.2.

U analizi propisa iz oblasti zdravstva, čije se odredbe odnose na pravo djeteta – pacijenta na samoodređenje, najprije treba posegnuti za zakonima o zdravstvenoj zaštiti, pošto je riječ o zakonima koji bi se s aspekta statusa pacijenta mogli okarakterisati kao *lex generalis*. Takav je slučaj u Republici Srpskoj i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine.¹⁰⁸ U Federaciji Bosne i Hercegovine ovakav značaj ima Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata.¹⁰⁹

ZPOOP, ZZZRS i ZZZBD nemaju jednak pristup pitanju prava maloljetne osobe da bude obaviještena o planiranom zahvatu i da na njega očituje valjan pristanak. Sva tri zakona propisuju da je za preduzimanje takvog zahvata na maloljetnom pacijentu neophodan pristanak njegovog zakonskog zastupnika,¹¹⁰ odnosno jednog od zakonom određenih srodnika,¹¹¹ ali na različit način regulišu ovlaštenje maloljetnika da se u tom pogledu sam izjasni.

Rješenja ZZZRS-a i ZZZBD-a znatno su restriktivnija u odnosu na rješenje usvojeno u ZPOOP-u. Pravo djeteta – pacijenta na samoodređenje u ovim zakonima normirano je samo u dva slučaju, kao izuzetak od generalnog pravila da pristanak na medicinski tretman za maloljetne osobe daju njihovi zakonski zastupnici. ZZZRS i ZZZBD ovlašćuju maloljetnike starije od 15 godina da samostalno dadnu pristanak na medicinski tretman u slučaju sumnje ili izvjesnosti u pogledu postojanja zarazne bolesti i bolesti ovisnosti.¹¹² Nasuprot tome, ZPOOP sankcioniše pravo na samoodređenje djeteta u mnogo širem obimu, određujući pritom kao kriterij njegovu zrelost i sposobnost za rasuđivanje, odnosno uzrast. Ovaj zakon propisuje obavezu uključivanja maloljetnog pacijenta u donošenje odluke o izvođenju predložene medicinske mjere u njegovom liječenju, u skladu s njegovom zrelošću i sposobnošću za rasuđivanje.¹¹³ Ako je maloljetna osoba navršila

poslovne sposobnosti u Republici Srpskoj *de lege ferenda* određena je na 15 godina (čl. 5. Nacrta ZID PZRS).

108 Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske 106/09., u daljem tekstu: ZZZRS; Zakon o zdravstvenoj zaštiti Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine 38/11., u daljem tekstu: ZZZBD.

109 Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 40/10., u daljem tekstu: ZPOOP. U Republici Srpskoj i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine još uvijek nije donesen poseban zakon koji detaljno normira prava i obaveze pacijenata.

110 Čl. 22. st. 1. ZPOOP; Čl. 31. st. 1. ZZZBD.

111 Čl. 25. st. 1. ZZZRS.

112 Ukoliko maloljetna osoba pristane na takav tretman, saglasnost njenog zakonskog zastupnika nije potrebna (čl. 25. st. 3. ZZZRS; čl. 31. st. 3. ZZZBD).

113 Čl. 22. st. 2. ZPOOP.

15 godina i posjeduje sposobnost za rasuđivanje, ona može samostalno dati pristanak na predloženu medicinsku mjeru, izuzev u zakonom taksativno određenim slučajevima.¹¹⁴ I kad su u pitanju neki od ovih izuzetaka, postoji obaveza uvažavanja mišljenja maloljetnika starijeg od 15 godina, shodno njegovoj zrelosti i sposobnosti za rasuđivanje.^{115 116}

ZPOOP garantuje zaštitu djeteta i u situacijama kad su njegovi interesi u pogledu izvođenja medicinske mjere u suprotnosti s interesima njegovog zakonskog zastupnika, propisujući obavezu uključivanja organa starateljstva u proces donošenja odluke.¹¹⁷ To je dobro rješenje.

Kad je riječ o podvrgavanju djeteta medicinskom i naučnom eksperimentu, ZPOOP, ZZZRS i ZZZBD propisuju da takvi eksperimenti mogu nad njima biti izvođeni samo izuzetno. Pritom je za njihovo preduzimanje, shodno odredbama ZZZRS-a i ZZZBD-a, nužan pristanak zakonskog zastupnika, odnosno takstativno određenog srodnika djeteta, pod pretpostavkama analognim rješenju pitanja pristanka na medicinski

114 Čl. 22. st. 5. ZPOOP. Među slučajeve koji čine taksativno normirane izuzetke spadaju invazivne dijagnostičke i terapijske procedure, operativni zahvati i prekid trudnoće.

115 Radi se o preduzimanju operativnih zahvata i zahvata prekida trudnoće (čl. 22. st. 6. ZPOOP).

116 Čini se kako zakonodavac nije bio dovoljno precizan prilikom kreiranja citirane odredbe, jer rješenja koja sadrži čl. 22. djeluju donekle kontradiktorno. U st. 1. ovog člana propisano je da pristanak na podvrgavanje medicinskim zahvatima za maloljetnu osobu daje njen zakonski zastupnik, dok je u st. 4. maloljetnoj osobi starijoj od 15 godina priznato ovlaštenje da sama donese odluku o pristanku na određene medicinske zahvate. Iz tumačenja st. 1. proizilazi da se on odnosi kako na sve maloljetne osobe, neovisno o njihovom uzrastu, tako i na sve medicinske postupke, dok se u st. 4. pravi izuzetak od ovog pravila u pogledu maloljetnih osoba određenog uzrasta i određenih medicinskih postupaka. Zakonodavac je u st. 4. očigledno propustio naglasiti da je u pitanju izuzetak od pravila propisanog u st. 1., što je greška koju bi *de lege ferenda* svakako trebalo korigovati. Kontradiktornost koju bi također valjalo korigovati postoji i između pravila propisanih u st. 2. i st. 5., vezanih za obavezu uvažavanja maloljetnikovog stava o predloženom medicinskom tretmanu. U st. 2. nalaže se uvažavanje stavova maloljetnih osoba neovisno o njihovom uzrastu i neovisno o vrsti medicinskog tretmana, dok se u st. 5. propisuje obaveza uvažavanja stavova maloljetnika starijih od 15 godina samo u slučajevima dvije od četiri vrste medicinskog tretmana koji su u st. 4. normirani kao izuzeci. Iz ovog proističe zaključak da u slučajevima preduzimanja ostalih tretmana normiranih u st. 4. ne postoji obaveza uvažavanja volje i mišljenja maloljetnika, što je suprotno rješenju u st. 2. čl. 22. Cf.: Petrić, S., *Nacrta Zakona o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenta Federacije Bosne i Hercegovine*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 8, Mostar 2010., str. 66.

117 Čl. 22. st. 6. ZPOOP.

tretman u terapijske svrhe.¹¹⁸ I ZPOOP uslovljava izvođenje takvog eksperimenta pristankom zakonskog zastupnika maloljetnika, ali uz to obavezuje da se u donošenju odluke o pristanku uvaži i mišljenje maloljetnog pacijenta.¹¹⁹

4. 3.

Pored navedenih zakona, u Bosni i Hercegovini je na snazi još nekoliko zakona iz oblasti zdravstva čije se odredbe odnose na pravo djeteta – pacijenta na samoodređenje. U pitanju su zakoni kojima je normirana zaštita osoba s duševnim smetnjama te posebni medicinski postupci kakvi su prekid trudnoće, transfuzija ljudske krvi, transplantacija ljudskih organa i tkiva u terapijske svrhe itd.

Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama Federacije Bosne i Hercegovine,¹²⁰ Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima Republike Srpske¹²¹ i Zakon o zaštiti lica s mentalnim poremećajima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine¹²² propisuju da pristanak na liječenje djeteta ili maloljetne osobe,¹²³ koji se nisu u stanju o tome sami izjasniti, daju njihovi zakonski zastupnici. Pritom se mišljenje maloljetne osobe mora uvažiti shodno njenom uzrastu i stepenu zrelosti.¹²⁴ U slučajevima propisanim

118 Čl. 28. st. 2. i 3. ZZZRS; Čl. 36. st. 2. i 3. ZZZBD.

119 Čl. 38. st. 3. ZPOOPBiH. Uz ovo, Zakon u st 7. navedenog člana ovlašćuje maloljetnika, starijeg od 15 godina i sposobnog za rasuđivanje, da samostalno dadne pristanak na anketiranja o rizičnim ponašanjima koje može biti praćeno manjom medicinskom mjerom (uzimanje manje količine krvi za analizu).

120 Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 37/01., 40/02., 52/11., u daljem tekstu: ZZODS.

121 Službeni glasnik Republike Srpske 46/04., u daljem tekstu: ZZOMPRS.

122 Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH 12/06., u daljem tekstu: ZZOMPBD.

123 Zakoni pod djetetom podrazumijevaju osobu mlađu od 14 godina, a pod maloljetnom osobom onu od 14 do 18 godina života (čl. 3. ZZODS; čl. 3. ZZOMPRS; čl. 3. ZZOMPBD).

124 Čl. 8. st. 4. ZZODS; Čl. 9. st. 3. ZZOMPRS; Čl. 6. st. 3. ZZOMPBD. U „generalnoj“ odredbi koja uređuje pristanak na liječenje duševno oboljele osobe propisano je da osoba s duševnim smetnjama, koja je u stanju razumjeti prirodu, posljedice i opasnost predloženog postupka i na osnovu toga odlučiti i izjasniti se o njemu, tom postupku može biti podvrgnuta samo uz njen pismeni pristanak (čl. 8. st. 1. ZZODS; Čl. 9. st. 1. ZZOMPRS; Čl. 6. st. 1. ZZOMPBD). Imajući ovo u vidu, tumačenjem teksta odredbe koja se odnosi na samoodređenje duševno oboljelih maloljetnika nameće se zaključak da zakonski zastupnici daju pristanak samo za onu djecu/maloljetnike koji nisu sposobni sami se izjasniti u pogledu liječenja, a da sva druga djeca/maloljetnici – neovisno o uzrastu, tj. i oni mlađi od 14 godina – imaju pravo na samoodređenje. Time je duševno oboljelim maloljetnicima pravo na samoodređenje priznato u mnogo

zakonom, kada se duševno oboljelo dijete i maloljetna osoba prisilno podvrgavaju liječenju i smještavaju u zdravstvenu ustanovu bez pristanka njihovih zakonskih zastupnika, odluku o tom liječenju donosi sud.¹²⁵

Pravo maloljetne trudnice na samoodređenje u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu određeno je u prilično ograničenom obimu i odnosi se tek na uski krug maloljetnica. Shodno odredbama Zakona o uslovima i postupku za prekid trudnoće Bosne i Hercegovine¹²⁶ i Zakona o uslovima i postupku za prekid trudnoće Republike Srpske,¹²⁷ maloljetna trudnica starija od 16 godina, koja ispunjava i druge zakonom propisane uslove, ovlaštena je samostalno podnijeti zahtjev za prekid trudnoće. U ZPTBiH-u taj dodatni uslov je da maloljetnica ostvaruje sredstva za život vlastitim radom,¹²⁸ a u ZPTRS-u da je poslovno sposobna, što zapravo znači – da je sklopila brak.¹²⁹ ZPTBiH usto propisuje da prekid trudnoće maloljetnice starije od 14 godina ne može biti izvršen bez njene saglasnosti.¹³⁰ ZPTRS nema odredbu ovakvog sadržaja, a ne sadrži je ni ZZZRS kao *lex generalis* u ovoj oblasti na području Republike Srpske.

Pravna teorija ne smatra ovakva rješenja dobrim,¹³¹ a ona nisu usklađena niti s pristupom koji je prema ovom pitanju zauzet u

širem obimu nego što ga maloljetnim pacijentima generalno priznaje ZPOOP.

125 Čl. 10., čl. 22. st. 2. i čl. 29. ZZODS; Čl. 11., čl. 22. st. 2. i čl. 31. ZZOMPRS; Čl. 7. st. 5., čl. 17. st. 2. i čl. 23. ZZOMPBD. Zakoni sankcionišu i provođenje biomedicinskih istraživanja nad duševno oboljelom djecom i maloljetnim osobama, postavljajući za to strože uslove u odnosu na one predviđene za odrasle duševno bolesne osobe (čl. 16. st. 4. ZZODS; čl. 17. st. 3. ZZOMPRS; čl. 12. st. 3. ZZOMPBD).

126 Službeni list Republike Bosne i Hercegovine 29/77., u daljem tekstu: ZPTBiH. Ovaj zakon je još uvijek u primjeni na području Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

127 Službeni glasnik Republike Srpske 34/08., u daljem tekstu: ZPTRS.

128 Čl. 3. st. 2. ZPTBiH.

129 Čl. 5. st. 2. i 3. ZPTRS. Supra, bilj. 11.

130 Čl. 3. st. 3. ZPTBiH. Na prekid trudnoće maloljetnice na području Federacije Bosne i Hercegovine odnosi se i ranije analizirana odredba ZPOOP-a, kojom je regulisano ovlaštenje djeteta da se izjasni u pogledu podvrgavanja medicinskom postupku. Njome je propisana obaveza konsultovanja i uvažavanja mišljenja maloljetne trudnice starije od 15 godina o preduzimanju zahvata prekida trudnoće, u skladu s njenom zrelošću. S obzirom na to da je ZPOOP *lex posteriori* u odnosu na ZPTBiH, ovime su *de lege lata* postroženi uslovi za pravo na samoodređenje maloljetne trudnice, kako postavljanjem više dobne granice, tako i ograničavanjem obaveze uvažavanja njenog stava shodno nivou njene zrelosti.

131 Autori su jednoglasni u stavu da lični karakter reproduktivnih prava, među koje spada i pravo na slobodno odlučivanje o rađanju djece, isključuje mogućnost da maloljetnu osobu u tome zastupa roditelj ili staratelj. Detaljnije: Janjić-Komar, M.; Obretković, M., *Prava deteta – prava čoveka*, Beograd 1996., str. 124-135.

komparativnom pravu i judikaturi.¹³² U novijim zakonodavnim rješenjima nacionalnih pravnih sistema uočljiva je snažna tendencija ka uvažavanju samostalnosti maloljetnica u odlučivanju o prekidu trudnoće. Pritom su granice kojima je to ovlaštenje omeđeno postavljene u znatno širem obimu nego što je to učinjeno u ZPTBiH-u, ZPOOP-u i ZPTRS-u.¹³³

Mogućnost da se dijete pojavi u ulozi davaoca krvi u cilju transfuzije propisana je Zakonom o krvi i krvnim sastojcima Federacije Bosne i Hercegovine,¹³⁴ dok mu Zakon o transfuzijskoj medicini Republike Srpske ne priznaje takvo ovlaštenje.¹³⁵ Prema odredbama ZKKS-a, u izuzetnim slučajevima davalac krvi može biti maloljetna osoba koja nije mlađa od 17 godina, pri čemu joj je za podvrgavanje takvom zahvatu potrebna saglasnost zakonskog zastupnika data u pismenoj formi.¹³⁶

Položaj maloljetnih osoba u ulozi primalaca i davalaca dijelova tijela za transplantaciju u terapijske svrhe nije na istovjetan način uređena u novim entitetskim zakonima o transplantaciji.¹³⁷

132 Kao ilustracija stavova judikature može poslužiti slučaj iz američkog pravosuđa *Bellotti v. Baird* 443 U.S. 622 (1979). U njemu je raspravljano o pitanju je li opravdano uslovljavati zahtjev maloljetnice za pobačaj saglasnošću njenih roditelja, kako to normira zakonodavstvom američke savezne države Massachusetts. Vrhovni sud SAD-a tim povodom je zauzeo stav da ovakav uslov znači protivustavno ograničenje prava na pobačaj.

133 Zakoni pojedinih država normiraju minimalni uzrast u kojem se maloljetna trudnica može samostalno izjasniti o prekidu trudnoće. Taj uzrast se, ovisno o državi, kreće u rasponu od 14 do 18 godina. Vidjeti: Guttmacher Institute, *State Policies In Brief, An Overview of Minors' Consent Law*, September 1, 2012, http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_OMCL.pdf (3. 2. 2013.); Confalone, N., *Abortion Legislation in Europe*, Choices, Vol. 28, No. 2/2000., str. 2-7., http://www.ippfen.org/NR/rdonlyres/EA3A57B4-9B15-490C-ACBC-DAF60CE1637F/0/Abortion_ChoicesAutumn2000.pdf (3. 2. 2013.).

134 Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 9/10., u daljem tekstu: ZKKS.

135 Službeni glasnik Republike Srpske 1/08. Zakon u čl. 11. st. 1. propisuje da davaoci krvi mogu biti sve zdrave osobe od 18 do 65 godina.

136 Čl. 24. ZKKS. Zakon u čl. 25. normira obavezu pribavljanja pismene saglasnosti osobe koja pristupa davanju krvi prije svakog čina davanja, zasnovanu na njenom prethodnom informisanju o svim relevantnim informacijama. Tumačenjem ove odredbe dolazi se do zaključka da je za maloljetnu osobu, uz saglasnost njenog zakonskog zastupnika, potreban i njen pismeni pristanak. Zakon normira da u slučajevima autologne transfuzije (primanja vlastite krvi), osoba može biti mlađa od 18 godina, pri čemu mora imati saglasnost zakonskog zastupnika (čl. 27.).

137 Zakon o transplantaciji ljudskih organa i tkiva Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 75/09., u daljem tekstu: ZTFBiH; Zakon o transplantaciji ljudskih organa Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske 14/10., u daljem tekstu: ZTORS; Zakon o transplantaciji ljudskih tkiva i ćelija Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske 14/10., u daljem tekstu: ZTTČRS.

Pošto je primanje organa i tkiva u cilju liječenja u najboljem interesu maloljetne osobe, sva tri zakona o transplantaciji priznaju maloljetnoj osobi mogućnost da bez ikakvih ograničenja bude primalac organa i tkiva, ali je ne ovlašćuju da se o tome sama izjasni. Pristanak u njeno ime daje njen zakonski zastupnik.¹³⁸ U uporednom pravu rješenje ovog pitanja je nešto drugačije.¹³⁹

Za razliku od primanja tj. presađivanja, uzimanje organa i tkiva za transplantaciju *ex vivo* sa sobom nosi izvjestan rizik po život i zdravlje davaoca. Stoga je mogućnost da se dijete tokom života pojavi u ulozi davaoca u savremenom pravu svedena na najmanju mjeru.¹⁴⁰ Rješenja entitetskih zakona o transplantaciji u tom pogledu se međusobno razilaze. ZTFBiH ovlašćuje maloljetnike da doniraju tkivo koje se obnavlja isključivo svojoj braći ili sestrama.¹⁴¹ Pritom se u određenom obimu uvažava i djetetovo pravo na samoodređenje. Zakon propisuje da pristanak na izvođenje ovakvog zahvata daje maloljetnikov zakonski zastupnik, ali se zahvat ne smije izvesti ako mu se maloljetni davalac usprotivi.^{142 143}

138 Čl. 14. st. 3. ZTFBiH, čl. 25. ZTORS i čl. 25. ZTTČRS.

139 U pojedinim državama maloljetnim osobama, shodno njihovom uzrastu odnosno stepenu zrelosti, priznato je ovlaštenje da se očituju o podvrgavanju transplantativnom zahvatu. Zahvat ne smije biti izveden ako mu se maloljetna osoba izričito protivi, makar se sa tim prethodno saglasio njen zakonski zastupnik. O regulaciji ovog pitanja u komparativnom pravu vidjeti detaljnije: Čolaković, M., *Maloljetna osoba kao davalac i primalac organa i tkiva za transplantaciju*, Zbornik radova I. simpozijuma "Medicina i pravo" sa međunarodnim učešćem, Mostar, 29. 2. 2008., str. 180 – 183.

140 Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini i Dodatni protokol uz Konvenciju u vezi s presađivanjem organa i tkiva ljudskog porijekla dopuštaju uzimanje od maloljetne osobe isključivo tkiva koje se obnavlja, pod uslovima da nema kompatibilnog donora sposobnog da o tome da svoj pristanak, da maloljetnik donira tkivo svome bratu ili sestri, da je cilj donacije spašavanje života primaoca, da ovlaštena osoba dadne svoju saglasnosti u pismenoj formi i da se potencijalni donor ne protivi izvođenju zahvata (čl. 20. st. 1. Bioetičke konvencije i čl. 14. Dodatnog protokola o transplantaciji). I Rukovodni principi o transplantaciji ljudskih organa Svjetske zdravstvene organizacije (*Guiding Principles on Human Organ Transplantation World Health Organization*), usvojeni 1991., a revidirani 2008. godine, propisuju zabranu eksplantacije ćelija, tkiva i organa iz tijela živog maloljetnika, sem u slučaju strogo ograničenih izuzetaka predviđenih nacionalnim pravom (Rukovodni princip br. 4).

141 Čl. 24. ZTFBiH.

142 Čl. 24. ZTFBiH.

143 Pojedina nacionalna zakonodavstva određuju način davanja saglasnosti za uzimanje regenerativnih tkiva od maloljetnika shodno njegovom uzrastu, tako da je pored saglasnosti zakonskog zastupnika neophodna i izričita saglasnost maloljetnika koji je dostigao zakonom propisani uzrast. Dobna granica se kreće od 12 do 15 godina. U drugim zemljama se maloljetnim osobama u skladu s njihovom zrelošću i sposobnošću za rasuđivanje daje mogućnost izjašnjavanja o podvrgavanju zahvatu eksplantacije. Vidjeti o tome: Čolaković, M., op. cit., str. 183-188.

Nasuprot tome, ZTTČRS izričito zabranjuje da se maloljetna osoba pojavi u ulozi *ex vivo* davaoca.¹⁴⁴

ZTFBiH, ZTORS i ZTTČRS normiraju mogućnost eksplantacije organa i tkiva od umrle maloljetne osobe, pod uslovom da se s tim u pismenoj formi saglase oba njena roditelja, odnosno staratelj.¹⁴⁵ Međutim, maloljetnim osobama nije priznato ovlaštenje da se tokom života izjasne o davanju organa i tkiva za transplantaciju *ex mortuo*.¹⁴⁶

5. Zaključak

Opći trend afirmacije rastućih sposobnosti djeteta u svim pravnim odnosima, koji dominira u savremenom pravu, ispoljava se na području zdravlja i zdravstvene zaštite u vidu prava djeteta – pacijenta na samoodređenje o vlastitom tjelesnom integritetu i zdravlju.

Ovo pitanje izaziva u teoriji i praksi brojne dileme, jer je jasno da sva djeca, s obzirom na različit nivo psiho-tjelesne i intelektualne zrelosti kojeg posjeduju, nisu u stanju pravilno procijeniti vlastite interese u pogledu svog života i zdravlja. Stoga pravo na samoodređenje nije moguće priznati svojoj djeci bezuslovno, već je nužno uspostaviti adekvatan kriterij za njegovo stjecanje.

Uvid u rješenja usvojena u zakonodavstvima pojedinih evropskih zemalja pokazuje da postoje zemlje u kojima djeca – pacijenti nisu titulari prava na samoodređenje, već u njihovo ime odlučuju i izjašnjavaju se njihovi roditelji, odnosno staratelji. Broj tih zemalja je znatno manji u odnosu na one zemlje u kojima je djeci priznato pravo da se i sama očituju o podvrgavanju zdravstvenom postupku. Pritom je stjecanje ovog prava određeno objektivno-subjektivnim kriterijem, odnosno vezano za uzrast i zrelost djeteta. Taj uzrast se, ovisno o pravnom sistemu, kreće u rasponu od 12 do 16 godina. Nejednakosti se ispoljavaju i u obimu uvažavanja djetetove volje. U nekim zemljama dijete određenog uzrasta i stepena zrelosti je ovlašteno na samostalno odlučivanje, a u drugima može odlučivati samo zajedno s roditeljima.

U pojedinim dijelovima Bosne i Hercegovine prihvaćena su različita rješenja pitanja prava djeteta – pacijenta na samoodređenje, što je djelomično plod raspodjele zakonodavne nadležnosti, koja u oblasti porodičnih odnosa i zdravstva pripada Federaciji Bosne i Hercegovine, Republici Srpskoj i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine. Zbog toga zemlju nije moguće

144 Čl. 29. ZTTČRS.

145 Čl. 33. ZTFBiH; Čl. 41. ZTORS i čl. 41. ZTTČRS.

146 U pojedinim nacionalnim zakonodavstvima maloljetnim osobama ovo ovlaštenje je priznato, i to prema kriteriju uzrasta. Vidjeti detaljnije: Čolaković, M., op. cit., str. 188-192.

grupisati niti među one zemlje koje djetetu priznaju ovo pravo, niti među one koji mu ga uskraćuju. Generalna ocjena o regulaciji tog pitanja u bosanskohercegovačkom pravu glasi: pravo na samoodređenju djetetu – pacijentu je priznato parcijalno, u ograničenom obimu, ili mu nije uopće priznato. Pristup varira od zakona do zakona. U zakonima koji normiraju ovo pravo kao kriterij su određeni uzrast i zrelost djeteta, pri čemu taj uzrast nije u svim zakonima međusobno usklađen i nalazi se u granicama između 14 i 17 godina. Djeci starijeg uzrasta samo izuzetno je priznato ovlaštenje da potpuno samostalno odluče o podvrgavanju zdravstvenom zahvatu.

Poseban problem leži u tome što ove razlike ne postoje isključivo među rješenjima istovrsnih zakona u entitetima i Brčko Distriktu nego i među zakonima koji važe na području jednog entiteta, odnosno Distrikta. Naprimjer, u Federaciji Bosne i Hercegovine Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata propisuje da maloljetna osoba starija od 15 godina može u određenim slučajevima samostalno dati pristanak na zahvat, ali je zakonima koji regulišu transfuziju krvi, transplantaciju organa i tkiva ili prekid trudnoće to pitanje uređeno sasvim drugačije.

Imajući u vidu aktuelni trend uvažavanja rastućih sposobnosti djeteta u svim pravnim odnosima i način regulacije ovog pitanja u komparativnom pravu, *de lege ferenda* bi trebalo uskladiti regulaciju prava na samoodređenje djeteta – pacijenta na prostoru čitave Bosne i Hercegovine i pritom djeci priznati ovo pravo u mnogo širem obimu nego što im je ono sada priznato. Kao pretpostavke za njegovo stjecanje najbolje je odrediti uzrast i zrelost djeteta uz naglašavanje obaveze poštovanja principa zaštite njegovog najboljeg interesa.

Assistant professor Maja Čolaković, LL.D.

Abstract

THE CHILD'S RIGHT TO SELF-DETERMINATION

The child's right to self-determination is one of the aspects of performing the child's right to life and to health and his right to express his views in all matters affecting him. An approach to this problem in comparative law is not uniform. In most of the countries children have the rights to clearly express themselves about the health procedure, but there are also the countries where children, in those situations, are represented by their parents or tutors. In the legislation of the countries that respect the child's – patient's right to self-determination, the child's age and maturity are determined as the precondition for acquiring the given right.

One finds certain shortcomings in the solution accepted in the legislation of Bosnia and Herzegovina, including the legislation of the Federation of Bosnia and Herzegovina, Republika Srpska and Brčko District of Bosnia and Herzegovina. Generally speaking, the child's - patient's right to self-determination is either recognized partially, to a limited extent, or it is not recognized at all. This varies in different laws. On the other hand, in the laws that do contain these provisions and use the age and maturity of the child as a criterion, this age limit is not harmonized in the legislation and the mature children only under exceptional circumstances have the right to decide by themselves about the suggested health procedure.

Keywords: *child, patient, informed consent, right to self-determination*

Viši ass. Dimitrije Čeranić, mr
Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu

SISTEM UGOVORA I SISTEM DEKRETA U POSTUPKU ZA ZASNIVANJE USVOJENJA

Za punovažan nastanak usvojenja, potrebno je da se ispuni više zakonskih pretpostavki koje se tiču aktivne i pasivne adoptivne sposobnosti i forme usvojenja. Zavisno od toga kakva je uloga organa sa javnim ovlašćenjima u postupku zasnivanja usvojenja, razlikujemo zakonodavstva u kojima je prihvaćen sistem dekreta, odnosno sistem ugovora. U radu, autor je analizirao oba ova sistema kao i njihove prednosti i nedostatake. Predmet analize su, prije svega, bili važeći pravni propisi država nastalih na prostoru nekadašnje SFRJ, kao i neka evropska zakonodavstva i međunarodnopravni dokumenti iz oblasti usvojenja. Na kraju, autor je ponudio prijedloge za reformu pozitivnog prava u Republici Srpskoj. U radu su korišćeni istorijskopравни, uporednopravni i normativni metod.

Ključne riječi: Usvojenje, Sistem ugovora, Sistem dekreta.

1. Uvod

Posljednjih decenija, pravna pravila o zasnivanju usvojenja pretrpjela su značajne promjene u mnogim evropskim zakonodavstvima. Postupak uspostavljanja srodničkog odnosa između usvojioca i usvojenika doskora je uglavnom počivao na sistemu ugovora, da bi vremenom bio zamijenjen sistemom dekreta.

Na ovaj proces, umnogome su uticali međunarodnopravni dokumenti kojima je ova oblast regulisana. Tu, prije svega, mislimo na Konvenciju UN o pravima djeteta iz 1989. god.,¹ Evropsku konvenciju o usvojenju djece (revidiranu) iz 2008. god.² i Hašku konvenciju o zaštiti djece i saradnji kod međudržavnog usvojenja iz 1993. god.³

1 *Convention on the Rights of the Child*, Konvencija o pravima djeteta – KPD, <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>.

2 *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*, Evropska konvencija o usvojenju djece (revidirana) – KUD, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/202.htm>.

3 *Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry*

Da li su zakonska rješenja u našem pravu u skladu sa savremenim pravnim tokovima i međunarodnim standardima, pitanja su kojima ćemo se baviti u ovom radu. U istraživanju ovog problema, proučićemo zakonodavstva nekih evropskih zemalja, kao i pomenute međunarodnopravne dokumente uz napomenu da Bosna i Hercegovina, izuzev Konvencije o pravima djeteta,⁴ nije ratifikovala ove sporazume iako je član Haške konferencije i Savjeta Evrope.

2. Sistem ugovora i sistem dekreta u austrijskom i njemačkom pravu

Da bi došlo do punovažnog nastanka usvojenja, potrebno je ispuniti određene zakonske pretpostavke koje se tiču aktivne i pasivne adoptivne sposobnosti i forme usvojenja.⁵ Kao garant zakonitosti i pravilnosti usvojenja, u svim savremenim pravnim sistemima u adoptivnoj proceduri učestvuje organ sa javnim ovlašćenjima,⁶ bilo da je u pitanju sudski ili upravni organ.⁷ Uloga organa javne vlasti u postupku zasnivanja usvojenja može biti dvojaka, zavisno od toga koji sistem zasnivanja usvojenja je

Adoption, Konvencija o zaštiti djece i saradnji kod međudržavnog usvojenja. – KMU, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=69.

- 4 O nedoumicama u pogledu trenutka i osnova unošenja Konvencije o pravima djeteta u pravne sisteme RS i FBiH, njene ratifikacije, kao i načina njene primjene (direktno ili indirektno), detaljnije vid. u: Čeranić, D., *Primjena međunarodnih konvencija o pravima djeteta u BiH*, Aktualnost i značaj ljudskih prava i sloboda, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2011, str. 262–278.
- 5 O pojedinim pretpostavkama za usvojenje kao i o stvarnoj nadležnosti za zasnivanje usvojenja, više vid. u: Bubić, S., *Opšti trendovi u promovisanju najboljeg interesa djeteta – usvojenika*, Zbornik radova Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2012, str. 72–101; Čeranić, D., *Stvarna nadležnost za zasnivanje usvojenja*, Pravna misao, Sarajevo, br. 5-6/2010, str. 25–44.
- 6 Konvencijom o pravima djeteta propisana je obaveza država da obezbijede uslove kojima će se garantovati javnopravni karakter usvojenja: “*Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child’s status concerning parents, relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary*”. – Čl. 21, st. 1, t.(a) KPD.
- 7 Konvencijom o usvojenju predviđena je nadležnost sudskog ili upravnog organa, s tim da detaljnije nisu određene karakteristike tih organa: “*An adoption shall be valid only if it is granted by a court or an administrative authority (hereinafter the ‘competent authority’)*”. – Čl. 3 KUD.

prihvaćen u konkretnom pravnom poretku. Moguća su dva rješenja: sistem ugovora i sistem dekreta.⁸

U sistemu ugovora, do zasnivanja usvojenja dolazi na osnovu ugovora koji međusobno zaključuju budući usvojioci sa roditeljima odnosno starateljem djeteta koje se usvaja. Za punovažan nastanak ovakvog sporazuma neophodno je učešće organa sa javnim ovlašćenjima. Koncept ugovora i danas važi u austrijskom pravu iako je ovaj koncept u većini evropskih prava zamijenjen modelom dekreta. Do usvojenja, u ovom pravu dolazi na osnovu sporazuma (*Schriftlichen Vertag*) koji međusobno zaključuju usvojioc i usvojenik uz odobrenje (*Bewilligung*) nadležnog suda.⁹ Prema ranijim zakonskim rješenjima, odobrenje je davalo zemaljsko načelštvo. Aktu odobrenja prethodi složen postupak posredovanja (*Die Vermittlung*) koji se vodi pred organima socijalne zaštite maloljetnika (*Jugendwohlfahrtsträger*). Nepoštovanje strogo propisanih uslova za zaključenje, sadržinu i postupak zaključivanja vodi ništavosti ugovora koja ne može biti djelimična.¹⁰

U sistemu dekreta, odluku o zasnivanju usvojenja donosi organ sa javnim ovlašćenjima na osnovu strogo propisanih zakonskih uslova u zakonom predviđenom postupku na osnovu prijedloga ovlašćenih lica. Odluka se donosi u formi sudskog odnosno upravnog akta. Sistem odluke, između ostalog, prihvaćen je u pravu Njemačke, gdje usvojenje nastaje na osnovu odluke starateljskog suda (*Familiengericht*).¹¹ Inače, u njemačkom pravu, do zakonske reforme iz 1976. god., primjenjivao se koncept ugovora.¹² Prije donošenja odluke o usvojenju, sud utvrđuje ispunjenost materijalnih i formalnih zakonskih pretpostavki. Jedna od pretpostavki tiče se i stručnog mišljenja agencija koje posreduju u usvojenju (*Adoptionsvermittlung*).¹³

8 U tom smislu: Schwab, D., *Familienrecht*, München, 1999, str. 327. Navedeno prema: Đurđević, D., *Osnovi porodičnog prava Crne Gore*, CID, Podgorica, 2008, str. 192.

9 § 179a. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB, <http://ibiblio.org/ais/abgb1.htm>.

10 Vid. Schwimann, *Das österreichische Adoptionsrecht nach seiner Reform*, FamRZ, 1973, str. 345. Navedeno prema: Đurđević, str. 192. O usvojenju u austrijskom pravu, detaljnije vid. u: *Overview of Austrian Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-austria.pdf>.

11 Vid. Kropholler, J., *BGB – Studienkommentar*, München, 2003, str. 911. Navedeno prema: Đurđević, str. 192.

12 Do usvajanja Zakona o usvojenju od 2. jula 1976. god. – *Adoptionsgesetz*, koji je stupio na snagu 1. januara 1977. god., usvojenje je u njemačkom pravu nastajalo na osnovu sudski ovjerenog ugovora koji su međusobno zaključivali usvojioci i roditelji usvojenika.

13 Nadležnost agencija i lica u posredovanju u postupku usvojenja uređena je Zakonom

Postupak se pokreće ličnim zahtjevom potencijalnih usvojitelja. Zahtjev (*Antrag*) se podnosi sudu u formi notarske isprave i ne može biti ograničen uslovom ili rokom.¹⁴ Sud donosi akt o adopciji vodeći računa o najboljim interesima djeteta (*Kindeswohl*).¹⁵

Kao što vidimo, i za sistem ugovora, i za sistem dekreta zajedničko je to da usvojenje nastaje uz učešće organa sa javnim ovlašćenjima. Razlika postoji u pogledu karaktera tog učešća. Ako je u pitanju ugovorni koncept, usvojenje nastaje putem sporazuma između određenih lica, pri čemu odobrenje na sporazum daje nadležni javni organ. Činu postizanja sporazuma, prethodi složen postupak u kome buduće strane ugovornice treba da dokažu pred javnim organom da ispunjavaju sve uslove potrebne za zaključenje tog ugovora. U pravnim sistemima u kojima je prihvaćen model odluke, usvojenje se zasniva odlukom nadležnog organa. Davanje izjava o saglasnosti sa usvojenjem od strane pojedinih lica, samo su neke od zakonskih pretpostavki koje se utvrđuju u adoptivnom postupku koji prethodi donošenju odluke.

Najkraće rečeno, razlika između postojeća dva sistema zasnivanja adopcije je u tome da li izjave o saglasnosti sa usvojenjem predstavljaju krunu ili samo dio postupka za nastanak usvojenja.

3. Sistem ugovora u nekadašnjem jugoslovenskom pravu

Svojevremeno, usvojenje je bilo jedinstveno regulisano na teritoriji cijele Jugoslavije. Osnovnim zakonom o usvojenju¹⁶ bio je predviđen sistem ugovora za zasnivanje usvojenja. Adoptivni odnos nastajao je na osnovu sporazuma usvojilaca i roditelja, odnosno staratelja djeteta. Sporazum se potvrđivao pred organom starateljstva koji je imao aktivnu ulogu u postupku utvrđivanja ispunjenosti zakonskih pretpostavki. Adoptivna veza između usvojioaca i usvojenika nastajala je u trenutku davanja izjava na zapisnik koji su potpisivali svi učesnici u postupku. Proglašenje usvojenja od strane radnika centra za socijalni rad nije imalo konstitutivni nego deklarativni karakter.

o posredovanju kod usvojenja: *Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG*, <http://dejure.org/gesetze/-AdVermiG>.

14 § 1752 Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/>.

15 § 1741 (1) BGB-a.

16 Osnovni zakon o usvojenju – OZU, *Sl. list FNRJ*, br. 30/47, 24/52 i *Sl. list SFRJ*, br. 10/65.

U pravnoj teoriji različito se označavao sam akt zasnivanja usvojenja, ali svi teoretičari slagali su se u jednom – adopcija je nastajala kao ugovor. Pojedini teoretičari usvojenje su određivali kao “ugovor porodičnog prava sa konstitutivnim javno-pravnim elementom i svečanom formom“. Pritom, isticali su da osnov ovog pravnog akta čini saglasnost izjavljenih volja roditelja (staraoca), usvojioca i usvojenika (ako je bio stariji od deset godina).¹⁷

Da je ugovorna koncepcija usvojenja prevaziđena i da ne odgovara savremenim pravnim porecima, smatrali su skoro svi jugoslovenski teoretičari.¹⁸ Pritom, predlagali su da konačnu odluku o usvojenju donosi organ sa javnim ovlašćenjima – organ starateljstva. Ovo je bilo posebno naglašavano u vezi sa novim oblikom usvojenja – potpunim usvojenjem. Za potpuno usvojenje isticano je da ni u kom slučaju ne može počivati na ugovornoj koncepciji, nego isključivo na modelu dekreta.¹⁹

Kakav učinak su imala ovakva teorijska shvatanja, možemo vidjeti na primjeru Zakona o braku i porodičnim odnosima Srbije iz 1980. god.²⁰ U ovom zakonu, bila su predviđena (na prvi pogled) dva različita rješenja, zavisno od toga da li je u pitanju potpuno ili nepotpuno usvojenje. Nepotpuni oblik adopcije nastajao je na osnovu zapisnika koji su potpisivali svi učesnici u postupku i koji je ovlašćeno lice organa starateljstva bilo dužno da pročita i proglasi.²¹ S druge strane, kako je to većina pravnih pisaca isticala, potpuno usvojenje nastajalo je putem rješenja koje je donošeno na osnovu zapisnika o usvojenju.²²

Bez želje da preispitujemo bilo čije stavove, pogotovo što je pomenuti zakon prestao da važi, čini nam se da autori koji su govorili o različitom načinu zasnivanja potpunog i nepotpunog usvojenja prema ZBPO-u nisu

17 Umjesto svih, vid. Đuretić, N., *Usvojenje, Teorija i zakonodavna praksa*, August Cesarec, Zagreb, 1982, str. 56.

18 Ipak, neki autori su imali drugačije mišljenje i pritom su isticali da je u osnovi pravnog akta (ugovora ili odluke) kojim se zasniva usvojenje uvijek saglasnost izjavljenih volja, i to: usvojioca (koji daje izjavu u svoje ime), roditelja (koji daje izjavu u svoje ime i u ime djeteta koje se usvaja), eventualno staraoca (koji daje izjavu u ime svog štićenika), i samog usvojenika (ako je određenog uzrasta). Vid. Bakić, V., *Pravni problemi usvojenja*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, br. 5-6/1974, str. 580.

19 Umjesto svih, vid. Mitić, M., *Neraskidivo usvojenje*, Naša zakonitost, Zagreb, br. 4/1969, str. 289–290.

20 Zakon o braku i porodičnim odnosima – ZBPO, *Sl. glasnik SR Srbije*, br. 22/80 i 11/88 i *Sl. glasnik R. Srbije*, br. 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 i 29/01.

21 Vid. čl. 170 i 171 ZBPO-a.

22 Umjesto svih, vid. Mladenović, M., *Porodično pravo u Jugoslaviji*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1991, str. 435.

bili u pravu. Argumente za ovakav stav nalazimo u izričitoj zakonskoj odredbi po kojoj “na osnovu zapisnika o ’zasnovanom’ potpunom usvojenju, organ starateljstva donosi rješenje“ (sa određenim podacima) – “radi upisa u matičnu knjigu rođenih“.²³ Na isti zaključak, upućuje i norma po kojoj se “odredbe iz (...) člana 170, člana 171 (...), primjenjuju i na potpuno usvojenje ako zakonom nije drugačije određeno“,²⁴ a u ovim članovima predviđeno je da (nepotpuno) usvojenje nastaje putem sporazuma sadržanog u zapisniku o zasnovanom usvojenju.

Zamešateljstvo u pogledu tumačenja normi o načinu zasnivanja potpunog i nepotpunog usvojenja u nekadašnjem pravu Srbije, samo je još jedan dokaz da su naši zakonopisci, zakonodavci, pa čak i istaknuti pravni pisci imali mnogo nedoumica oko prelaska sa koncepta ugovora na koncept dekreta kod nastanka usvojenja.

4. Sistem dekreta u pravu SR BiH

Sedamdesetih godina prošlog vijeka došlo je do preraspodjele nadležnosti između federacije i republika članica u SFRJ, pa su sve republike donijele sopstvene zakone o usvojenju odnosno porodične zakone kojima su ovo pitanje uredile. Socijalistička Republika BiH donijela je Porodični zakon 1979. godine.²⁵

Usvajanjem Porodičnog zakona iz 1979. god., SR BiH se svrstala (barem nominalno) u red pravnih poredaka koji predviđaju model odluke za zasnivanje usvojenja. Pod pritiskom pravne teorije i prakse, zakonopisac u SR BiH opredijelio se za ovaj koncept. Zapisnički konstatovan sporazum roditelja/starooca, usvojlaca i usvojenika, kao osnov nastanka usvojenja u ranijem pravu, zamijenjen je rješenjem organa starateljstva – upravnim aktom, kojim se zasniva usvojenje.²⁶

23 Vid. čl. 194 ZBPO-a.

24 Vid. čl. 199 ZBPO-a.

25 Porodični zakon – PZ SR BiH, *Sl. list SR BiH*, br. 21/79, 44/89. Ovaj zakon primjenjivao se na teritoriji BiH sve do donošenja odgovarajućih propisa od strane Narodne skupštine Republike Srpske, odnosno Parlamenta Federacije BiH i Skupštine Brčko Distrikta BiH.

26 Kakav je kvalitet zakonskih rješenja iz PZ-a SR BiH u oblasti usvojenja, možemo vidjeti i iz podataka o broju zasnovanih usvojenja za vrijeme važenja i primjene ovog zakona. Primjera radi, u periodu od 1992. god. do 1997. god., na teritoriji Federacije BiH, usvojeno je 336 djece iako je u ovom periodu zbog ratnih dešavanja, mnogo više djece ostalo bez roditeljskog staranja, pa se ovaj broj mjerio hiljadama, a ne stotinama. U praksi su mnogo češće primjenjivani drugi instituti porodičnopravne zaštite, poput starateljstva i porodičnog smještaja. Vid. *Prvi izvještaj Federacije BiH o ostvarivanju Konvencije UN o pravima djeteta u periodu 1992–1998. god.*,

Ipak, pitanje je da li je u pravu SR BiH potpuno prevaziđena ugovorna koncepcija jer sistem dekreta podrazumijeva da organ sa javnim ovlaštenjima na osnovu strogo propisanih zakonskih uslova u zakonom predviđenom postupku na osnovu prijedloga ovlašćenih lica donosi odluku o zasnivanju konkretnog usvojenja. Odgovore na ovo pitanje potražićemo u daljem radu.

5. Sistem dekreta u pravima zemalja nastalih na prostoru nekadašnje Jugoslavije

Sve države nastale nakon raspada Jugoslavije usvojile su porodične zakone kojima su zamijenjeni raniji pravni propisi iz doba socijalizma. Jedini izuzetak predstavlja Slovenija u kojoj je u više navrata mijenjan i dopunjavan Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1976. god.²⁷ Srbija je Porodični zakon donijela 2005. god.,²⁸ Crna Gora 2007. god.,²⁹ a Hrvatska je to učinila 2003. god.³⁰ Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija Porodični zakon usvojila je 1992. god., ali su izmjene i dopune iz 2004. god. do te mjere izmijenile prvobitni tekst u oblasti usvojenja da možemo govoriti o potpuno novom zakonskom rješenju u tom dijelu.³¹

Inicijalni izvještaj, Sarajevo, 1999, str. 29.

27 Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih – PZ Slovenije, *Uradni list RS*, br. 69/04, prečišćeni tekst, http://www.uradni-list.si/_pdf/2004/Ur/u2004069.pdf. U Sloveniji je 2012. godine propao pokušaj usvajanja novog Porodičnog zakonika jer je zakonski prijedlog uspješno osporen na referendumu.

28 Porodični zakon – PZ Srbije, *Sl. gl. RS*, br. 18/05, <http://www.parlament.gov.rs/akti/doneti-zakoni/doneti-zakoni.1033.html>. Vlada Republike Srbije je 2006. godine imenovala Komisiju za izradu Nacrta Građanskog zakonika Srbije. Komisija je u javnu raspravu, između ostalog, uputila treću knjigu Prednacrta Građanskog zakonika, Porodičnopravni odnosi, u kojoj su predložena neka nova zakonska rješenja, mada je većina odredaba preuzeta iz važećeg zakonodavstva.

29 Porodični zakon – PZ Crne Gore, *Sl. list RCG*, br. 1/07, <http://www.coscg.org/test/zakoni.php>.

30 Obiteljski zakon – PZ Hrvatske, *Nar. nov. RH*, br. 116/03, 17/04, 136/04 i 107/07, <http://narodne-novine.nn.hr/default.aspx>.

31 Zakon za semejstvoto – PZ Makedonije, *Sl. vesnik RM*, br. 80/92, 9/96, 38/04, 33/06 i 84/08, <http://www.pravo.org.mk/documentDetail.-php?id=500>. Vlada Republike Makedonije je 2010. godine imenovala Komisiju za izradu Nacrta Građanskog zakonika Makedonije u okviru kojeg će biti reformisano i porodično pravo. O nekim prijedlozima za izmjenu porodičnog zakonodavstva u Makedoniji, detaljnije vid. u: Ristov, A., Kočkovska, K., *Kratak pregled zakonodavstva u Republici Makedoniji...*, Zbornik radova Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2012, str. 116–137.

U svim ovim zemljama došlo je do promjene sistema zasnivanja usvojenja u odnosu na nekadašnje jugoslovensko zakonodavstvo. U nekima se to dogodilo još sedamdesetih godina prošlog vijeka (SR Hrvatska i dr.), a u nekima tek nakon nastanka samostalnih država (Srbija). Koncept ugovora koji je ranije bio predviđen, zamijenjen je sistemom odluke, s tim da je stvarna nadležnost i dalje na organu starateljstva, sa izuzetkom makedonskog prava u kome je predviđena nadležnost nacionalne komisije.³²

6. Sistem dekreta u pravu Republike Srpske

Porodičnim zakonom Republike Srpske, preuzeta su zakonska rješenja o usvojenju koja su postojala u PZ-u SR BiH.³³ Jedinu novinu predstavljaju odredbe o probnom smještaju i odredba u kojoj se izričito predviđa donošenje Uputstva o postupku usvajanja djece. Za razliku od prava RS, u Porodičnom zakonu Federacije BiH, reformisane su i poboljšane odredbe kojima se regulišu zasnivanje, pravna dejstva i prestanak usvojenja.³⁴ Isto tako, u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta BiH, čiji je tekst skoro identičan PZ-u FBiH, došlo je do značajnih pomaka u regulisanju ove oblasti.³⁵

Kao što već rekosmo, postavlja se pitanje da li je u pravu SR BiH, odnosno u pravu Republike Srpske dosljedno prihvaćen sistem dekreta odnosno potpuno ukinut sistem ugovora. Da bismo razjasnili ovu nedoumicu, potrebno je da analiziramo zakonski pojam usvojenja i neka pravila adoptivnog postupka u našem pozitivnom pravu.

6.1. Pojam usvojenja u pravu Republike Srpske

U Porodičnom zakonu RS, predviđeno je da je za punovažnost usvojenja potrebno da usvojlac i usvojenikovi roditelji, odnosno staraoci usvojenika, kao i sam usvojenik ukoliko je stariji od deset godina, daju saglasnost na usvojenje pred nadležnim organom starateljstva. Izjave o saglasnosti unose se u zapisnik, koji potpisuju sva lica koja su prisustvovala zasnivanju usvojenja.³⁶ Za razliku od prava RS, u zakonodavstvima

32 Vid. čl. 88 PZ-a Srbije; čl. 135 PZ-a Crne Gore; čl. 135, st. 1 PZ-a Hrvatske; čl. 10b i čl. 146 PZ-a Slovenije.

33 Porodični zakon – PZ RS, *Sl. gl. RS*, br. 54/02 i 41/08, čl. 145–174.

34 Porodični zakon – PZ FBiH, *Sl. nov. FBiH*, br. 35/05 i 41/05, čl. 91–123.

35 Porodični zakon – PZ BD BiH, *Sl. gl. BD BiH*, br. 66/07, čl. 76–106.

36 Vid. čl. 145 PZ-a RS, kao i čl. 142 PZ-a SR BiH. Ovi članovi nalaze se odmah iza

većine država nastalih na prostoru nekadašnje Jugoslavije, usvojenje je jasno određeno kao poseban oblik porodičnog pravne zaštite djeteta bez roditeljskog staranja, kojim se zasniva roditeljski, odnosno srodnički odnos.³⁷

Zakonsko definisanje usvojenja u našem pravu, po kome ono prvenstveno počiva na saglasnosti strana(ka),³⁸ ostatak je ranijeg koncepta po kome je adopcija nastajala na osnovu sporazuma usvojlaca i roditelja djeteta koje se usvaja. U svim zakonodavstvima u kojima je prihvaćen koncept dekreta, usvojenje nastaje na osnovu odluke koju donosi nadležni organ sa javnim ovlašćenjima, pri čemu je saglasnost određenih lica samo jedan od uslova za donošenje odluke.³⁹ Doduše, i u pravu Republike Srpske propisano je da usvojenje nastaje na osnovu rješenja organa starateljstva, kada utvrdi da su ispunjeni svi zakonski uslovi,⁴⁰ ali očigledno je da su pojedine zakonske norme (poput pomenutog člana) ostale neusklađene sa prihvaćenim modelom odluke.

Da u našem zakonodavstvu nije dosljedno sproveden proces prelaska sa sistema ugovora na sistem dekreta, vidimo i iz odredbe u kojoj je izričito predviđeno da “zasnivanju” usvojenja prisustvuju usvojlac, njegov bračni drug i roditelji, odnosno staralac usvojenika.⁴¹ Ako je već ukinut model ugovora, onda pomenuta lica ne bi trebalo da prisustvuju “zasnivanju usvojenja” nego da učestvuju u “postupku zasnivanja usvojenja”.⁴²

6.2. Postupak za zasnivanje usvojenja u pravu Republike Srpske

Postupak za zasnivanje usvojenja možemo podijeliti u tri faze. Prvu fazu čini pripremni odnosno prethodni postupak, potom slijedi postupak donošenja rješenja o zasnivanju usvojenja i, na kraju, postupak registracije

naslova četvrtog dijela zakona – Usvojenje, i predstavljaju uvodne odredbe.

37 Vid. čl. 91, st. 1 PZ-a FBiH; čl. 76, st. 1 PZ-a BD BiH; čl. 121, st. 1 PZ-a Crne Gore; čl. 123, st. 1 PZ-a Hrvatske; čl. 7 PZ-a Slovenije.

38 Razlikovanjem pojma strane (iz materijalnog prava) u odnosu na pojam stranke (iz procesnog prava), najlakše ćemo uočiti suštinsku razliku između sistema ugovora i sistema dekreta. U ugovornom modelu, strane postizu svečani sporazum o adopciji pred nadležnim organom, dok kod modela dekreta stranke učestvuju u postupku zasnivanja usvojenja u kome konačnu odluku donosi nadležni organ.

39 U pravu Srbije izričito je predviđeno da se usvojenje zasniva “odlukom” organa starateljstva. Vid. čl. 88 PZ-a Srbije.

40 Vid. čl. 166, st. 1 PZ-a RS.

41 Vid. čl. 164, st. 1 PZ-a RS. “Zasnivanje usvojenja” pominje se *in fine* i u čl. 145 PZ-a RS.

42 Primjera radi, tako je predviđeno u porodičnom pravu Federacije BiH. Vid. čl. 107, st. 1 PZ-a FBiH.

usvojenja.⁴³ U postupku koji prethodi donošenju rješenja o nastanku usvojenja, utvrđuju se zakonske pretpostavke u pogledu aktivne i pasivne adoptivne sposobnosti kao i adoptivnih smetnji.

Osnovni problem u pozitivnom pravu Republike Srpske, kada je riječ o adopciiji, jeste to što je izuzetno loše i neprecizno regulisan najvažniji dio adoptivne procedure – pripremni (dijagnostički) postupak. U ovoj fazi, organ starateljstva trebalo bi da odigra suštinsku ulogu – da utvrdi da li su ispunjene sve zakonske pretpostavke za nastanak usvojenja. Međutim, ovom dijelu postupka posvećuje se najmanje pažnje u pozitivnopravnom regulisanju. Dodatan izvor nedoumica predstavlja i to što se postupci za zasnivanje potpunog i nepotpunog usvojenja suštinski ne razlikuju.

Jedna od najlošije regulisanih oblasti u adoptivnom postupku, jeste pitanje davanja saglasnosti na adoptivni čin. Evropskom konvencijom o usvojenju djece predviđena je, kao jedna od pretpostavki za punovažno usvojenje, i saglasnost određenih lica.⁴⁴ Kao što je već rečeno, i PZ-om RS normirano je da se sa usvojenjem moraju saglasiti usvojilac, usvojenikovi roditelji,⁴⁵ odnosno staralac uz odobrenje organa starateljstva,⁴⁶ te sam usvojenik ukoliko je stariji od deset godina. Međutim, pitanje je koliko su precizno regulisana pravila o davanju ovih izjava.

Iako smo i ranije pisali o nedumicama koje postoje u vezi sa pravilima o davanju izjava o saglasnosti sa usvojenjem u pravu Republike Srpske, i uopšte u pogledu pripremnog postupka, ovdje ćemo pomenuti nekoliko zaključaka do kojih smo došli, a koji su sporni u pravnoj teoriji i praksi.⁴⁷ Ovim želimo da pokažemo kako se u našem pravu ne vodi dovoljno računa

43 Vid. Draškić, M., *Porodično pravo i prava deteta*, Čigoja štampa, Beograd, 2005, str. 240. Pojedini autori prave različite podjele kada je riječ o formi usvojenja odnosno postupku za zasnivanje usvojenja. – Umjesto svih, vid.: Ponjavić, Z., *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2007, str. 213 i 221; Mladenović, M.; Stjepanović, S.; Živanović, M., *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Srpskom Sarajevu, Pale, 2003, str. 305–309; Babić, I., *Porodično pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 1999, str. 144–153.

44 Vid. čl. 5 KUD.

45 Pravo roditelja da daju saglasnost na usvojenje svog djeteta, proističe i iz odredaba Konvencije o pravima djeteta, po kojima dijete ne smije biti odvojeno od roditelja protiv njihove volje. Vid. čl. 9 KPD. Pojedini autori davanje saglasnosti sa usvojenjem od strane roditelja posmatraju kao napuštanje djeteta i izuzetak od pravila da se ne može vršiti raspolaganje nečim što im ne pripada. Vid. Ponjavić, str. 215.

46 Vid. čl. 204, al. 4 PZ-a RS.

47 O nedorečenostima i protivrječnostima zakonskih rješenja u pogledu pripremnog postupka za zasnivanje usvojenja, detaljnije vid. u: Čeranić, D., *Pripremni (prethodni) postupak za zasnivanje usvojenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale, 2009, str. 263–278.

o normiranju zakonskih pretpostavki za zasnivanje usvojenja, pogotovo u vezi sa davanjem saglasnosti pojedinih lica, a što je posljedica loše sprovedenog prelaza sa sistema ugovora na sistem dekreta.

Usvojenikovi roditelji i usvojenik svoju saglasnost mogu da daju pismeno ili usmeno na zapisnik pred nadležnim organima starateljstva i mimo ročišta na kome se odlučuje o ispunjenosti zakonskih pretpostavki za nastanak usvojenja. U stvari, u većini slučajeva ova lica ne prisustvuju ročištu na kome se donosi odluka o osnovanosti zahtjeva za zasnivanje usvojenja.⁴⁸ Roditelji djeteta lično daju pristanak za zasnivanje usvojenja. Ne postoji mogućnost davanja specijalne punomoći. Pristanak na usvojenje moraju dati oba roditelja, bez obzira na to da li oboje vrše roditeljsko pravo.⁴⁹ Izjava mora biti jasna, stvarna i slobodna. Roditelji svoj pristanak mogu dati i unaprijed, bez označavanja usvojioca. Sva lica koja su dala izjavu o saglasnosti sa usvojenjem, izjavu mogu opozvati sve do pravnosnažnosti rješenja o zasnivanju usvojenja.

Pored preciznijeg normiranja pravila o davanju izjava o saglasnosti sa usvojenjem, u našem porodičnom pravu treba jasno odrediti i značaj ovih izjava u adoptivnom postupku. Nesumnjivo je da ove izjave predstavljaju jedan od najvažnijih uslova za zasnivanje usvojenja, ali one ne mogu predstavljati neposredan osnov za nastanak usvojenja. Postojanje ovih izjava i njihova punovažnost samo su neke od zakonskih pretpostavki koje nadležni javni organ treba da utvrdi u složenom postupku donošenja odluke o zasnivanju usvojenja. U sistemu dekreta koji je kod nas prihvaćen, davanje ovih izjava treba da budu predviđeno kao dio zakonskih uslova, bez bilo kakvog prenaplašavanja njihovog značaja, jer one same ne mogu biti dovoljne za nastanak usvojenja, koje nastaje isključivo odlukom nadležnog organa.

48 Roditelji ne prisustvuju ročištu kada im je oduzeto roditeljsko pravo, ili oduzeta poslovna sposobnost, ili im je boravište nepoznato najmanje godinu dana, a u tom periodu se ne brinu za dijete (što je predviđeno samo za nepotpuno usvojenje), ili nisu živi, ili su nepoznati, ili su dijete napustili, a duže od jedne godine im se ne zna za mjesto boravka, ili su dali blanko saglasnost za usvojenje, ili je organ starateljstva odlučio da oni ne prisustvuju samom ročištu (što je predviđeno za oba oblika usvojenja). Usvojenik ne prisustvuje ročištu kada je organ starateljstva odlučio da on ne treba da prisustvuje.

49 Neki autori smatraju da pristanak roditelja na (potpuno) usvojenje, u suštini, predstavlja jednostranu izjavu volje kojom roditelj izričito napušta svoje dijete. Vid. Kitanović, T., *Usvojenje*, magistarski rad, odbranjen na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, Novi Sad, 2006, str. 102.

7. Sistem dekreta vs. privatizacija porodičnog prava

S obzirom na to da smo svjedoci “privatizacije” odnosno “kontraktualizacije” porodičnog prava,⁵⁰ ne možemo a da se ne zapitamo kakav je uticaj ovih procesa na sisteme zasnivanja usvojenja. Da li načelo individualizma i svemoći volje koje postepeno nadvladava princip porodičnog zajedništva, može imati uticaja na adoptivni postupak.

Istorijski gledano, institut usvojenja se od davnašnjih vremena pa do danas razvijao u suprotnom smjeru u odnosu na ostatak porodičnog prava. Od potpunog individualizma i krajnje autonomije volje na ovom polju, došli smo do organa sa javnim ovlašćenjima koji u strogo regulisanom postupku utvrđuje postojanje zakonskih pretpostavki, te donosi konačnu odluku o zasnivanju usvojenja. Posmatrajući zakonodavnu praksu većine država Evrope i svijeta, kao i aktivnosti međunarodnih organizacija na ovom planu, mislimo da će usvojenje i dalje biti u nadležnosti javne vlasti i da će nalet privatizacije i individualizma zasad zaobići ovu oblast porodičnog prava.

8. Zaključak

U većini evropskih prava, posljednjih decenija došlo je do promjene sistema zasnivanja usvojenja. Nekadašnji sistem ugovora zamijenjen je sistemom dekreta. U savremenim pravnim porecima, usvojenje uglavnom nastaje na osnovu odluke javnog organa, a ne na osnovu odobrenog sporazuma koji zaključuju roditelji djeteta i usvojilac pred nadležnim organom.

Slična sudbina zadesila je i zakonodavstva sa prostora nekadašnje Jugoslavije. U nekima je ova promjena dosljedno sprovedena, u nekima ne baš. Najlošija zakonska rješenja postoje u porodičnom pravu Republike Srpske koje je nastalo na osnovima porodičnog zakonodavstva SR BiH. U budućim zakonskim reformama, trebalo bi jasno odrediti da usvojenje u našem pravu nastaje na osnovu odluke nadležnog organa, a da saglasnost pojedinih lica predstavlja jednu od više zakonskih pretpostavki za usvojenje. Pored preciznijeg normiranja pojma usvojenja, pažnju bi trebalo posvetiti i adoptivnom postupku, a posebno uslovima u pogledu davanja i opoziva izjave o saglasnosti sa usvojenjem.

50 O privatizaciji porodičnog prava, detaljnije vid. u: Ponjavić, Z., *Privatizacija porodičnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.

Senior Assistant Dimitrije Čeranić, LL.M.
Faculty of Law University of East Sarajevo

THE CONTRACT SYSTEM OF ADOPTION AND ADOPTION BY DECREE SYSTEM

Summary

For a valid adoption, it is necessary more legal requirements concerning active and passive abilities and adoptive forms of adoption. In comparative law, there are two different systems of adoption: a system of decrees and contract system. In this paper, the author analyzes both these systems and their advantages and disadvantages. The paper discusses the legislation in the states of the former Yugoslavia, as well as some European legislation and international legal documents in the field of adoption. Finally, the author offers suggestions for legal reform of the Republic of Srpska. In the paper the author used historical, normative and comparative method.

Key words: Adoption, Contract system, System of decrees.

Viši ass. Borjana Miković
Fakultet političkih nauka Univerziteta u Sarajevu

PRAVO DJETETA NA ZAŠTITU OD NASILJA U PORODICI – PORODIČNO PRAVNI ASPEKTI

Sažetak

U radu je, uz analizu odredaba Porodičnog zakona Federacije BiH vezanih za pravo djeteta na život u porodici bez nasilja, kao i pravo djeteta na zaštitu od nasilja u porodici, posebna pažnja usmjerena na problem zaštite djeteta od tjelesnog kažnjavanja u porodici. Ovo ne samo zbog činjenice da je UN Komitet za prava djeteta u svojim Zaključnim razmatranjima, usvojenim nakon razmatranja Prvog inicijalnog izvještaja o ostvarivanju prava djeteta, još 2005. godine, preporučio državi BiH da izričito zabrani tjelesno kažnjavanje djeteta u porodici, nego i zbog toga što je u bosanskohercegovačkoj kulturi odgoja djeteta primjena tjelesnog kažnjavanja opće prihvaćena/prisutna. Stoga je, uz poziv na odgovarajuću literaturu i međunarodne dokumente, ali i iskustva drugih zemalja, budući sa Porodični zakon Federacije BiH ne sadrži decidno navedenu odredbu o zabrani tjelesnog kažnjavanja djeteta u porodici, potreba legislativnih promjena u smislu izričitog navođenja zabrane tjelesnog kažnjavanja djeteta u porodici posebno obrazložena.

Ključne riječi: dijete, nasilje, tjelesno kažnjavanje, porodica, zaštita.

Uvod

Nasilje u porodici, vjerovatno staro koliko i ljudsko društvo, prisutno u svim kulturama i civilizacijama, danas predstavlja fenomen kome različite naučne discipline, kao i različiti profili stručnjaka, posvećuju sve veću pažnju. Ovo, tim prije što stalno urušavanje ranije prevladavajuće nuklearne porodice, sve prisutnija svijest o ljudskim pravima, ali i rezultati provedenih istraživanja dovode do promjene, i danas u našoj kulturi, opšteprihvaćenog mita da je porodica za sve njene članove „raj u nemilosrdnom svijetu“,¹ što ona, bez obzira na različite promjene u porodičnoj strukturi i odnosima, za većinu djece to zaista i jeste. Nažalost, za razliku od navedenog, za onaj

1 Milić, A., *Sociologija porodice*, Čigoja, Beograd, 2007., str. 39.

drugi, znatno manji, broj djece njihova porodica zbog različitih uzroka često predstavlja, ili može predstavljati, mjesto najokrutnijeg nasilja koje odrasli članovi, najčešće roditelji, ispoljavaju prema njima.

U BiH društvena svijest o zaštiti djeteta od nasilja u porodici u ranijem, socijalističkom periodu bila je pretočena u društvenu brigu o djeci, označenu uspostavom mreže različitih ustanova kao što su: zdravstvene, obrazovne, socijalne i sl. Nasilje nad djetetom u porodičnom okruženju, posebno neki njegovi oblici, npr. seksualno zlostavljanje, sve do unazad nekoliko godina, bilo je obavijeno velom porodične tajne, prešućivano od strane profesionalaca i gotovo negirano od strane društva. Ovo posebno što prijeratno zakonodavstvo nije u dovoljnoj mjeri sankcionisalo pojavu nasilja u porodici (nasilje u porodici nije krivičnim zakonodavstvo bilo normirano kao krivično djelo), a time i nasilje nad djetetom. Također, i organizacija različitih službi, odnosno praksa različitih profila stručnjaka, kao i njihova edukacija, npr. ljekara, socijalnih radnika, vaspitača, prosvjetnih radnika, policije, tužilaca i sudija, nije bila dovoljno usmjerena i efikasna u pružanju neposredne pomoći i zaštiti djeteta od nasilja, često zanemarujući i tako maglovita zakonska rješenja iz ove oblasti. Razlog ovakvog odnosa društva prema nasilju u porodici, ili bolje rečeno njegovog prešućivanja, možda treba tražiti u politici samoupravnog socijalističkog sistema, koji je bio po „mjeri čovjeka“.

Posljednjih desetak godina, odnosno u prvoj deceniji 21. stoljeća, u BiH zaštita djeteta od nasilja u porodici sve više zaokuplja pažnju društva. Navedeno se, pored usvajanja u svijetu stečenih znanja, objašnjenja uzroka nastanka, razumijevanja, otkrivanja i prijavljivanja same pojave, ogleda i kroz usvajanje odgovarajuće porodične i krivično pravne zakonske regulative u okviru koje su, uz definisanje nasilja u porodici krivičnim djelom, ustanovljene i konkretne mjere zaštite djeteta od ove pojave. Ovakav vid društvene reakcije na nasilje nad djetetom u porodičnom okruženju zasnovan je na potrebi i opravdanosti državne intervencije u porodične odnose u slučajevima kad je ugrožen život i razvoj djeteta, odnosno njegov najbolji interes, kao standard roditeljskog staranja. U tom kontekstu, slijedeći set principa datih u UN Konvenciji o pravima djeteta,² kao što su: najbolji interes djeteta; pravo na sopstveno mišljenje; pravo na život i preživljavanje; pravo na nediskriminaciju; pravo na informisanje; pravo na privatnost, država se, preuzimajući funkciju zastupanja, postavlja kao garant prava djeteta ukoliko su ona ugrožena ili povrijeđena

2 *UN Konvencija o pravima djeteta*, 1989, u: *Ljudska prava, Human rights, Odabrani međunarodni dokumenti*, Ministarstvo vanjskih poslova BiH i Nezavisni bito za humanitarna pitanja, Sarajevo, 1996.

ponašanjem roditelja i drugih članova porodice koji su dužni da brinu o djetetu. Ograničena prava roditelja i uslovna autonomija porodice logične su konsekvence priznavanja posebnih interesa i prava djeteta kao subjekta porodičnih odnosa.³

1. Zabrana nasilja nad djetetom u Porodičnom zakonu Federacije BiH

Porodični zakon Federacije BiH⁴ u osnovnim odredbama, pored određenja porodice i odnosa unutar porodice, te vanbračne zajednice,⁵ jasno, u čl. 4, propisuje zabranu nasilničkog ponašanja bračnog partnera ili bilo kojeg drugog člana porodice, određujući, pozivom na čl. 4 Zakona o ravnopravnosti spolova u BiH,⁶ nasilničko ponašanje kao „svako narušavanje fizičkog i psihičkog integriteta“. Zakon, također, sadrži i više međusobno povezanih načela na kojima se zasniva uređenje porodičnih odnosa od kojih je u kontekstu nasilja nad djetetom jedno od bitnih načelo „obaveze roditelja da osiguraju zaštitu interesa i dobrobiti djeteta i njihova odgovornost u podizanju, odgoju i obrazovanju djeteta“ (čl.2., toč. 2/c). Ovo načelo, zajedno s načelom... „ravnopravnosti, međusobnim pomaganjem i poštivanjem članova porodice“ (čl.2., toč. 2/b.), čini temeljno određenje porodičnog zakonodavstva u smislu prepoznavanja vrijednosti koje se štite Zakonom. Najvažnije odredbe vezano za zaštitu djeteta od nasilja u porodici date su u trećem dijelu Zakona, točka C., pod naslovom, „Prava i dužnosti roditelja i djece“, čl.124-155, gdje se na institutu odgovornosti, dužnosti i pravima roditelja, odnosno pravima djece i zasnivaju njihovi međusobni odnosi, za

3 Dingwall, R., et al., *The protection of Children-State Intervention and Family Life*, Oxford, Basil Blackwell, 1985., str. 222-224.

4 *Porodični zakon Federacije BiH*, Službene novine FBiH, br.35/05 i 41/05.

5 Porodica je određena kao „životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu“.

Uređenja odnosa u porodici zasniva se na: zaštiti privatnosti porodičnog života; ravnopravnosti, međusobnom pomaganju i poštovanju članova porodice; obavezi roditelja da osiguraju zaštitu interesa i dobrobiti djeteta i njihovoj odgovornosti u podizanju, odgoju i obrazovanju djeteta; obavezi države da osigura zaštitu porodice i djeteta; pružanju starateljske zaštite djeci bez roditeljskog staranja i odraslim osobama koje nisu sposobne same starati se o sebi, svojim pravima, interesima i imovini (čl. 2).

Vanbračna zajednica je određena kao: „zajednica života žene i muškarca koji nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugom osobom, koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete“ (čl.3).

6 *Zakon o ravnopravnosti spolova BiH*, Službeni glasnik BiH, br. 16/03.

koje se „ne može govoriti kao o dualizmu odnosa, nego o upotpunjavanju međusobnih pravnih interakcija. Najčešće dužnostima roditelja i njihovoj odgovornosti komplementarno odgovaraju prava djece“.⁷ U ovom kontekstu Porodični zakon Federacije BiH, čl.132., posebno definira i obavezu roditelja da dijete upoznaju s njegovim pravima i omoguće mu njihovo ostvarivanje.

1.2. Pravo djeteta na zaštitu od nasilja u porodici

Uz taksativno navedena različita prava djeteta Porodični zakon Federacije BiH je, posebno u čl.127., utvrdio i pravo djeteta kao člana porodice „na zaštitu od svih oblika nasilja, zlopotrebe, zlostavljanja i zanemarivanja“. Utvrđivanjem ovog prava zakonodavac je, iako posebno ne nabroja članove porodice kao moguće zlostavljače, posredno imao u vidu zabranu nasilja nad djetetom ne samo od strane roditelja, nego i drugih članova porodice, npr. baka, djedova, braće, sestara itd. S druge strane, ova odredba, ukoliko se promatra samo u dijelu prava djeteta „na zaštitu od svih oblika nasilja“, i ukoliko se imaju u vidu stavovi različitih autora da su pojmovi „zlopotreba“ i „zanemarivanje“ samo oblici nasilja,⁸ te da se pojam „nasilje“ (u prilog čemu govori i naziv Zakona o zaštiti od nasilja u porodici Federacije BiH)⁹ danas upotrebljava u vezi sa većinom oblika zlostavljanja, obuhvata istovremeno ne samo pojmove: „zlopotreba, zlostavljanje i zanemarivanje“, nego i tjelesno kažnjavanje djeteta kao jedan od oblika nasilja nad djetetom u porodici, najčešće prisutan u BiH kulturnom podneblju. Međutim, obzirom na rasprostranjenost primjene tjelesnog kažnjavanja djeteta u bosanskohercegovačkoj porodici, za koje često ne samo roditelji, nego i društvo nalaze opravdanje dijelom i zbog teškoća u određivanju njegove donje i gornje granice, ali i teškoća njegovog razlikovanja od nasilja, budući da tjelesno kažnjavanje djeteta obuhvata različite postupke koji se razlikuju po načinu, intenzitetu i učestalosti, izričito navođenje njegove zabrane u Zakonu čini se primjerenim/potrebim. Ovo, posebno što javnost, iako međunarodno pravo jasno propisuje zabranu bilo kojeg oblika nasilja nad djetetom, o neprihvatljivosti tjelesnog kažnjavanja i njegovim posljedicama za dijete nema dovoljno znanja i svijesnosti, za što najveću odgovornost snosi država/vlast koja i kreira zakone u čijem

7 Hrabar, D., *Zanemarivanje i zlostavljanje djece u obitelji-pravni aspekti*, u: *Dijete i društvo*, br. 1 i 2, Državni zavod za zaštitu obitelji, materinstva i mladeži, Zagreb, 2001, str.26.

8 Killen, K., *Izdani*, Zagreb, Društvo za psihološku pomoć, Zagreb, 2001., str. 21.

9 *Zakon o zaštiti od nasilja u porodici*, Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, br. 22/05, 51/06.

bi središtu uvijek morao biti najbolji interes djeteta. Navedenom, također, treba dodati i to da čak ni na međunarodnom nivou ne postoji jedna jasna i općeprihvaćena definicija tjelesnog kažnjavanja djeteta. Tako na primjer, tjelesno kažnjavanje djeteta Vijeće Evrope određuje kao „svako kažnjavanje kojim se korištenjem tjelesne snage namjerava uzrokovati neki nivo boli i nelagodnosti.¹⁰ Slično određenje, u svojoj Općoj preporuci, br.8, daje i UN Komitet za prava djeteta definišući tjelesno kažnjavanje djeteta kao svako kažnjavanje u kojem se koristi tjelesna snaga s namjerom da se izazove neki nivo bola ili nelagodnosti, bez obzira na blagost. Uz ovu definiciju, kao metode navode se: šamar, udarac rukom, nogom ili predmetom (štap, kaiš, bič, prut, varjača i sl.), trešnje, bacanje, grebanje, ujed, vučenje za kosu ili uši, prisiljavanje djeteta da stoji u neugodnom položaju, nanošenje opekotina itd. U istoj Preporuci, Komitet također navodi da je veoma bitno razlikovati postupanja kojim se namjerno nanosi bol, nelagodnost i poniženje od zaštitničkog tjelesnog djelovanja, ili intervencije čiji je cilj da se dijete zaštiti od opasnosti.¹¹

Potrebu za izričitim navođenjem zabrane tjelesnog kažnjavanja djeteta u porodici u porodičnom zakonodavstvu BiH, iako nisu izvor prava i nemaju izravnu primjenu, nego predstavljaju samo smjernice koje bi država trebala slijediti, potvrđuju i stavovi UN Komiteta za prava djeteta dati u Zaključnim razmatranjima, donesenim nakon razmatranja Prvog inicijalnog izvještaja o pravima djeteta u BiH, iz 2005. godine, gdje Komitet (toč. 42), uz konstataciju da su u oba entiteta u toku nove zakonske mjere koje imaju za cilj unapređenje zaštite djeteta od nasilja u porodici (novi Porodični zakon Federacije BiH i Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Federacije BiH), izražava posebnu zabrinutost „zbog činjenice da u državi ugovornici ne postoji izričita zabrana fizičkog kažnjavanja djeteta“. Stoga Komitet preporučuje državi BiH da „izričito zabrani fizičko kažnjavanje djece u porodici i institucijama“.

U prilog opredjeljenju da preporuku Komiteta treba ispoštovati, iako je do aprila 2011. godine samo 18 zemalja Evrope, među kojima i nama susjedna Republika Hrvatska, odnosno ukupno 23 zemlje svijeta,¹² izričitim zakonskim odredbama, pod prijetnjom sankcija, zabranilo tjelesno kažnjavanje djeteta, posebno govori i podatak da je prva odluka o zabrani tjelesnog kažnjavanja djeteta u porodici na međunarodnom

10 *Eliminating Corporal Punishment: a Human Rights Imperative for Europe's Children*, Council of Europe, 2005., str. 20.

11 General Comment, br. 8 (2006) CRC/C/6C/8, 21. 8. 2006.

12 http://www.skole.hr/veliki-odmor/kalendar?news_id=5566: 5.1.2013.

nivou donesena od strane Komisije za ljudska prava Vijeća Europe,¹³ još prije 30 godina, odnosno 1982. godine.¹⁴ Ovdje također treba istaći da se samo zakonskim izmjenama, pa makar one bile zasnovane i na preporuci međunarodne zajednice, odnosno UN Komiteta za prava djeteta, bez promjene javnog mišljenja i društvene svijesti o potrebi zabrane tjelesnog kažnjavanja djeteta u porodici ne mogu ostvariti željeni rezultati.

1.3. Mjere porodično pravne zaštite prava i interesa djeteta/mjere zaštite djeteta od nasilja u porodici

Porodični zakon Federacije BiH, u dijelu koji uređuje roditeljsko staranje, posebno sadrži odredbe (čl.134.) o dužnostima roditelja da brinu o životu i zdravlju djeteta, čuvaju ga, zadovoljavaju njegove normalne potrebe i štite ga kako „od svih oblika poroka“, tako i od „nasilja, povreda, ekonomske eksploatacije, seksualne zloupotrebe i svih drugih asocijalnih pojava“, uz obavezu kontrole ponašanja djeteta, zavisno od njegovog uzrasta i zrelosti. Ovim odredbama, prepoznajući roditelje kao osobe odgovorne za odgoj, pravilan rast i razvoj djeteta, zakonodavac je, posebno propisao potrebu za provođenjem roditeljskih dužnosti u zaštiti djeteta od nasilja i izvan porodičnog okruženja, npr. u obdaništu, školi, ulici, ali i u slučajevima nasilja nad djetetom od strane drugih osoba, kao što su: vršnjaci, nastavnici, odgajatelji i sl.

U svim slučajevima neizvršavanja, potpunog ili djelomičnog, sadržaja roditeljskog staranja zaštita djeteta, posebno djeteta žrtve nasilja u porodici, kao i kontrola staranja, shodno Zakonu, ostvaruje se primjenom neke od porodično-pravnih mjera zaštite osnovnih prava i interesa djeteta i to u okviru dva paralelna sistema: organa starateljstva i suda.

13 Komisija za ljudska prava (Human Rights Commission) je tijelo Vijeća Europe koje je osnivanjem Europskog suda za ljudska prava prestalo da postoji 1998. godine.

14 Vidjeti publikaciju Vijeća Europe, *Ukidanje tjelesnog kažnjavanja djece, Pitanja i odgovori*, Ministarstvo obitelji, branitelja i međugeneracijske solidarnosti, Zagreb, 2008., str. 11, gdje stoji da se odluka odnosila na odbijanje tužbe/zahtijeva grupe roditelja iz Švedske, da švedski zakon koji zabranjuje tjelesno kažnjavanje krši odredbe čl. 8 („pravo na porodični život i privatnost“) i čl. 9 („pravo na slobodu vjeroispovijesti“) Europske konvencije o ljudskim pravima, kao i čl. 2 Prvog protokola uz Konvenciju („pravo na obrazovanje u skladu s religijskim uvjerenjima“).

U svojoj tužbi roditelji su tvrdili da zabrana tjelesnog kažnjavanja od strane roditelja, koju je Švedska uvela 1979. godine, predstavlja kršenje njihovog prava na poštivanje obiteljskog života i na slobodu vjere. Kao članovi kongregacije protestantske Slobodne crkve u Stockholmu, oni su vjerovali u nužnost tjelesnog kažnjavanja, pravdajući svoja uvjerenja pozivanjem na tekstove iz Biblije.

Organ starateljstva, odnosno centar za socijalni rad, shodno odredbama Porodičnog zakona Federacije BiH (čl.150.), „dužan je po službenoj dužnosti poduzimati potrebne mjere radi zaštite prava i najboljeg interesa djeteta, a na osnovu neposrednog saznanja ili obavještenja“. Za zaštitu djeteta od nasilja u porodici, bitna je i odredba, data u istom članu, toč. 2., kojom je utvrđeno da „obavještenje o provođenju djetetovih prava, a naročito o nasilju, zlostavljanju, spolnim zloupotrebama i zanemarivanju djeteta, dužni su, bez odlaganja dostaviti organu starateljstva, svi organi, organizacije i fizičke osobe“. Ovom odredbom zakonodavac, uz stavljanje u prvi plan „organe i organizacije“, očito pod „fizičkim osobama“ podrazumijeva svaku osobu, bez obzira na njezin odnos/srodstvo sa djetetom ili porodicom, ali i samo dijete, čije je pravo „da traži zaštitu svojih prava pred nadležnim organom“ (čl. 125., toč. 2), koji je, npr. organ starateljstva i policija, obavezan da ispita slučaj i poduzme odgovarajuće mjere zaštite djeteta. Da li će dijete iskoristiti ovo pravo zavisi, pored starosne dobi djeteta, koliko od njegove svjesnosti da je nasilje nedopustivo i zakonom zabranjena pojava, toliko i od efikasnosti i rada nadležnih institucija.

Mjere zaštite prava i interesa djeteta koje organ starateljstva može izreći roditeljima djeteta su: „upozorenje na propuste i pružanje pomoći“ (čl. 151) i „nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog staranja“ (čl. 152).

Kod izricanja mjere „upozorenje na propuste i pružanje pomoći“, organ starateljstva upozori će roditelje na propuste u staranju o djetetu i pružiti im pomoć u njihovom otklanjanju, odnosno u sređivanju socijalnih, materijalnih i ličnih prilika i odnosa, a ukoliko interes djeteta to zahtijeva uputit će roditelje u odgovarajuće savjetovalište.

Propust roditelja u staranju o djetetu, iako to u Zakonu nije posebno navedeno, u kontekstu nasilja nad djetetom u porodici može se odnositi i na neke od „blažih“ oblika nasilja, kojeg roditelj ne mora uvijek biti svjestan, kao što je zanemarivanje djeteta, npr. kad „dijete neuredno posjećuje školu, apatično je, fizički i higijenski zapušteno, pokazuje znake agresivnosti“.¹⁵

Mjeru „nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog staranja“, organ starateljstva izriče u onim slučajevima „ako su roditelji zanemarili staranje o zdravlju i odgoju djeteta, ili kad je roditeljima potrebna pomoć u odgoju djeteta“, s tim da nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog staranja, koji također određuje organ starateljstva, traje dok je to „u interesu djeteta, a najkraće tri mjeseca“ (čl. 152 st. 1).

¹⁵ Draškić, M., *Porodično pravo i prava djeteta*, Beograd, Pravni fakultet, 2010., str. 310.

Određenjem slučajeva za koje se izriče ova mjera, bez direktne upotrebe pojma „nasilje nad djetetom“, u biti je istovremeno obuhvaćena i zaštita djeteta od nasilja u porodici koja se u ovom kontekstu posebno može vezati za zanemarivanje („zanemarivanje staranja o zdravlju i odgoju djeteta“), kao jedan od oblika nasilja nad djetetom u porodici, čije su osnovne karakteristike: zanemarivanje različitih potreba djeteta, npr. fizioloških, emocionalnih, socijalnih, razvojnih itd.

Izvršavanjem, odnosno provođenjem ovih mjera, organ starateljstva, pored zaustavljanja „propusta u staranju o djetetu“, odnosno roditeljskog „zanemarivanja staranja o zdravlju i odgoju djeteta“, pružanjem pomoći u otklanjanju propusta i nadzorom nad ostvarivanjem roditeljskog staranja, prevenira mogućnost ponavljanja i same pojave. Primjena navedenih mjera bi također trebala rezultirati promjenom ponašanja roditelja kao i njihovom edukacijom o posljedicama disciplinskog/tjelesnog kažnjavanja djeteta, čija zabrana Zakonom nije posebno utvrđena.

Ovlaštenje organa starateljstva da izrekne mjeru upozorenja roditeljima na propuste prisutne u staranju o djetetu, uz pružanje odgovarajuće pomoći, kao i da izrekne mjeru nadzora nad ostvarivanjem roditeljskog staranja, istovremeno ne isključuje i mogućnost iniciranja sudskog postupka za zaštitu djeteta od nasilja u porodici. Navedeno se odnosi i na one slučajeve u kojima se roditelji ne pridržavaju dobivenih uputa i ukoliko nisu promijenili svoj odnos prema djetetu, odnosno ukoliko i dalje zanemaruju staranje o zdravlju i odgoju djeteta.

Opredjeljenje zakonodavca da i kod nekog, očito u Zakonu navedenog, oblika nasilja nad djetetom u porodici, koje i nenamjerno mogu činiti njegovi roditelji, organu starateljstva da ovlaštenja za izricanje odgovarajućih korektivnih mjera, uz preveniranje same pojave, zasnovano je na principu najboljeg interesa djeteta, odnosno poštivanja prava djeteta na život u porodici.

Mjere zaštite ličnih prava i interesa djeteta koje, u vanparničnom postupku, izriče sud su: „oduzimanje roditelju prava da živi s djetetom“ i „oduzimanje roditeljskog staranja“. Izricanje ovih mjera, posebno mjere „oduzimanje roditeljskog staranja“, za razliku od tzv. preventivnih mjera, podrazumijeva konkretne oblike nasilja nad djetetom u porodici zbog kojih se roditeljima, iako oni zbog nasilja prema vlastitom djetetu mogu biti i krivično odgovorni¹⁶, onemogućava pravo na život s djetetom, odnosno

¹⁶ Za postupke zbog kojih mu se izriče mjera „oduzimanje prava da živi s djetetom“, kao i mjera „oduzimanje roditeljskog staranja“, roditelj, prema odredbama Krivičnog zakona FBiH, može odgovarati, npr. i za sljedeća krivična djela: „Zapuštanje ili zlostavljanje djeteta ili maloljetnika“ (čl. 219); „Povreda porodičnih obaveza“

oduzima roditeljsko staranje, a djetetu se određuje odgovarajući oblik porodične zaštite.

Mjera „oduzimanje roditelju prava da živi s djetetom“ podrazumijeva da se, „ako roditelji, odnosno roditelj s kojim dijete živi, ugrožava interes djeteta i u većoj mjeri zanemaruje podizanje, odgoj i obrazovanje djeteta ili ne sprečava drugog roditelja ili člana porodice da se na ovaj način ponaša prema djetetu, ili ako je kod djeteta došlo do većeg poremećaja u odgoju“, u vanparničnom postupku roditelju oduzme pravo da živi s djetetom, a čuvanje i odgoj djeteta povjeri drugoj osobi ili ustanovi (čl. 153., toč. 1).

„Oduzimanje roditeljskog staranja“ je mjera koju sud izriče „roditelju koji zloupotrebom svojih prava, ili grubim zanemarivanjem svojih dužnosti, ili napuštanjem djeteta, ili nestaranjem o djetetu s kojim ne živi očito stavlja u opasnost sigurnost, zdravlje i moral djeteta, ili koji ne zaštititi dijete od ovakvog ponašanja drugog roditelja ili osobe“ (čl. 154., st. 1). U istom članu, praveći razliku i nabrajajući slučajeve zloupotrebe prava i grubog zanemarivanja roditeljskih dužnosti (st. 2 i 3), zakonodavac je dao potpuno i jasno određenje različitih oblika nasilja nad djetetom, koji su uzrokovani zloupotrebom roditeljskih prava, posebno u slučajevima fizičkog i duševnog nasilja nad djetetom i spolnog iskorištavanja djeteta.

Kako se mjera „oduzimanja roditeljskog staranja“ izriče nakon utvrđenog činjeničnog stanja, odnosno kad je utvrđen neki od, u Zakonu utvrđenih oblika zloupotrebe prava ili grubog zanemarivanja roditeljskih dužnosti, pojedini autori smatraju da je „radi pravne sigurnosti, potrebno sačekati, nakon prijave nadležnim tijelima, da roditelj bude proglašen krivim u kaznenom postupku. Stoga bi trebala postojati koordinacija tijela krivičnog progona i porodično pravne zaštite.“¹⁷

Utvrđivanjem sve četiri pobrojane porodično-pravne mjere, u cilju zaštite ličnih prava i interesa djeteta, zakonodavac je, uz različite intenzitete i različite oblike nasilja u porodici prema djetetu, istovremeno propisao i oblike zaštite djeteta od nasilja u porodici, ne isključujući ni sudski postupak, čak i kod tzv. preventivnih mjera, ukoliko se roditelji ne pridržavaju uputstva organa starateljstva. Ti oblici zaštite kreću se od „mjera upozorenje na propuste“ i „nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog staranja“ koje su, bez izmještanja djeteta iz porodice, prvenstveno preventivnog karaktera, usmjerene na promjenu ponašanja roditelja i njihovu edukaciju, do represivnih mjera, „oduzimanje roditelju prava

(čl. 221); „Nasilje u porodici“ (čl. 222); „Izbjegavanje izdržavanja“ (čl. 223); „Rodoskvrnuće“ (čl. 213).

17 Hrabar, D., *Zanemarivanje i zlostavljanje djece u obitelji-pravni aspekti*, ob.cit., str. 27.

da živi s djetetom“ i „oduzimanje roditeljskog staranja“. S tim da se izricanjem tzv. represivnih mjera djeteta, zbog ugrožavanja njegovih interesa i zloupotrebe roditeljskog staranja, odvaja od nasilnika, odnosno porodične sredine¹⁸ (u pravilu povjerava se na čuvanje i odgoj drugoj osobi ili ustanovi) „što nije najsretnije rješenje, jer iz kuće odlazi djeteta, a ne počinitelj nasilja. Djeteta se ovim mjerama dodatno traumatizira što nas obavezuje na iznalaženje rješenja koja će biti usmjerena na udaljavanje počinitelja nasilja, a ne djeteta kao žrtve nasilja“.¹⁹

Odredbom Porodičnog zakona Federacije BiH, čl. 380., o pravu bračnih i vanbračnih partnera, te svih članova porodice na zaštitu od nasilničkog ponašanja u porodici, uz odgovarajuće kaznene odredbe, (čl. 383)²⁰, zaokružuje se zaštita djeteta, ali i drugih članova, od nasilja koje u porodičnom okruženju mogu počinuti odrasli članovi porodice, posebno roditelji, prema djetetu, ali i članovi porodice međusobno.

Na osnovu navedenog može se zaključiti da je Porodični zakon Federacije BiH, u okviru porodično-pravnih mjera zaštite ličnih prava i interesa djeteta, prepoznao potrebu sankcioniranja nasilja nad djetetom u porodici, posebno počinjenog od strane roditelja, prepuštajući izricanje i provođenje mjera zaštite za to nadležnim tijelima: sudu i organu starateljstva. Međutim, ovdje treba istaći da je gotovo iluzorno očekivati da se zaštita djeteta od nasilja u porodici može provoditi isključivo sistemom mjera porodičnog prava koje su u biti palijativne, bez adekvatnog i trajnog sprečavanja ove pojave. U prilog ovoj konstataciji govori, npr., to da Porodični zakon Federacije BiH propisuje novčanu kaznu za

18 Mjere: oduzimanje roditelju prava da živi s djetetom i oduzimanje roditeljskog staranja, izriču se jednom ili oboma roditelja, zavisno od toga da li su oboje ili samo jedno od njih zloupotrebljavali roditeljsko staranje ili grubo zanemarili roditeljske dužnosti. Ako je samo jednom od roditelja izrečena neka od ove dvije mjere pravo da živi s djetetom i vrši roditeljsko staranje pripada drugom roditelju. Ukoliko je jedna od ove dvije mjere izrečena oboma roditelja, ili jedinom roditelju djeteta se povjerava na čuvanje i odgoj drugoj osobi ili ustanovi.

19 Habul, U., *Pozitivne promjene koje je donio Porodični zakon/Zakon o zaštiti od nasilja u porodici: normativni okvir i stečena iskustva*, u: Zbornik radova, Međunarodna konferencija o nasilju nad djecom, 3-4 oktobar, SOS-Kinderdorf International, 2007., str. 29.

20 Čl. 383., toče. 1., utvrđeno je da će se novčanom kaznom od 2.000,00 KM do 20.000,00 KM kazniti prekršaj pravna osoba, odnosno ustanova ako:

- i) neobavijesti organ starateljstva o povredi prava djeteta, a naročito o nasilju, zlostavljanju, polnim zloupotrebama i zanemarivanju djeteta (čl. 150),
- j) roditelju oduzme pravo da živi s djetetom (čl. 154),
- n) ne odstrani osobu koja se nasilnički ponaša ili od koje prijeti opasnost od nasilničkog ponašanja (čl. 381).

neobavještanje organa starateljstva o povredi prava djeteta, a posebno o nasilju nad djetetom (čl. 383., toč. i.), dok je u Krivičnom zakonu Federacije BiH (čl. 345) propuštanje obaveze prijavljivanja težeg krivičnog djela od strane grupe profesionalaca, ukoliko je učinjeno prema djetetu i maloljetniku, određeno kao krivično djelo za koje se može izreći novčana kazna, ili kazna zatvora do tri godine. Stoga je, bez obzira na pozitivne pomake u novom porodičnom zakonodavstvu, problem društvene reakcije na počinjeno nasilje nad djetetom u porodici prvenstveno riješen krivičnim zakonodavstvom Federacije BiH, u kojem je po prvi put kao krivično djelo utvrđeno i nasilje u porodici.

Senior assistant Borjana Miković, LL.M.

THE RIGHT OF THE CHILD TO THE PROTECTION FROM THE DOMESTIC VIOLENCE– FAMILY-LAW ASPECT

Abstract

In this paper the author – based on an analysis of the provisions given within family law legislation of Federation Bosnia and Herzegovina related to the child's right to family life free of violence as well as right of the child to protection from domestic violence – focuses on the problem/ need of protecting children from corporal punishment within family. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), in its concluding remarks adopted already in 2005 upon review of first Initial report on realization and protection of child rights, clearly stated that State of Bosnia and Herzegovina have to explicitly prohibit corporal punishment of children in family. Nevertheless, corporal punishment is still widely accepted social practice in children upbringing and family laws do not incorporate provisions banning corporal punishment of children within family context. Based on corresponding literature and international documents as well as experience of other countries, the author thoroughly justifies the need for legislative changes which would allow for explicit ban of corporal punishment of children within the family.

Keywords: child, violence, corporal punishment, family, protection.

Doc.dr. Dubravka Husić,
Ass.mr. Emina Hasanagić
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

ZAŠTITA ŽENA I MAJČINSTVA U RADNOM ZAKONODAVSTVU BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

U radu se analizira zaštita žena u radnom zakonodavstvu BiH, s posebnim osvrtom na odredbe kojima se propisuje zaštita majčinstva. U BiH zaštita žena i majčinstva regulirana je zasebno na državnom nivou, na nivou entiteta i distrikta Brčko. U radu se daje uporedni prikaz ovih rješenja, te ukazuje na njihovu neujednačenost, te time i nejednak položaj žena u BiH, s obzirom na to u kojem dijelu države su nastanjene. Na kraju rada ukazuje se na novine u postojećem radnom zakonodavstvu koje imaju za cilj usklađivanje domaćih propisa sa zahtjevima Evropske unije i Međunarodne organizacije rada, osiguranje zaštite interesa majke i djeteta, te doprinijeti podizanju stope nataliteta. Polazeći od toga da je zaštita porodice sa djecom djelatnost od posebnog društvenog interesa, neophodno je preduzeti aktivnosti u cilju poboljšanja stanja u ovoj oblasti, što se posebno odnosi na FBiH.

Ključne riječi: zaštita žena, zaštita majčinstva, porodijsko odsustvo, porodijske naknade

1. Uvod

Zaštita majki i djece, kao segment u okviru cjelokupne zaštite ekonomskih i socijalnih prava, rezultat je nastojanja da se porodici, kao osnovnoj ćeliji društva, osigura odgovarajuća zaštita.

Iako Ustav BiH u svom normativnom dijelu ne predviđa posebno zaštitu majki i djece, u Aneksu I Ustava BiH navedeni su dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini, a među tim dokumentima je i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima čiji je čl. 10 upravo posvećen zaštiti majčinstva.

Međutim, 2008. godine BiH je kao članica Vijeća Evrope ratifikovala Evropsku socijalnu povelju, i time je ona postala primjenjiva na cjeloj

teritoriji BiH, jer se BiH obavezala da uskladi domaće zakonodavstvo sa standardima koji proizlaze iz ove Povelje. Evropska socijalna povelja predstavlja najvažniji dokument kojim se regulišu ekonomska i socijalna prava u okviru EU i zemalja članica Vijeća Evrope. Tri su osnovne grupe prava koje štiti Povelja: 1. prava na radnom mjestu, 2. posebna zaštita posebno ranjivih grupa i 3. univerzalna socijalna zaštita cijelog stanovništva.¹

Član 8. Evropske socijalne povelje označen je kao Pravo zaposlenih žena na porodiljsku zaštitu, gdje je predviđeno da sa ciljem osiguranja djelotvornog korištenja prava zaposlenih žena na porodiljsku zaštitu, zemlje potpisnice preuzimaju obavezu da:

1. predvide, bilo preko plaćenog odsustva ili preko adekvatnih naknada socijalne zaštite iz javnih fondova da zaposlene žene mogu uzeti odsustvo prije i nakon poroda, u ukupnom trajanja od najmanje 14 sedmica;
2. smatra nezakonitim da poslodavac da ženi otkaz tokom vremena od kada obavijesti poslodavca da je trudna, do kraja porodiljskog odsustva, ili da joj da otkaz tako da otkazni rok ističe tokom tog razdoblja;
3. osigura da majke koje doje svoju djecu imaju dovoljno slobodnog vremena za te svrhe;
4. regulira rad noću trudnih žena, žena koje su nedavno rodile, i žena koje doje svoju djecu;
5. zabrani zapošljavanje trudnica, žena koje su nedavno rodile ili koje doje djecu, u rudarskim poslovima pod zemljom, i svim drugim poslovima koji su nepogodni zbog svoje opasne, nezdrave ili naporene naravi, i poduzeti odgovarajuće mjere da zaštite prava ovih žena na zapošljavanje.

Odredbama Povelje izričito je zabranjeno davanje otkaza zaposlenici u periodu kada obavijesti poslodavca da je trudna uključujući i trajanje porodiljskog odsustva. Otkazni rok ne smije isticati tokom tog razdoblja. Država mora propisati sankcije za poslodavce koji ne poštuju odredbe o porodiljskom odsustvu kao i sankcije za otpuštanje koje bude izvršeno suprotno ovim odredbama kao i povratak na ranije radno mjesto, u slučaju otkaza zaposlenici, koji je dat u suprotnosti sa ovim odredbama. Povelja

¹ Obradović, N, *Zaštita prava u Bosni i Hercegovini, Dva pravna istraživanja o procjeni razine usklađenosti domaćih zakonodavstava i prakse sa važećim međunarodnim standardima*, 2010 god., str. 59-60. Dostupno na: http://www.solidar.org/IMG/pdf/mpdl_protection_of_rights_in_bosnia_herzegovina.pdf. Pristupljeno 14.12.2012.

predviđa jasnu obavezu države da obezbjedi zaštitu i primjenu prava i standarda iz ovog dokumenta bez obzira da li je u pitanju kršenje od strane javnog ili privatnog poslodavca. Poveljom se osigurava da majke koje doje svoju djecu imaju dovoljno slobodnog vremena za te svrhe. Nacionalno zakonodavstvo treba regulirati rad noću trudnih žena, porodilja i žena koje doje svoju djecu. Također, zemlje potpisnice su obavezne da preduzmu potrebne mjere radi sprovođenja zabrane zapošljavanje trudnica, žena koje su nedavno rodile ili koje doje djecu, u rudarskim poslovima pod zemljom, i svim drugim poslovima koji su nepogodni zbog svoje opasne, nezdrave ili naporanke naravi, i poduzeti odgovarajuće mjere da zaštite prava ovih žena na zapošljavanje.

U procesu evropskih integracija, jedna od obaveza BiH odnosi se i na primjenu Povelje, odnosno obezbjeđenje ostvarivanja i zaštite prava koje predviđa Povelja. Ratificiranjem Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, revidirane Europske socijalne povelje kao i ratificiranjem određenih konvencija Međunarodne organizacije rada, primjena, osiguranje ostvarivanja i zaštita radnih i socio-ekonomskih prava postaje obveza države Bosne i Hercegovine i svih razina vlasti u državi.²

Ustav FBiH priznaje pravo na zaštitu porodice i djece, u Aneksu I Ustava FBiH navedeni su dokumenti o ljudskim pravima koji imaju pravnu snagu ustavnih odredbi, a među njima je i Evropska socijalna povelja. Ustavom RS takođe je utvrđeno pravo na posebnu zaštitu omladine i žena.

Kad je riječ o zakonskim propisima, zaštita majčinstva je regulisana odredbama Zakona o platama i naknadama u institucijama Bosne i Hercegovine³, te Zakona o radu u institucijama Bosne i Hercegovine⁴, a na nivou entiteta to su Zakon o radu FBiH⁵, Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom⁶, Zakon o radu RS⁷-prečišćeni tekst, Zakon o dječijoj zaštiti RS⁸, dok su u Brčko Distriktu BiH relevantne odredbe Zakona o radu BD BiH⁹, Zakona o zdravstvenom osiguranju BDBiH¹⁰, te Zakona o socijalnoj zaštiti BDBiH¹¹.

2 Ibidem, str. 7.

3 „Sl. glasnik BiH“, br. 50/08 i 35/09.

4 „Sl. glasnik BiH“, br. 26/04, 7/05, 48/05 i 60/10.

5 „Sl. novine FBiH“, br. 43/99, 32/00 i 29/03.

6 „Sl. novine FBiH“, br. 36/99, 54/04, 39/06 i 14/09.

7 „Sl. glasnik RS“, br. 55/07.

8 „Sl. glasnik RS“, br. 4/02, 17/08 i 1/09.

9 „Sl. glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 19/06.

10 „Sl. glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 1/02, 7/02, 19/07, 2/08 i 34/08.

11 „Sl. glasnik Brčko distrikta BiH“, prečišćeni tekst, br. 51/11.

2. Zaštita žena i majčinstva u pozitivnom zakonodavstvu BiH

Iz bioloških, socijalnih i humanih razloga zaštita majčinstva se ostvaruje na nekoliko nivoa, s ciljem da se pomogne majci, djetetu ali i reguliranju populacije u širem smislu.¹² Položaj žene u pravu BiH, kako radnopravni, tako i socijalni, uređen je kroz dva vida, normama koje važe za sve zaposlenike, te posebnim normama koje se isključivo odnose na rad žena-zaposlenika. U okviru posebnih normi koje reguliraju pitanja vezana za rad žene-zaposlenice, najviše tih normi propisuje zaštitu žene-zaposlenice u vezi sa majčinstvom, u periodu trudnoće, poslije porođaja te zaštitu u pogledu njege djeteta.

Osnovna pitanja radnopravne zaštite žene-zaposlenice u vezi sa majčinstvom u pozitivnom radnom zakonodavstvu BiH, odnose se na:¹³

- zabranu dovođenja u nepovoljniji položaj zbog trudnoće,
- pravo na raspoređivanje u vrijeme trudnoće,
- pravo na skraćeno radno vrijeme (pravo na rad s polovinom radnog vremena),
- pravo na pauzu za dojenje,
- pravo na mirovanje radnog odnosa,
- pravo na porođajno odsustvo,
- pravo koje može koristiti otac djeteta, odnosno usvojilac djeteta,
- pravo na zaštitu u pogledu prekovremenog rada,
- pravo majke u slučaju djetetove smrti.

Tako u Zakonu o radu u institucijama Bosne i Hercegovine poseban dio je posvećen pitanju zaštite žene i majčinstva. Članovima 34-43 propisana su prava vezana uz porodiljstvo i majčinstvo, a pri tome posebno: porodiljsko odsustvo, dojenje u slučaju povratka na posao prije isteka maksimalno dopuštenog roka za porodiljsko odsustvo, produženo porodiljsko odsustvo u slučaju rođenja mrtvog djeteta i korištenje naknade za porodiljsko odsustvo.

Prema odredbama Zakona o platama i naknadama u institucijama Bosne i Hercegovine¹⁴ zaposlenik u institucijama Bosne i Hercegovine na porodiljskom odsustvu ima pravo na naknadu u skladu sa propisima kojima se uređuje ovo područje prema mjestu uplate doprinosa za svakog zaposlenika.

U okviru pozitivnih pravnih propisa entiteta i Distrikta Brčko, materija zaštite žena i majčinstva je normirana odredbama zakona o radu.¹⁵

12 Dedić, S., Gradašćević-Sijerčić, J, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005, str. 279.

13 Ibid.

14 Čl. 35.

15 Čl. 52-63 ZOR-a FBiH, čl. 70-80 Zakona o radu RS i čl. 42-53 Zakona o radu distrikta

Prema tim odredbama, žena–zaposlenica ima pravo na posebnu zaštitu, jedanput s obzirom na spol, a drugi put s obzirom na zaštitu majčinstva.¹⁶

Tako žena ne može biti zaposlena na poslovima pod zemljom (u rudnicima), osim u slučaju ako je zaposlena na rukovodećem mjestu koje ne zahtijeva fizički rad ili u službama zdravstvene i socijalne zaštite, odnosno ako žena mora provesti izvjesno vrijeme na obuci pod zemljom ili mora povremeno ulaziti u podzemni dio rudnika u cilju obavljanja zanimanja koje ne uključuje fizički rad.¹⁷ Ovdje je obuhvaćena posebna zaštita žena s obzirom na spol. Ovakva zaštita žene-zaposlenice izričito je predviđena Konvencijom MOR-a broj 45 o zaposlenju na podzemnim radovima u rudnicima svih kategorija, koju je BiH ratifikovala.

Zakonima o radu je ustanovljena zabrana dovođenja u nepovoljniji položaj zbog trudnoće, jer poslodavac ne može odbiti da zaposli ženu zbog njene trudnoće, ili joj zbog tog stanja otkazati ugovor o radu.¹⁸ Izričito je zabranjeno da poslodavac traži bilo kakve podatke o trudnoći, osim ako zaposlenica zahtjeva određeno pravo predviđeno zakonom ili drugim propisom o zaštiti trudnica.¹⁹ Ovu odredbu treba dovesti u vezu i sa osnovnom odredbom –vodiljom sadržanom u entitetskim i zakonu o radu distrikta Brčko, prema kojoj lice koje traži zaposlenje i lice koje se zaposli, ne može biti stavljeno u nepovoljniji položaj, između ostalog, i zbog spola. S druge strane, u određenim slučajevima, psihofizičke osobine žene, spol ili određeno stanje žene, mogu biti prepreka za njeno zaposlenje, odnosno raspoređivanje na određeno radno mjesto (naročito teški radovi, radovi pod zemljom i dr.), odnosno samo onda kada je to potrebno u cilju njene zaštite. U slučajevima trudnoće i dojenja djeteta, ukoliko je to u interesu zdravlja zaposlenice i uz potvrdu ovlaštenog ljekara, zaposlenica se privremeno raspoređuje na druge poslove, ali se njena plata ne može za to vrijeme umanjivati. Ukoliko poslodavac nije u mogućnosti da zaposlenicu privremeno rasporedi na druge poslove, treba joj omogućiti plaćeno odsustvo, u skladu sa kolektivnim ugovorom i pravilnikom o radu. Eventualno raspoređivanje zaposlenice u drugo mjesto rada moguće je samo uz njenu pismenu saglasnost.²⁰

Brčko.

16 Dedić., Gradašćević-Sijerčić, op.cit., str. 287.

17 Čl.52 Zakona o radu FBiH, čl.70 Zakona o radu RS i čl.42 Zakona o radu distrikta Brčko.

18 Međutim, ukoliko je ugovor o radu zaključen na određeno vrijeme, protek tog vremena ne smatra se otkazom ugovora o radu te se u ovom slučaju neće produžiti radni odnos na određeno vrijeme.

19 Čl. 59., st. 3.

20 Čl. 54 Zakona o radu FBiH, čl. 72 Zakona o radu RS i čl. 44 Zakona o radu distrikta

Navedene odredbe predstavljaju usklađivanje Zakona sa Direktivom Vijeća broj 92/85 EEZ o uvođenju mjera za poboljšanje sigurnosti i zdravlja trudnih radnica, te radnica koje su nedavno rodile ili doje na radnom mjestu, te Konvencijom MOR-a br. 183 o zaštiti majčinstva.

2.1. Pravo na porodiljsko odsustvo

Za vrijeme trudnoće, porođaja i njege djeteta žena-zaposlenica ima pravo na porodiljsko odsustvo, u FBiH i distriktu Brčko u trajanju od jedne godine neprekidno, odnosno u RS u slučaju rođenja blizanaca, svakog trećeg i svakog narednog djeteta, u trajanju od 18 mjeseci neprekidno. Prema odredbama zakona o radu FBiH i RS, žena, na osnovu nalaza ljekara, može početi sa korištenjem ovog prava najmanje 28 dana prije očekivanog termina porođaja, dok je prema odredbama Zakona o radu distrikta Brčko obavezna da ode na porodiljsko odsustvo najkasnije sedam dana prije očekivanog datuma porođaja, na osnovu nalaza ovlaštenog ljekara. Zakonski minimum koji žena mora iskoristiti prema propisima FBiH i distrikta Brčko je 42 dana nakon rođenja djeteta, odnosno u RS 60 dana nakon rođenja djeteta, a porodiljsko odsustvo se računa u kalendarskim danima. Pravo na porodiljsko odsustvo nije uvjetovano dužinom prethodnog staža osiguranja niti vremenom koje je žena provela u radnom odnosu kod nekog poslodavca. U slučajevima kad majka nije u mogućnosti da koristi porodiljsko odsustvo,²¹ a u cilju zaštite djeteta, zakonom je data mogućnost da porodiljsko odsustvo koristi otac djeteta ili usvojitelj djeteta. Vrijeme koje je zaposlenica eventualno iskoristila prije porođaja, ukoliko ulazi u porodiljsko odsustvo, uračunaće se u porodiljsko odsustvo koje će koristiti otac ili usvojitelj djeteta.²²

2.1.1. Pravo na porodiljsko odsustvo u slučaju gubitka djeteta

U slučaju rođenja mrtvog djeteta ili ukoliko je dijete umrlo prije isteka porodiljskog odsustva, predviđeno je da zaposlenica može produžiti porodiljsko odsustvo za onoliko vremena koliko je, prema nalazu ovlaštenog ljekara, potrebno da se oporavi od porođaja i psihičkog stanja uzrokovanog gubitkom djeteta, a najmanje 45 dana računajući od porođaja odnosno

Brčko.

21 U slučaju smrti majke, ukoliko je majka napustila dijete ili je sprječena da koristi porodiljsko odsustvo.

22 Pravo na porodiljsko odsustvo regulisano je čl. 55 Zakona o radu FBiH, čl. 73 Zakona o radu RS i čl. 45 Zakona o radu distrikta Brčko.

od smrti djeteta. U ovom slučaju porodijsko odsustvo može trajati kraće od godinu dana, ukoliko je smrt djeteta nastupila na početku porodijskog odsustva ili duže od godinu dana ukoliko je smrt nastupila npr. posljednjeg dana porodijskog odsustva. Za to vrijeme ženi pripadaju sva prava po osnovu porodijskog odsustva, a cilj navedenih odredbi je zaštita zdravlja majke, koja usljed gubitka djeteta prolazi kroz izuzetno težak emocionalni period i ima brojne fizičke i psihofizičke tegobe.²³

2.2. Pravo na rad sa polovinom radnog vremena nakon isteka porodijskog odsustva

Zakoni o radu FBiH i distrikta Brčko predviđaju da žena, nakon isteka porodijskog odsustva, ima pravo raditi polovinu punog radnog vremena do jedne godine života djeteta²⁴. Takođe, prema odredbama federalnog Zakona o radu, u slučaju da je rodila blizance, treće i za svako naredno dijete, zaposlenica ima pravo da radi polovinu punog radnog vremena do navršene dvije godine života djeteta, a propisom kantona može se predvidjeti i duže trajanje ovog prava.

Nakon isteka godine života djeteta, jedan od roditelja ima pravo raditi polovinu punog radnog vremena, ukoliko je djetetu, prema nalazu nadležne zdravstvene ustanove, potrebna pojačana njega i briga. Korištenje ovog prava vremenski je različito ograničeno, u FBiH dok dijete ne navrší tri godine života,²⁵ u RS dok dijete ne navrší dvije godine života,²⁶ odnosno u distriktu Brčko dok dijete ne navrší 18 mjeseci života.²⁷

Zakonima o radu u FBiH i RS regulisana su i prava roditelja koji imaju dijete sa težim smetnjama u razvoju, ukoliko dijete nije smješteno u ustanovu socijalno-zdravstvenog zbrinjavanja. U takvim slučajevima, jedan od roditelja ima pravo da radi polovinu punog radnog vremena, a za vrijeme za koje ne radi ostvaruje naknadu plate, prema posebnom zakonu. Ukoliko zaposlenica/zaposlenik koriste ovo pravo ne može mu se osim, uz njegovu pismenu saglasnost, narediti da radi prekovremeno, noću ili da ide u drugo mjesto rada.²⁸ Korištenje ovog prava u FBiH i distriktu

23 Čl. 60 Zakona o radu FBiH, čl. 74 Zakona o radu RS i čl. 50 Zakona o radu distrikta Brčko.

24 Čl. 57 Zakona o radu FBiH i čl. 47 Zakona o radu distrikta Brčko.

25 Čl. 58 Zakona o radu FBiH.

26 Čl. 76 Zakona o radu RS.

27 Čl. 48 Zakona o radu distrikta Brčko.

28 Jedan od roditelja djeteta sa težim hendikepom može ostvariti ovo pravo ukoliko je: samohrani roditelj ili su oba roditelja zaposlena, da dijete nije smješteno u ustanovu socijalno-zdravstvenog zbrinjavanja, te da postoji nalaz nadležne zdravstvene ustanove.

Brčko nije vremenski ograničeno, odnosno Zakonom nije predviđen uslov u pogledu godina života teže hendikepiranog djeteta²⁹. Naime, polazeći od stanja djeteta - teži hendikep i činjenice da je hendikep djeteta trajnog karaktera, vremensko ograničavanje korištenja ovog prava ne bi imalo nikakve svrhe. U RS međutim, o trajanju, odnosno početku i prestanku korištenja ovog prava odlučuje ovlaštena zdravstvena ustanova, vodeći se potrebama djeteta za pojačanom roditeljskom njegom i staranjem, dok se naknada plate roditelju koji koristi ovo pravo isplaćuje iz sredstava Fonda za dječiju zaštitu Republike Srpske.³⁰

2.3. Pravo na odsustvo nakon isteka porodijskog odsustva

Ovo pravo predviđeno je odredbama Zakona o radu FBiH³¹ koje predviđaju mogućnost da jedan od roditelja može da odsustvuje sa rada do tri godine života djeteta, ukoliko je to predviđeno kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu. Za ostvarivanje ovog prava dovoljno je da zaposlenica/zaposlenik podnesu zahtjev poslodavcu. Za vrijeme odsustvovanja sa rada, u smislu ove zakonske odredbe, prava i obaveze iz radnog odnosa miruju, što znači da zaposlenik ne ostvaruje niti platu niti naknadu plate.

2.4. Pravo na odsustvo žene radi dojenja

Ukoliko nakon korištenja porođajnog odsustva žena radi puno radno vrijeme, a još uvijek doji dijete, ima pravo, u FBiH i distriktu Brčko da odsustvuje s posla dva puta dnevno u trajanju od po sat vremena radi dojenja djeteta, do navršene jedne godine života djeteta, uz uslov da postoji nalaz ovlaštenog ljekara. Zaposlenica ima mogućnost izbora, hoće li koristi ovo pravo ili ne, a poslodavac, ukoliko su ispunjeni svi uslovi-puno radno vrijeme i nalaz ovlaštenog ljekara, dužan je udovoljiti njenom zahtjevu. Ovo dnevno odsustvo se računa u puno radno vrijeme³². U Republici Srpskoj, pored dnevnog odmora u toku radnog dana, žena može odsustvovati i sat vremena sa rada zbog dojenja djeteta.³³

Pored ovih prava, predviđeno je da trudnica, majka, odnosno usvojilac sa djetetom do tri godine života i samohrani roditelj, odnosno usvojilac sa

29 Čl. 63 Zakona o radu FBiH i čl. 52 Zakona o radu distrikta Brčko.

30 Čl.77 Zakona o radu RS.

31 Čl. 61 Zakona o radu FBiH.

32 Čl. 59 Zakona o radu FBiH i čl. 49 Zakona o radu distrikta Brčko.

33 Čl. 74 Zakona o radu RS.

djetetom do šest godina života, može raditi prekovremeno samo ukoliko dobrovoljno pismeno izjavi da prihvata takav rad. Za razliku od FBiH i RS gdje zakoni o radu sadrže istovjetne odredbe, u Zakonu o radu distrikta Brčko prekovremeni rad, ukoliko na to pismeno dobrovoljno pristanu, može se uvesti trudnici, majki, odnosno usvojiocu djeteta do jedne godine života i samohranom roditelju, odnosno usvojiocu sa djetetom do 2 godine života.³⁴ Takođe, u okviru odredbi o odsustvu sa rada, predviđeno je pravo radnika na odsustvo sa rada uz naknadu plate-plaćeno odsustvo, do sedam radnih dana u jednoj kalendarskoj godini (predviđeno Zakonom o radu FBiH)³⁵, odnosno pet radnih dana u RS i distriktu Brčko³⁶ u slučajevima: sklapanja braka, porođaja supruge, teže bolesti i smrti člana uže porodice, odnosno domaćinstva.³⁷

3. Regulisanje prava na naknadu za vrijeme porodiljskog odsustva u BiH

Žena ima pravo na porodiljsko odsustvo, i Zakoni o radu entiteta i distrikta Brčko kao što je već pomenuto, izričito predviđaju da za vrijeme trudnoće, porođaja i njege djeteta žena ima pravo na porodiljsko odsustvo te da za vrijeme korištenja porodiljskog odsustva zaposlenik ima pravo na naknadu plaće, u skladu sa zakonom. Kod naknade plaće radi se o pravu zaposlenika da u opravdanim slučajevima dobije određeni novčani iznos za period kada nije radio, pod uvjetima koji su utvrđeni zakonom, drugim propisima, kolektivnim ugovorom i pravilnikom o radu.

Prema zakonodavstvu Republike Srpske zaposlene porodilje imaju pravo na porodiljsko odsustvo i naknadu plate za vrijeme trajanja odsustva, dok nezaposlene porodilje imaju pravo na majčinski dodatak u skladu sa posebnim socijalnim uslovima. U RS za vrijeme korištenja porodiljskog odsustva, žena ima pravo na naknadu plate u visini prosječne plate koju je ostvarila u toku posljednja tri mjeseca prije otpočinjanja porodiljskog odsustva. Naknada se mjesečno usklađuje sa rastom prosječnih plata u RS, a porodiljske naknade se isplaćuju iz jedinstvenog Javnog fonda za

34 Vidjeti čl. 32 Zakona o radu FBiH, čl. 42 Zakona o radu RS i čl. 25 Zakona o radu distrikta Brčko.

35 Čl. 46.

36 Čl. 60 Zakona o radu RS i čl. 18 Zakona o radu distrikta Brčko.

37 Članom uže porodice, u smislu odredbi Zakona o radu smatraju se: supružnici, odnosno vanbračni supružnici, dijete (bračno, vanbračno, usvojeno, pastorče i dijete bez roditelja uzeto na izdržavanje), te otac, majka, očuh, maćeha, usvojlac, braća i sestre, dedo i nana (po ocu i majci).

dječju zaštitu RS. Ukoliko žena nije ostvarila platu za svih posljednjih šest mjeseci, naknada plate se utvrđuje u visini plate koja joj pripada u skladu sa kolektivnim ugovorom u mjesecu koji prethodi mjesecu otpočinjanja porodijskog odsustva.³⁸ U Republici Srpskoj naknada plate za vrijeme korištenja porodijskog odsustva se isplaćuje u 100% iznosu utvrđene osnovice na teret Javnog fonda za dječju zaštitu RS i to za period od 11 odnosno 17 mjeseci, a poslodavci isplaćuju naknadu samo za prvi mjesec porodijskog odsustva. Nezaposlene majke ostvaruju pravo na majčinski dodatak pod uslovom da lična primanja, prihodi od pokretne imovine i katastarski prihod ne prelaze utvrđeni cenzus (100 KM po članu porodice). Ovo pravo se ostvaruje za prvo troje djece po redu rođenja u trajanju od jedne godine i maksimalno iznosi do 30% od prosječne plate ostvarene u privredi RS u prethodnoj godini. Rok za podnošenje zahtjeva za ostvarivanje ovog prava je 90 dana od dana rođenja djeteta, s tim da se u opravdanim slučajevima može produžiti.³⁹

Zakonom o radu BD BiH⁴⁰ određeno je da zaposlenik ima pravo na naknadu plate za period u kojem ne radi zbog porodijskog odsustva. U skladu sa Zakonom o zdravstvenom osiguranju Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine⁴¹ naknada plate se obračunava od osnovice koju predstavlja prosječna plata isplaćena osiguraniku u posljednja tri mjeseca koja prethode mjesecu u kojem nastupi slučaj na osnovu kojeg se stiče pravo na naknadu. Naknada plate se utvrđuje u visini od 80% od osnovice za naknadu, s tim da ne može biti ispod minimalne plate za mjesec za koji se naknada obračunava, niti iznad maksimuma koji određuje Skupština Distrikta, na osnovu prijedloga Fonda zdravstvenog osiguranja i prethodnog mišljenja Odjela za zdravstvo. U skladu sa članom 10. Zakona o dječjoj zaštiti BD BiH⁴² majke koje nisu u radnom odnosu ostvaruju pravo na majčinski dodatak. Majčinski dodatak se isplaćuje u trajanju od tri mjeseca i iznosi 15% od prosječne plate u Brčko Distriktu utvrđene prema posljednjem objavljenom podatku Uprave prihoda BD BiH.

U distriktu Brčko isplate naknada porodijskim vrši nadležna služba Vlade DB, na teret budžeta Brčko distrikta, pod uslovom da su uplaćivani doprinosi za penzijsko i invalidsko osiguranje.⁴³

38 Čl. 84 Zakona o radu RS.

39 Čl. 15 i 16. Zakona o dječjoj zaštiti (Sl. glasnik RS br. 4/02, 17/08, 1/09).

40 „Službeni glasnik BD BiH“, broj: 8/03, 33/04 i 29/05.

41 „Službeni glasnik BD BiH“, broj: 01/02, 07/02, 19/07.

42 „Službeni glasnik BD BiH“ broj 1/03.

43 Čl. 45 Zakona o radu distrikta Brčko.

U FBiH visina i isplata naknade zavisi od kantona gdje majka živi. Naime, radno zakonodavstvo FBiH predviđa pravo zaposlenika na naknadu plaće u više slučajeva, a među njima je navedeno i porodijsko odsustvo. Međutim, sva pitanja u vezi sa visinom naknade i njenim ostvarivanjem u vezi sa trudnoćom, porođajem i negom djeteta u FBiH regulirana su propisima o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodica sa djecom.⁴⁴ U okviru Glave IV ovog Zakona koja je označena kao Zaštita porodice sa djecom, predviđeno je da takva zaštita, u smislu ovog zakona, predstavlja osiguranje porodice kroz materijalna i druga davanja, radi pomaganja u podizanju, odgoju i zbrinjavanju djece, kao i njihovom osposobljavanju za samostalan život i rad, u najboljem interesu djeteta. Među osnovna prava koja, u smislu ovog zakona, ostvaruje porodica sa djecom, spada i pravo na naknadu umjesto plaće ženi - majci u radnom odnosu, za vrijeme dok odsustvuje s posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta, zatim novčana pomoć za vrijeme trudnoće i porođaja žene -majke koja nije u radnom odnosu, jednokratna pomoć za opremu novorođenog djeteta, pomoć u prehrani djeteta do šest mjeseci i dodatna ishrana za majke – dojilje. Zakon ostavlja mogućnost da se propisom kantona mogu utvrditi i druga prava porodici sa djecom. Zakonom je izričito normirano da se naknada umjesto plaće ženi - majci u radnom odnosu za vrijeme dok odsustvuje sa posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta, utvrđuje u procentu od ostvarene plaće u periodu od šest mjeseci prije porođaja, valorizirane po osnovu rasta plaća na području kantona u tom periodu, pri čemu se pomenuti procenat utvrđuje propisom kantona.

„Međutim i pored zakonski regulisanog prava na porodijsku zaštitu i politički proklamovane borbe protiv „bijele kuge,“ javne retorike o zaštiti porodice, majke i djece kao najviših vrijednosti u društvu, u praksi poslodavci ali i država na najrazličitije načine krše pravo na porodijsku zaštitu.“⁴⁵

Tako zaposlenice rijetko u praksi iskoriste pravo na maksimalno trajanje porodijskog odsustva, i nerijetko zbog velikih pritisaka poslodavaca, kao i zbog straha da će izgubiti posao, ranije prekidaju porodijsko odsustvo.

U specifičnoj situaciji su samozaposlene žene, koje praktički ne mogu koristiti porodijsko odsustvo, kao npr. žene advokati, vlasnice malih biznisa, koje su same sebi poslodavci. Ukoliko žele koristiti porodijsko

44 Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom (Sl. novine FBiH, broj 36/99, 54/04, 39/06, 14/09).

45 Babić-Svetlin, K, *Analiza situacije, Izvještaj o stanju ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009. god, str. 17. Dostupno na: http://www.unicef.org/bih/ba/Izvjestaj_o_stanju_ravnopravnosti_polova_u_BiH.pdf. Pristupljeno 15.12.2012.

odsustvo, u situaciji su da same sebi moraju isplaćivati doprinose za penzijsko-invalidsko osiguranje te jedan dio porodiljske naknade. One nisu u mogućnosti da za vrijeme korištenja porodiljskog odsustva rade svoj posao i zarađuju. Zbog toga se ova kategorija žena i ne odlučuje na korištenje porodiljskog odsustva, čime su one dovedene u diskriminirajući položaj u odnosu na druge žene zaposlenice.

S druge strane, žene koje nisu u radnom odnosu ostvaruju pravo na porodiljske naknade, ali ne u punom obimu. Vrlo je teška pozicija samohranih majki, koje su najčešće nezaposlene i zavise od socijalne pomoći. S druge strane, veliki problem za zaposlene majke predstavlja i nedostatak vrtića, jaslica i sličnih ustanova, bilo privatnih ili državnih, koji bi cijenom i kapacitetom, bili dostupni većem broju zaposlenih žena. Zbog nedostatka kapaciteta veliki broj žena je nerijetko, prinuđen da napusti posao. Kasnije ove žene imaju problem kod ponovnog uključivanja na tržište rada, zbog nedovoljnog radnog iskustva ili duže pauze. „Na ovaj način se podstiče trend diskriminacije i marginalizacije žena jer se i ogroman broj žena isključuje iz ekonomskog, političkog i javnog života i učešća u društvu.“⁴⁶

Problemi u ostvarivanju prava na porodiljsku naknadu posebno su izraženi u FBiH. Naime, iako im je osigurano pravo na naknadu za porodiljsko odsustvo, te naknade su neadekvatne, i nisu jednake za sve žene u FBiH, već zavise od finansijskih mogućnosti kantona u kojem žive.

Analiza statističkih podataka o ostvarivanju prava na porodiljsku naknadu u kantonima FBiH ukazuje na izrazito neujednačen položaj žena porodilja u FBiH ne samo u pogledu visine porodiljske naknade koja im se isplaćuje nego i u pogledu vrste i obima drugih prava koja su im priznata kantonalnim propisima. Razlika među kantonima je značajna, tako da se dešava da zbog finansijskih problema neki kantoni uopšte ne isplaćuju naknade, ili ih isplaćuju u skromnim iznosima, odnosno u vidu jednokratne pomoći. Naknada umjesto plaće ženi-majci u radnom odnosu za vrijeme dok odsustvuje s posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta, u većini slučajeva manja je nego plaća zarađena tokom rada.⁴⁷

46 Inicijativa i civilna akcija (ICVA), *Primjena Evropske socijalne povelje kroz zakone i praksu u Bosni i Hercegovini*, 2009, str. 22. Dostupno na: http://www.bhhchr.org/Saopštenja/Primjena_evropske_socijalne_povelje.pdf. Pristupljeno 15.12.2012.

47 Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, *Pravo na socijalnu zaštitu u Bosni i Hercegovini, pitanja primjerenosti i jednakosti*, Sarajevo, 2012. godine, str. 40. Dostupno na: http://www.oscebih.org/documents/osce_bih_doc_2012062908565349bos.pdf. Pristupljeno 13.12.2012.

Konkretno, pravo na ostvarivanje porodijske naknade u kantonima u FBiH svodi se na slijedeće:⁴⁸

1. Kanton Sarajevo– Na području Kantona Sarajevo ova oblast uređena je kantonalnim Zakonom o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom⁴⁹ i Naredbom o iznosima po Zakonu o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom⁵⁰. Žena majka u radnom odnosu, za vrijeme dok odsustvuje sa posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta ima pravo na naknadu umjesto plaće u iznosu od 360 KM mjesečno. Na osnovu člana 143. kantonalnog zakona iznos naknade utvrđuje se u postupku za svaku ženu posebno, u vrijednosti 60% prosječne neto plaće u FBiH s tim da taj iznos ne može biti manji od najniže plaće za zaposlenike u FBiH određene propisima Vlade Federacije, odnosno Općim kolektivnim ugovorom⁵¹. Dakle, visina iznosa porodijskih naknada u Kantonu Sarajevo mijenja se u skladu sa visinom prosječne plaće ostvarene u FBiH, prema podacima koje objavljuje Federalni zavod za statistiku. Od 01. februara 2010. godine za žene - majke u radnom odnosu isplaćuje se naknada u iznosu od 432,00 KM i primjenjivat će se do naredne izmjene prosječne plaće ostvarene u Federaciji BiH. Žena-majka koja nije u radnom odnosu ili se nalazi na redovnom školovanju ima pravo na novčanu pomoć u iznosu od 120,00 KM mjesečno u trajanju od godinu dana. Jednokratnu novčanu pomoć za opremu novorođenog djeteta ostvaruju korisnici dodatka na djecu u iznosu od 210,00 KM. Pored ovog davanja žena-majka ima pravo na pomoć u prehrani djeteta do 6 mjeseci starosti i dodatnu ishranu za majke-dojilje u iznosu od 48,00 KM mjesečno.
2. Tuzlanski kanton - Prava iz oblasti socijalne zaštite za majke porodilje na području Tuzlanskog kantona regulisana su Zakonom o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom TK⁵². Naknada umjesto plaće ženi-majci, odnosno drugoj osobi u radnom odnosu za vrijeme dok odsustvuje s posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta iznosi 90% od prosječne

48 Udruženje VESTA, *Rodno odgovorno budžetiranje kao dio reformskih promjena na putu evropskih integracija i osnova za jačanje prava žena u BiH*, Harfo-graf doo, Tuzla, 2010. str. 27-31. Podaci preuzeti iz ove publikacije.

49 „Službene novine Kantona Sarajevo“, broj 16/02, 8/03, 2/06 i 21/06.

50 Službene novine Kantona Sarajevo, broj 26/09.

51 Službene novine Federacije BiH“, broj: 54/05.

52 „Službene novine TK“, broj: 12/00, 5/02, 13/03 i 8/06 i 11/09.

plate ostvarene u periodu od šest mjeseci prije porođaja ili 55% prosječne plate u FBiH, ako je to povoljnije za porodilju. Majke porodilje koje nisu u radnom odnosu ostvaruju pravo na pomoć u prehrani djeteta u trajanju od šest mjeseci po 100 KM mjesečno. Zakonom je predviđena i jednokratna pomoć za opremu novorođenog djeteta, međutim, prema podacima iz Ministarstva za rad i socijalnu politiku TK ovo pravo u 2009. godini nije realizirano.

3. Srednjobosanski kanton - Naknada umjesto plaće ženi majci u radnom odnosu za vrijeme dok je odsutna s posla zbog trudnoće, porođaja i njege djeteta na području Srednjobosanskog kantona uređena je propisima o radu i radnim odnosima i Zakonom o socijalnoj skrbi, skrbi o civilnim žrtvama rata i skrbi o porodice s djecom.⁵³ Naknada se utvrđuje u postotku u kojem poslodavac redovno uplaćuje doprinose za penzijsko-invalidsko osiguranje i zdravstveno osiguranje porodilje, s tim da ne može biti veća od 50% od iznosa ostvarene plaće za razdoblje od 6 mjeseci prije porođaja valorizovane na temelju rasta plaća u tom razdoblju na području Kantona. Naknada za porodilje izvan radnog odnosa isplaćuje se kao jednokratna novčana podrška u iznosu od 35% od iznosa prosječne mjesečne neto plaće ostvarene u prethodnoj godini u Kantonu. U istom iznosu utvrđena je i naknada za opremu novorođenčeta koja se također isplaćuje kao jednokratna novčana pomoć.
4. Bosansko-podrinjski kanton Goražde - Zaposlene porodilje na području Bosansko-podrinjskog kantona Goražde, u skladu sa Zakonom o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom⁵⁴ za vrijeme dok odsustvuju sa posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta ostvaruju pravo na naknadu umjesto plaće u iznosu od 80% plaće ostvarene u periodu od šest mjeseci prije porođaja. Naknada, koja ne može biti manja od 60% od prosječne plaće u Kantonu ostvarene u prethodnoj godini, isplaćuje se u periodu od 12 mjeseci. Nezaposlene porodilje, pod uslovima propisanim zakonom, ostvaruju pravo na novčanu pomoć za vrijeme trudnoće i porođaja u visini od 25% od prosječne plaće u kantonu ostvarene u prethodnoj godini (149,50KM) u periodu od 12 mjeseci od dana porođaja. Pravo na jednokratnu pomoć za

⁵³ „Službene novine Kantona Središnja Bosna“, broj: 20/05.

⁵⁴ „Službene novine Bosansko-podrinjskog kantona Goražde“, broj: 10/00, 5/03, 5/05, i 3/08.

opremu novorođenog djeteta ostvaruje se u iznosu od 35% od prosječne plaće u Kantonu ostvarene u prethodnoj godini ako su ispunjeni uslovi za ostvarivanje dodatka na djecu. Pod istim uslovima, uz prethodno pribavljenu potvrdu za prehranu djeteta od nadležne zdravstvene ustanove, ostvaruje se pravo na pomoć u prehrani djeteta do šest mjeseci starosti i dodatnu ishranu za majke dojilje. Svaka porodica ima pravo i na mjesečnu novčanu naknadu za novorođeno treće i svako sljedeće dijete bez obzira na imovinski cenzus u iznosu od 40% od prosječne plaće u kantonu što iznosi 239,50 KM.

5. Zapadno-hercegovački kanton - Prava majki porodilja s područja Zapadno-hercegovačkog kantona uređena su na temelju Zakona o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom.⁵⁵ Naknadu umjesto plaće ostvaruje žena majka u radnom odnosu ako je bila zaposlena najmanje šest mjeseci kod pravnih i fizičkih osoba prije porođaja. Naknada plaće iznosi 70% od njene prosječne mjesečne plaće na koju su redovno plaćani doprinosi u razdoblju od šest mjeseci prije porođaja. Ženi majci koja nije u radnom odnosu pripada novčana pomoć u trajanju od šest mjeseci računajući od dana poroda, u iznosu 100,00 KM. Za opremanje svakog novorođenog djeteta majkama pripada jednokratna novčana pomoć i to u iznosu 300 KM za zaposlene i 500 KM za nezaposlene majke.
6. Zeničko-dobojski kanton – Članom 112. Zakona o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom⁵⁶ utvrđena su sljedeća prava majki porodilja s područja Zeničko-dobojskog kantona: naknada umjesto plaće ženi-majci u radnom odnosu za vrijeme dok odsustvuje sa posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta; novčana pomoć za vrijeme trudnoće i porođaja žene-majke koja nije u radnom odnosu; jednokratna pomoć za opremu novorođenog djeteta, pomoć u prehrani djeteta do šest mjeseci starosti i dodatna ishrana za majke-dojilje. Naknada umjesto plaće ženi-majci u radnom odnosu za vrijeme dok odsustvuje sa posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta, iznosi 80% od prosječne plaće koju je porodilja ostvarila u posljednjih šest mjeseci prije početka korištenja porodiljskog odsustva. Novčana pomoć za vrijeme trudnoće i porođaja žene majke koja nije u radnom odnosu, iznosi 150 KM po svakom novorođenom

⁵⁵ „Narodne novine ŽZH“, broj:16/01, 11/02, 4/04, i 9/05.

⁵⁶ „Službene novine Zeničko-dobojskog kantona“, broj: 13/07.

djetetu. Jednokratna pomoć za opremu novorođenog djeteta, iznosi 15% od posljednje objavljene prosječne plaće Kantona. Pomoć u prehrani djeteta do šest mjeseci i dodatna ishrana za majke dojilje, iznosi 10% od prosječne plaće Kantona.

7. Unsko-sanski kanton - Naknada umjesto plaće ženi-majci koja je u radnom odnosu za vrijeme dok odsustvuje s posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta, u skladu sa Zakonom o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom,⁵⁷ utvrđuje se u iznosu od 50% njene prosječne plaće ostvarene u periodu od šest mjeseci prije porođaja, valorizovane po osnovu rasta plaća na području Kantona u tom periodu. Novčana pomoć za porođilju koja nije u radnom odnosu ostvaruje se u vidu jednokratne novčane pomoći u iznosu od 100 KM. Jednokratna pomoć za opremu novorođenog djeteta te pomoć u prehrani djeteta do šest mjeseci starosti i dodatnu ishranu za majke dojilje, prema informacijama iz resornog ministarstva Unsko-sanskog kantona se ne isplaćuju.
8. Kanton 10 - Na području Kantona 10 pravo na porođiljne naknade imaju zaposlene majke a one koje nisu u radnom odnosu pravo na jednokratnu novčanu pomoć. Porođiljna naknada se isplaćuje na temelju Odluke o pravima na naknade ženama-majkama.⁵⁸ Osnovica za naknadu plaće je prosječna plaća koju je žena zaposlenica ostvarila u periodu od 12 mjeseci prije početka korištenja porođiljskog odsustva, a visina se utvrđuje u iznosu od 80% od osnovice za naknadu. U skladu sa Odlukom Vlade Kantona 10 visina jednokratne novčane pomoći nezaposlenim majkama je 100 KM.
9. Hercegovačko-neretvanski kanton - Na području Hercegovačko-neretvanskog kantona nisu doneseni propisi koji reguliraju oblast zaštite porodice sa djecom. Odlukom Vlade Hercegovačko-neretvanskog kantona određeno je da majke porođilje imaju pravo na jednokratnu novčanu pomoć u visini od 400 KM za opremu novorođenog djeteta. Za realizaciju ovog prava zaduženi su centri ili službe za socijalni rad i Ministarstvo zdravstva, rada i socijalne politike HNK.
10. Posavski kanton - Pravo na naknadu umjesto plaće zaposlenim majkama dok odsustvuju s posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta na području Posavskog kantona nije uređeno adekvatnim

⁵⁷ „Službeni glasnik USK“, broj: 5/00, 7/01.

⁵⁸ „Narodne novine HBŽ“, broj: 1/05.

zakonom, tako da isplata naknada ovisi od slobodne volje poslodavaca. Nezaposlene porodilje imaju pravo na novčanu naknadu u iznosu od 150 KM za dječiji doplatak u trajanju od šest mjeseci.

Najbolji pokazatelj neujednačenog tretmana majki-porodilja u FBiH su podaci o natalitetu. Prema mjesečnim analizama i podacima Zavoda za statistiku FBiH u periodu januar- septembar 2012. godine zabilježen je povremeni pad nataliteta u većini kantona FBiH, dok tri kantona: Posavski, Srednjobosanski, Kanton 10 konstantno imaju negativnu stopu nataliteta⁵⁹.

4. Novine u entiteskim zakonima o radu u pogledu zaštite žena i majčinstva

Bosna i Hercegovina je, kao članica Međunarodne organizacije rada potpisnica i konvencija i preporuka o zaštiti majčinstva: Konvencije br. 3 o zaštiti majčinstva, Konvencije br.183 o zaštiti majčinstva i Preporuke o zaštiti majčinstva, čiji sadržaj treba biti unesen u radno zakonodavstvo entiteta i Distrikta Brčko. Takođe je svoje radno zakonodavstvo obavezna uskladiti i sa direktivama EU, posebno Direktivom Vijeća broj 92/85 EEZ o uvođenju mjera za poboljšanje sigurnosti i zdravlja trudnih radnica, te radnica koje su nedavno rodile ili doje.

Neki od standarda i zahtjeva iz dokumenata MOR-a i EU već su uneseni u Zakon o radu RS (pravo da, nakon što majka iskoristi minimalan zakonom predviđen broj dana porodiljskog odsustva -60 dana od rođenja djeteta, ostatak porodiljskog odsustva može koristiti otac djeteta ukoliko su se roditelji tako sporazumjeli, te pravo žene da pored pauze u toku radnog vremena, odsustvuje još sat vremena s posla radi dojenja djeteta, za šta joj ne treba nalaz ovlaštenog ljekara) i Zakon o radu distrikta Brčko (pravo majke da odsustvuje s posla u toku radnog vremena dva puta po sat kako bi dojila dijete, za šta ne treba imati nalaz ovlaštenog ljekara).

Prijedlog Zakona o radu FBiH čiji je tekst na razmatranju pred članovima Ekonomsko-socijalnog vijeća FBiH u pogledu zaštite žena i majčinstva uvodi novine koje se ogledaju u slijedećem:

- Pravo na korištenje porodiljskog odsustva, nakon isteka minimalnog broja dana koje koristi majka (42 dana nakon porođaja), može koristiti otac djeteta ukoliko su se roditelji tako sporazumjeli.

⁵⁹ Podaci dostupni na: http://www.fzs.ba/bilten_mjesecni.htm. Pristupljeno: 16.12.2012.

- Za korištenje prava na odsustvo sa posla (najviše dva sata dnevno) zbog dojenja djeteta, ne mora se pribavljati nalaz ovlaštenog ljekara, što je do sada bila praksa.
- Za vrijeme korištenja porodiljskog odsustva, pored naknade plate, radnici odnosno radniku se može isplatiti i razlika do pune plate na teret poslodavca.

Isplata ove razlike ostavljena je kao mogućnost, zavisice od sredstava kojima raspolaže poslodavac, ali uzimajući u obzir opće ekonomsku situaciju u FBiH, nije realno očekivati da će se ova odredba masovno primjenjivati u praksi.

5. Zaključak

Entitetski i zakon o radu distrikta Brčko u okviru svojih odredbi o zaštiti na radu posebnih kategorija zaposlenika, pored zaštite maloljetnika i lica privremeno ili trajno nesposobnih za rad, posebno reguliše zaštitu žena i materinstva. Pored zabrane diskriminacije na osnovu pola i izričite zabrane da žene obavljaju određene poslove-rad pod zemljom, u rudnicima, prava koja se garantuju radnicama, a u cilju zaštite majčinstva su: zabrana dovođenja u nepovoljniji položaj zbog trudnoće; pravo na raspoređivanje u vrijeme trudnoće, pravo na zaštitu u pogledu prekovremenog rada; pravo na porodiljsko odsustvo; pravo na pauzu radi dojenja djeteta; odsustvo u slučaju mrtvorodenog djeteta; rad sa polovinom punog radnog vremena; pravo na mirovanje radnog odnosa. U određenim situacijama ova prava može koristiti zaposleni otac koji se stara o djetetu, odnosno staratelj i usvojioци djeteta. Novine u zaštiti žena i majčinstva koje su predviđene Zakonom o radu RS i Prijedlogom Zakona o radu FBiH, imaju za cilj usklađivanje domaćih propisa sa zahtjevima i standardima Evropske unije i Međunarodne organizacije rada, ali, što je još važnije, zaštititi interese majke i djeteta, te doprinijeti podizanju stope nataliteta.

Polazeći od toga da je zaštita porodice sa djecom djelatnost od posebnog društvenog interesa, koja ima za cilj obezbjeđenje približno jednakih uslova za zdrav i pravilan razvoj djece, kao i pružanje pomoći u realizaciji reproduktivne funkcije porodice, neophodno je preduzeti aktivnosti u cilju poboljšanja stanja u ovoj oblasti, što se posebno odnosi na FBiH.

Naime, dosadašnja rješenja, regulisanje i ostvarivanje prava majki-porodilja kantonalnim propisima u praksi je dovelo do izuzetno neujednačenog položaja porodilja u FBiH, kako u pogledu visine naknade umjesto plate, tako i u pogledu vrste i obima drugih prava.

Finansiranje prava porodice sa djecom iz budžeta kantona popraćeno je ozbiljnim poteškoćama jer pojedini kantoni nisu u mogućnosti da u svojim budžetima obezbijede potrebna sredstva za ove namjene, zbog čega se ove naknade ne isplaćuju u svim kantonima, ili se isplaćuju u malim i različitim iznosima. Posavski i Hercegovačko-neretvanski kanton nisu čak usvojili zakone kojima je regulisana ova oblast.

Federalno ministarstvo rada i socijalne politike u kontekstu zajedničke nadležnosti i djelovanja Federacije i kantona u oblasti socijalne zaštite, trebalo bi pristupiti izradi novog zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite i zaštite porodice sa djecom. Pri izradi novog zakonodavstva treba voditi računa o odredbama Evropske socijalne povelje i drugih međunarodnim dokumentima, koji se odnose na porodijske naknade, kako bi se obezbijedila dostupnost i ujednačenost ovih prava na cijeloj teritoriji FBiH, nezavisno od kantona u kojem korisnik ima prebivalište, a u skladu sa finansijskim mogućnostima Federacije Bosne i Hercegovine.

Assistant professor Dubravka Husic, LL.D and mr Emina Hasanagić

PROTECTION OF WOMEN AND MOTHERHOOD IN THE LABOR LEGISLATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The paper analyzes the protection of women in the labor legislation of BH, with particular attention to the provisions which regulate the protection of motherhood. In BH, the protection of women and motherhood has been regulated separately at the state level, the entities and Brcko District. The paper gives a comparative overview of these solutions, and shows how they are uneven, thus the unequal position of women in BH, which depends on the part of the state where they reside. At the end of this paper, all the new solutions in the existing labor legislation aimed at harmonizing national legislation with the requests of the European Union and the International Labour Organization have been shown, ensuring the protection of the interests of mother and child and contribute to raising the birth rate. Starting from the fact that protection of families with children is an activity of special social interest, it is necessary to take action aimed to improve the situation in this area, particularly in Federation of BH.

Keywords: protection of women, protection of motherhood, maternity leave, maternity benefits



**ZAŠTITA OD NASILJA
U PORODICI**



Dr sci. Boris Krešić, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

NASILJE U PORODICI - STAVOVI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

SAŽETAK

Svako ima pravo na porodicu, ali ostvarivanje ovog prava ne podrazumijeva da jedan član porodice može ugrožavati stabilnost i prava drugih članova. Ugrožavanjem prava drugih članova porodice, porodica prestaje biti privatna stvar i postaje problem sa kojim se društvo mora suočiti. U radu se daje kraća analiza presuda Evropskog suda za ljudska prava, donesenih u posljednjih pet godina, koje se odnose na nasilje u porodici. Analizom navedenih presuda autor ističe najznačajnije stavove Suda i minimalne standarde koje država mora obezbijediti kako bi se zaštitila žrtva nasilja u porodici.

Na osnovu analiza i izvještaja koji se odnose na nasilje u porodici u Bosni i Hercegovini u radu se konstatuje da se zakonski propisi u oblasti nasilja u porodici primjenjuju ali da žrtva nasilja u stvarnosti nije zaštićena.

Ključne riječi: nasilje, porodica, obaveza države, ljudska prava.

Uvod

Kršenje osnovnih ljudskih prava može dovesti do odgovornosti države, i to ne samo zbog samog čina kršenja nekog od prava propisanih Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: *EKLJP*), već i zbog nedostatka pozitivne obaveze države da spriječi povredu tih prava. Zapravo, država je obavezna sa dužnom pažnjom osigurati poštivanje ljudskih prava, a da bi ispunila ovu obavezu ona mora spriječiti, istražiti i kazniti onoga ko krši ljudska prava.

U posljednjih pet godina Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud), odlučujući u predmetima koji su se odnosili na nasilje u porodici, utvrdio je postojanje pozitivne obaveze države i odredio minimalne standarde zaštite žrtve nasilja u porodici. Stavovi Suda su uticali na donošenje Konvencije Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi

protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, što se, između ostalog, i navodi u preambuli Konvencije.¹ Cilj ove Konvencije je da se spriječe krivična djela nasilja u porodici i da ova djela u budućnosti ne predstavljaju nizak prioritet u istragama i sudskim postupcima, što bi značajno trebalo doprinijeti nekažnjavanju počinitelaca i prihvatanju takvog ponašanja.²

1. Praksa Evropskog suda za ljudska prava

Zabrana nasilja u porodici nije izričito navedena u *EKLJP*. Međutim, Sud, odlučujući u predmetima nasilja u porodici poziva se na zaštitu prava na život, zabranu nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja i zabranu diskriminacije.

Postojanje obaveze policijskih organa na pokretanje istrage i krivičnog postupka, u slučajevima kada je nadležnim organima poznato da je realno očekivati izvršenje nasilja u porodici, Sud je utvrdio u predmetu *Kontrová* protiv Slovačke³, broj 7510/04, od 31. maja 2007. godine. U ovom predmetu bračni partner aplikantice je vatrenim oružjem ubio sebe i njihovo dvoje djece. Lišenju života prethodili su slučajevi nasilja kao i prijetnje ubistvom iz puške. Sud je konstatovao da je stanje u porodici bilo poznato policijskim organima i da su policijski organi imali niz specifičnih obaveza, koje su uključivale prihvatanje aplikanticine prijave, pokretanje istrage i pokretanje krivičnog postupka protiv njenog bračnog partnera bez otežanja, uključujući i pravilno registrovanje poziva u pomoć, davanje odgovarajućih savjeta i poduzimanje mjera s obzirom na informacije da bračni partner aplikantice posjeduje vatreno oružje i prijeti.⁴ Policijski organi su imali čitav niz određenih zakonskih i administrativnih obaveza ali oni nisu osigurali izvršenje svojih obaveza. Prema ovakvom stavu Suda može se smatrati da je država obavezna djelovati i u onim slučajevima kada je nadležnim organima poznato da je realno za očekivati izvršenje nasilja u porodici. Iako se u ovom slučaju radilo nesumnjivo o procesnim

1 Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici donesena je 11. maja 2011. godine u Istanbulu. U trenutku pisanja ovoga rada Konvenciju su potpisale 24 zemlje. Na službenoj stranici Vijeća evrope (u trenutku pisanja rada) nije navedeno da je BiH potpisala i ratifikovala ovu Konvenciju.

2 Član 49. Konvencije. Konvencija na bosanskom jeziku, dostupna na web stranici: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/texts/Convention%20210%20Bosnian.pdf>.

3 *Kontrová* protiv Slovačke. Presuda preuzeta sa web stranice: http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/Kontrova%20v.%20Slovakia_en.asp

4 Para 53. *Kontrová* protiv Slovačke.

propustima policijskih vlasti, Sud nije našao potrebnim definirati ovu povredu kao povredu procesnog aspekta člana 2. te je time jasno pokazao da propuste u istražnom postupku, u ovom kontekstu, drži neodvojivim djelom sadržajne povrede preventivne obveze zaštite prava na život, u smislu nepoduzimanja potrebnih mjera koje bi dovele do toga da se opasnost za život ukloni.

Postojanje obaveze nadležnih organa da zaštite žrtvu nasilja u porodici, kako se ono u budućnosti ne bi događalo, Sud je utvrdio u predmetu *Bevacqua* i S. protiv Bugarske⁵, broj 71127/01, od 12. juna 2008. godine. Tokom trajanja postupka za razvod braka i postupka o ostvarivanju roditeljskog staranja desila su se najmanje četiri zasebna nasilna incidenta prema aplikantici, koja je izvršio njen bračni partner. Nakon policijskog upozorenja bračnom partneru aplikantice, aplikantici je rečeno da može podnijeti privatnu tužbu protiv njega.

U ovom predmetu Sud nije prihvatio da prava aplikantice, zagarantovana *EKLJP*, mogu biti zaštićena samim pokretanjem krivičnog postupka, niti da *EKLJP* zahtjeva krivično gonjenje, nasuprot zakonskog gonjenja od strane žrtve, u svim slučajevima porodičnog nasilja.⁶ Propust vlasti da odredi sankciju ili da na neki drugi način osigura da se bračni partner aplikantice suzdrži od nezakonitih radnji je ono što je bilo presudno, jer je to dovelo do uskraćivanja pomoći aplikantici i njenom sinu, pomoći koja im je bila neophodno potrebna.⁷ Sud je, kao i u predmetu *Kontrová* protiv Slovačke, naglasio da nije od značaja činjenica da žrtva ima pravo na pokretanje krivičnog postupka, već se žrtvi, ukoliko nadležni organi imaju saznanja o postojanju opasnosti za život, mora pružiti pomoć, odnosno zaštititi od nasilja.

U predmetu *Opuz* protiv Turske, broj 33401/02, od 9. juna 2009. godine, Sud je utvrdio da je došlo do povrede člana 2. *EKLJP* u smislu smrti majke aplikantice; da je došlo do povrede člana 3. Konvencije u smislu propusta vlasti da zaštite aplikanticu od nasilja u porodici koje je počinio njen bivši bračni partner; da je došlo do povrede člana 14. Konvencije, a u vezi sa članom 2. i 3. Konvencije. U ovom predmetu Sud je utvrdio da, u slučajevima kada žrtva nasilja u porodici odustane od krivičnog gonjenja, postoji obaveza vlasti da nastavi krivično gonjenje kako bi se zaštitilo zdravlje i pravo drugih.

⁵ *Bevacqua* i S. protiv Bugarske. Presuda preuzeta sa web stranice: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/bulgaria/BEVACQUA.pdf>

⁶ Para 82. *Bevacqua* i S. protiv Bugarske.

⁷ Para 83. *Bevacqua* i S. protiv Bugarske.

Bračni partner aplikantice prijetio je aplikantici smrću te izvršio ozbiljne napade prema njoj i njenoj majci, što je kulminiralo pucnjavom sa smrtnim posljedicama. Ishod ovog napada je bila smrt majke aplikantice. Bračni partner aplikantice je osuđen na nešto više od petnaest godina zatvora za ubistvo (ali je pušten do ulaganja žalbe) a za ranije slučajeve je dobio male kazne ili novčane kazne (uključujući, naročito, malu novčanu kaznu za napad nožem na aplikanticu, pri čemu je ona zadobila sedam uboda nožem).

Vlada se u ovom predmetu branila činjenicom da svaki put kada su organi gonjenja pokrenuli krivični postupak protiv bračnog partnera aplikantice navedeni se postupak morao obustaviti, u skladu sa domaćim zakonom, zato što bi ona i njena majka povlačile uložene prijave. Vlada je isticala da bi svako miješanje državnih vlasti predstavljalo povredu prava iz člana 8. *EKLJP*. Sud je u ovom predmetu podsjetio na predmet *Bevacqua* i *S.* protiv Bugarske, gdje je konstatovano kako stav vlasti, da nije bilo potrebno pružiti pomoć, jer se sukob ticao „privatnih stvari“, nije bio u skladu sa njihovom pozitivnom obavezom da aplikantici osiguraju uživanje njenih prava. Sud je ponovio da u nekim slučajevima uplitanje državnih vlasti u privatni odnosno porodični život pojedinca može biti i neophodno kako bi se zaštitilo zdravlje i pravo drugih, odnosno da bi se spriječilo počinjenje krivičnog djela.⁸ Ozbiljnost rizika po majku aplikantice značila je da je u predmetnom slučaju intervencija vlasti bila neophodna. Imajući u vidu težinu krivičnih djela koje je počinio bračni partner aplikantice u prošlosti, organi gonjenja je trebalo da budu u mogućnosti da nastave krivično gonjenje u javnom interesu, bez obzira na to što su žrtve povlačile podnesene prijave.⁹ U ovom predmetu Sud konstatuje da u slučaju nasilja u porodici, prava počinioca ne mogu imati veći značaj od ljudskih prava žrtve na život i na fizički i mentalni integritet.¹⁰

S obzirom na činjenicu da je osumnjičeni odranije bio poznat policiji zbog nasilničkog ponašanja, lokalni državni tužilac ili sudija suda za prekršaje mogli su na vlastitu inicijativu odrediti jednu ili više mjera zaštite definiranih u glavi 1. i 2. Zakona br. 4320. Također su mogli izreći zabranu kojom, bračnom partneru aplikantice, ne bi bilo dozvoljeno da kontaktira, komunicira ili se približava njenoj majci. Nasuprot tome, kao odgovor na učestale zahtjeve njene majke da je zaštite, policija i sud za prekršaje naprosto su samo uzimali izjavu od bračnog partnera aplikantice i puštali ga na slobodu. I dok su vlasti osim uzimanja izjava ostale pasivne

8 Para 144. *Opuz* protiv Turske.

9 Para 145. *Opuz* protiv Turske.

10 Para 147. *Opuz* protiv Turske.

gotovo dvije sedmice, bračni partner aplikantice je usmrtio njenu majku. U tim okolnostima, Sud je zaključio kako se ne može smatrati da su državne vlasti pokazale neophodnu revnost. Stoga nisu ni ispunile svoju pozitivnu obavezu da zaštite pravo na život majke aplikantice, u smislu člana 2. Konvencije.¹¹

U predmetu A. protiv Hrvatske, broj 55164/08, od 14. oktobra 2010. godine, nasilje se dešavalo u periodu od tri godine. Počinitelju nasilja, osobi B, dijagnosticirani su teški poremećaji mentalnog zdravlja, koji su vjerovatno predstavljali korijen njegovog nasilničkog ponašanja. Vlasti su poduzele različite mjere uključujući, u kontekstu krivičnog postupka, pritvor kao i druge zaštitne mjere, zabranu prilaska koja je zabranjivala osobi B. da se približi aplikantici. Međutim, bile su predložene i druge mjere (uključujući pritvor, psihijatrijsko liječenje, i novčane kazne) ali one nisu bile implementirane.

Činjenice o kojima je u ovom predmetu bilo riječi odnosile su se na česte incidente koji su uključivali nasilje u razdoblju od decembra 2003. do juna 2006. godine, to jest oko dvije godine i sedam mjeseci. Nasilje je bilo kako verbalno, uključujući ozbiljne prijetnje smrću, tako i tjelesno, uključujući udaranje aplikantice rukama i nogama po glavi, licu i tijelu, čime su joj nanesene ozljede. Sud je okolnosti iz ovog predmeta sagledao sa aspekta člana 8. *EKLJP*.

Sud je u ovom predmetu prvenstveno naznačio da je tjelesna i moralna cjelovitost pojedinca obuhvaćena pojmom privatnog života. Pojam privatnog života širi se i na područje odnosa između pojedinaca. Nadalje, čini se da u načelu ne postoji razlog zbog kojeg bi se pojam "privatnog života" trebao razumjeti na način da isključuje napade na tjelesnu cjelovitost osobe.¹² Iako je osnovni cilj člana 8. *EKLJP* zaštita pojedinca od proizvoljnih radnji javnih tijela, uz to mogu postojati i pozitivne obveze kao sastavni dio "poštivanja" privatnog i porodičnog života, a te obveze mogu podrazumijevati donošenje mjera na području odnosa između pojedinaca.¹³ Prema članu 8. *EKLJP* država ima dužnost zaštititi tjelesni i moralni integritet pojedinca od drugih osoba. U tu svrhu država treba u praksi održavati i primjenjivati odgovarajući pravni okvir koji pruža zaštitu od čina nasilja od strane privatnih osoba.

Naglašeno je da je glavna svrha izricanja krivičnih sankcija ograničiti i odvratiti počinitelja od nanošenja daljnje štete. Međutim, teško da se ti

11 Para 149. *Opuz* protiv Turske.

12 Para 58. A. protiv Hrvatske.

13 Para 59. A. protiv Hrvatske.

ciljevi mogu ostvariti ako se izrečene sankcije ne izvršavaju.¹⁴ Nadležni organi imaju obavezu da provode mjere izrečene od strane domaćih sudova, kojima je, s jedne strane, cilj sprečavanje daljeg nasilničkog ponašanja, a s druge strane pružanje zaštite žrtvi nasilja u porodici.

U predmetu *Hajduová* protiv Slovačke¹⁵, broj: 2660/03 od 30.11.2010. godine, Sud je podsjetio da države imaju obvezu na zaštitu fizičkog i psihičkog integriteta pojedinca od drugih, posebno u slučaju porodičnog nasilja. Krivični postupak protiv A., aplikanticinog (sada bivšeg) bračnog partnera, pokrenut je u avgustu 2001. godine, nakon što je A. verbalno i fizički napao aplikanticu te joj u javnosti uputio prijetnje smrću. Bojeći se za svoj život, gospođa *Hajduová* i njena djeca preselila su se u prostorije nevladine organizacije u Košicama. A. je u prošlosti bio osuđen četiri puta u posljednjih deset godina. Umjesto određivanja zatvorske kazne, domaći sud je naredio, što je bila preporuka od strane stručnjaka, da se A. podvrgne psihijatrijskom liječenju jer pati od ozbiljnog poremećaja ličnosti. A. je zatim prevezen u bolnicu u Košicama. Bolnica u koju je bio premješten nije provela psihijatrijsko liječenje koje je bilo potrebno, niti je Okružni sud obavezao bolnicu da se A. podvrgne liječenju. Nakon što je pušten, A. je ponovio svoje prijetnje prema gospođi *Hajduovi* i njenom advokatu, koji je nakon toga podnio nove krivične prijave i obavijestio Okružni sud. Okružni sud je ponovo odredio psihijatrijsko liječenje ali sud nije uspio osigurati da A., odmah nakon presude, bude smješten u bolnicu u svrhu psihijatrijskog liječenja.

Za razliku od drugih predmeta koji su podneseni Sudu A. upućene prijetnje nije ostvario ali je strah aplikantice bio stvaran i utemeljen, s obzirom da je A. već bio osuđivan. Sud nije mogao zanemariti činjenicu da je A. bio u mogućnosti nastaviti prijetiti aplikantici, jer domaće vlasti nisu bile aktivne i nisu uspjele osigurati da se A. podvrgne psihijatrijskom liječenju.¹⁶ Kako su nadležni organi imali dovoljno naznaka da će A. ponoviti nasilje i da će i dalje prijetiti aplikantici, morali su imati i veći stepen budnosti.¹⁷ Sud je stoga zaključio da domaće vlasti nisu poduzele sve odgovarajuće mjere kako bi se A. podvrgnuo psihijatrijskom liječenju.

U predmetu *Kalucza* protiv Mađarske, broj 57693/10, od 24. aprila 2012., riječ je o različitim krivičnim postupcima protiv oba sudionika, to jest aplikantice i njenog vanbračnog partnera. Sudionici procesa su se

¹⁴ Para 78. *A. protiv Hrvatske*.

¹⁵ *Hajduová* protiv Slovačke. Predmet preuzet sa web stranice: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4d5bca992.pdf>

¹⁶ Para 49. *Hajduová* protiv Slovačke.

¹⁷ Para 50. *Hajduová* protiv Slovačke.

međusobno optuživali za napade. Aplikantica *Matild Kalucza* je dijelila stan sa svojim partnerom *Gy.B.* U periodu od 2006. do 2007. godine postojali su međusobni verbalni i fizički napadi partnera. Aplikantica je u više navrata podnosila krivične prijave za silovanje, napade i uznemiravanja protiv *Gy.B.* U četiri navrata *Gy.B.* je oslobođen optužbi. U pet navrata je postupak obustavljen iz razloga što aplikantica nije htjela nastaviti postupak ili nije htjela podnijeti privatnu tužbu. U dva navrata *Gy.B.* je proglašen krivim te su mu izrečene uvjetna i novčana kazna. U tri navrata aplikantica je proglašena krivom za nasilničko ponašanje, teške tjelesne povrede i napad. Činjenica da se aplikantica nije pojavila na prvom ročištu i da je *Gy.B.* zatražio odgodu ročišta ne može opravdati nerazumno dugo trajanje postupka. Žrtvi nasilja u porodici je neophodno pružiti hitnu ili barem brzu zaštitu, čak i ako je zahtjev na kraju odbijen, odluka je trebala da se donese bez odlaganja.¹⁸ U slučaju kada obje strane pokazuju sklonost nasilju potrebno je spriječiti kontakt između njih. Otežavajuću okolnost u ovom predmetu predstavljala je činjenica da prema Zakonu o zabrani nasilja u porodici i između srodnika vanbračni partner ne uživa zaštitu. Naime, bivši bračni i registrovani partner uživa istu zaštitu kao i bračni partner, dok bivši vanbračni partner nije obuhvaćen ovim zakonom.¹⁹ Sud je konstatovao da u slučajevima sporova, među strankama koje se ponašaju nasilnički, domaći sudovi, u skladu sa pozitivnom obavezom, nisu o istim odlučili u razumnom roku.²⁰ Iz tog razloga je povrijeđen član 8. *EKLJP*.

Konačno, u predmetu *Kowal* protiv Poljske²¹, broj 2912/11, od 18. septembra 2012., otac aplikanta je osuđen za porodično nasilje usmjereno prema njemu, njegovom bratu, i njihovoj majci. Otac je bio osuđen na jednu godinu i tri mjeseca zatvora, uz odgodu od četiri godine. Krivični postupak je trajao 6 mjeseci. Otac aplikanta je nastavio biti nasilan i porodica aplikanta je 5. novembra 2009. godine zatražila od domaćeg suda da otac ide na izdržavanje zatvorske kazne. U vezi sa ovim zahtjevom porodice aplikanta sud je održao dva ročišta 21. decembra 2009. godine i 12. aprila 2010. godine. 13. aprila 2010 je donesena odluka da otac aplikanta napusti dom i ista je postala pravosnažna 17. avgusta 2010. Sud konstatuje da iako je ovaj dio postupka trajao 5 mjeseci ostaje otvoreno

18 Para 64. *Kalucza* protiv Mađarske.

19 Para 67. *Kalucza* protiv Mađarske.

20 Para 68. *Kalucza* protiv Mađarske.

21 *Kowal* protiv Poljske. Preuzeto sa web stranice: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/CASE%20OF%20KOWAL%20v.%20POLAND.pdf>

pitanje kritike na njegovo trajanje.²² Otac aplikanta u početku nije htio napustiti porodični dom. Kako otac nije htio napustiti porodični dom domaći službenik je 23. septembra 2010. godine zatražio od suda da sprovede mjeru koju je izrekao, odnosno da otac aplikanta napusti dom. Sud je održao ročište povodom zahtjeva službenika 4. novembra. Otac na kraju svojom voljom napustio dom. Uzevši u obzir kaznu i određivanje službenika za nadzor uvjetne osude koji je nadgledao očevo ponašanje, Sud je utvrdio da su optužbe koje je iznio aplikant brzo ispitane i da je suštinski ishod postupka bila zaštita njega i njegove porodice od nasilja. Štaviše, nakon što je kazna izrečena a otac nastavio biti nasilan, domaći sudovi su detaljno ispitali njegovo ponašanje i zaključili da iako nije bilo neophodno da služi zatvorsku kaznu da bi on trebao napustiti porodični dom. Stoga se ne može reći da su vlasti odradile slučaj na spor i neučinkovit način ili da nisu imale razumijevanja za neprilike u kojima su se nalazile žrtve ili da su te probleme minimizirali.²³ Odgovor vlasti nije bio neadekvatan s obzirom na težinu krivičnih dijela i nije se moglo reći da mjere izrečene u ovom predmetu nisu spriječile ili odvratile oca od nasilničkog ponašanja. U ovom predmetu nije utvrđena povreda člana 8. *EKLJP*.

Analizom navedenih predmeta može se konstatovati da Evropski sud za ljudska prava, kada odlučuje o predmetima u kojima se desilo nasilje u porodici, naročitu pažnju posvećuje obavezi država da preventivno djeluju i preduzmu aktivne mjere za sprečavanje i zaštitu žrtve nasilja. Ukratko rečeno, država ima obavezu da spriječi nasilje u porodici, a ako se ono desi, njena je dužnost da zaštititi žrtvu nasilja.

2. Nasilje u porodici u Bosni i Hercegovini

Na 25. sjednici Predsjedništva Bosne i Hercegovine, održanoj 19.07.2012. godine, donesena je Odluka o pristupanju Bosne i Hercegovine Konvenciji Vijeća evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Potpisivanjem ove Konvencije Bosna i Hercegovina mora obezbijediti minimalne standarde kako bi se zaštitila žrtva nasilja u porodici. Odnosno, spriječiti i zaštititi žrtvu nasilja u porodici.

BiH je uspostavila odgovarajući pravni okvir kada je u pitanju oblast nasilja u porodici.²⁴ Međutim, samo postojanje zakonskih propisa ne znači

²² Para 51. Kowal protiv Poljske.

²³ Para 54. Kowal protiv Poljske.

²⁴ Zakoni kojima se reguliše oblast nasilja u porodici u BiH su: Zakon o zaštiti od nasilja Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH br.22/05); Zakon o zaštiti od

da žrtva nasilja uživa odgovarajuću zaštitu. Pitanje na koje se mora dati odgovor jeste, dali se zakonski propisi primjenjuju u potpunosti i dali se u stvarnosti štiti žrtva nasilja? Izvještaji i analize međunarodnih organizacija ukazuju na činjenicu da žrtva nasilja u Bosni i Hercegovini nije dovoljno zaštićena, kao i da se prema počiniocima krivičnog djela nasilja u porodici izriču blage kazne.

U izvještaju *State Departmenta o stanju ljudskih prava u BiH se navodi*: „kako je mnogo onih koji godinama trpe fizičko i psihičko maltretiranje ali zbog straha, stida, odsustva podrške čak i najbliže sredine ili nekog drugog razloga o tome ćute. Iskustva govore da i žrtve koje se ipak odluče da prijave nasilje, prije nego postanu dio pomenute statistike, po pravilu prolaze kroz višegodišnje torture”.²⁵ Neprijavljivanje nasilja u porodici predstavlja gubitak sigurnosti građana u zaštitu koju je država dužna pružiti.

Analizom izrečenih krivičnopravnih sankcija konstatovano je da za krivično djelo nasilja u porodici sud redovno izriče uslovne kazne, a na osnovu kaznenih naloga koje podnosi tužilaštvo. U prilog ovome govori i činjenica da je od ukupno 57 okončanih predmeta koji su praćeni u izvještajnom periodu, u 41 predmetu izrečena uslovna kazna zatvora.²⁶ Nadalje se utvrđuje da je u većini slučajeva određen rok provjere od jedne godine, što predstavlja zakonski minimum. U ovom izvještaju se takođe konstatuje da je u 6 slučajeva, od ukupno 54 koji su praćeni, žrtva/oštećena i dalje bila izložena nasilju od strane optuženog.²⁷

U zaključku analize OSCE-a navodi se da sudovi na području BiH rijetko opozivaju uvjetnu osudu. Od 70 predmeta koji su detaljno analizirani, samo je u jednom predmetu u Federaciji BiH sud zauzeo stav da

nasilja Republike Srpske (Službeni glasnik RS-a 118/05); Zakon o prekršajima Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH br.20/04); Zakon o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH br.31/06); Zakon o prekršajima Republike Srpske (Službeni glasnik RS br.34/06); Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH br.36/03); Krivični zakon Republike Srpske (službeni glasnik br.49/03); Zakon o ravnopravnosti polova (Službeni glasnik BiH br.16/03); Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH br.35/05); Porodični zakon Republike Srpske (Službeni glasnik RS-a br.54/02).

25 Ekspertni tim saradnika Centra za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini 2011 - Pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava sa ispitivanjem javnog mnijenja*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012, str. 241.

26 Centar za pravnu pomoć ženama Zenica, *Praćenje i analiza krivičnih postupaka i sudske prakse u oblasti seksualnog i rodno zasnovanog nasilja u Federaciji Bosne i Hercegovine - Završni izvještaj i analiza*, Zenica, 2011, str. 24.

27 Ibid., str. 37.

je novo djelo počinjeno za vrijeme provjeravanja, otežavajuća okolnost.²⁸ Pored toga, niti u jednom od 70 predmeta koji su detaljno analizirani sud nije razmotrio je li počinitelj ispoštovao obaveze koje mu je ranije odredio.²⁹ Takođe nije zabilježeno da je višestruki počinitelj krivičnog djela sankcioniran za nepoštivanje ovakvih obaveza.

Na osnovu analiza i izvještaja koji se odnose na nasilje u porodici u BiH može se zaključiti da se zakonski propisi u ovoj oblasti primjenjuju ali da žrtva nasilja u stvarnosti nije zaštićena. U BiH se smatra da je žrtva nasilja u porodici zaštićena samim tim što je protiv osumnjičenog pokrenut krivični postupak, ne obraćajući pažnju na zaštitu žrtve od budućeg nasilja.

Rezime

Evropski sud za ljudska prava utvrdio je minimalne standarde u pogledu zaštite žrtve nasilja u porodici, koji se ogledaju u slijedećem:

- U slučajevima nasilja u porodici država ima pozitivnu obavezu, odnosno dužnost da zaštiti žrtvu nasilja. Pozivanje vlasti na činjenicu da nasilje u porodici predstavlja privatni odnos, odnosno porodični život, te da stoga vlasti nemaju pozitivnu obavezu. Sud odbacuje kao neosnovanu. Uplitanje državnih vlasti u slučajevima nasilja u porodici neophodno kako bi se osiguralo pravo drugih i spriječilo učinjenje krivičnog djela.
- Sud ne smatra da je obaveza vlasti ispunjena ukoliko je protiv nasilnika pokrenut krivični postupak ili ako je isti obustavljen iz razloga povlačenja prijave od strane žrtve nasilja. Sud ističe da je glavna svrha izricanja krivičnih sankcija ili mjera ograničiti i odvratiti počinitelja od nanošenja daljnje štete. Tužilaštvo treba biti u mogućnosti da nastavi krivično gonjenje u javnom interesu, bez obzira na to što je žrtva povukla podnesenu prijavu.
- Žrtvi nasilja u porodici je neophodno pružiti hitnu ili barem brzu zaštitu.

28 OSCE, Krivična odgovornost i sankcioniranje počinitelja nasilja u porodici - Analiza i preporuke o krivičnopravnim sankcijama u predmetima nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini, 2011, str. 65.

29 Ibid.

Assistant professor Boris Krešić, LL.D.

DOMESTIC VIOLENCE - THE VIEWS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

Every person has the right to a family, but the realization of this right does not include that one member of the family can jeopardize the stability and rights of other members. By jeopardizing the rights of other members of a family, family ceases to be a private matter and it becomes a problem which the society needs to face. The paper brings a shorter analysis of the verdicts brought by the European Court of Human Rights in the last five years, which are related to domestic violence. By analyzing these verdicts, the author emphasizes the most important views of the Court and minimum standards that the state needs to provide in order to protect the victims of domestic violence.

Based on the analyses and reports related to domestic violence in Bosnia and Herzegovina, the paper states that the legal regulations in the field of domestic violence are implemented but that the victim is not protected in reality.

Key words: domestic violence, family, state's obligation, human rights

Mr.sc. Lana Bubalo
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

PRAVO ŽRTVE NASILJA U PORODICI NA NAKNADU ŠTETE

Sažetak:

Ovaj rad se bavi problematikom porodičnog nasilja sa aspekta građanskog prava, odnosno posebnu pažnju posvećuje pravu žrtve ovakvog nasilja na kompenzaciju.

Dat je historijski prikaz mogućnosti ostvarivanja naknade imovinske i neimovinske štete u domaćem i uporednom pravu, a zatim je prikazano i stanje *de lege lata*.

Nakon iznošenja relevantnog međunarodnog i domaćeg zakonodavnog okvira, vrši se analiza građanskopravnih mjera koje žrtvama stoje na raspolaganju, te predlažu načini za njihovo efikasnije ostvarivanje u sudskim postupcima. Zbog specifičnosti odnosa između štetnika i oštećenog ukazuje se na potrebu primjene alternativnih načina rješavanja sporova za naknadu štete među članovima porodice. Također, u cilju izbjegavanja sekundarne viktimizacije sugerise se da krivični sudovi sami rješavaju istaknute imovinskopravne zahtjeve, umjesto da stranke upućuju na parnicu.

U skladu sa savremenim trendovima u uporednom i međunarodnom pravu, u radu se naglašava nužnost obeštećenja žrtve porodičnog nasilja iz posebno ustanovljenog državnog Fonda za naknadu štete.

Ključne riječi: Porodično nasilje, naknada štete, imovinskopravni zahtjev, Fond za kompenzaciju žrtava nasilja.

Uvod

Iako ne postoji univerzalno prihvaćena definicija porodičnog nasilja, prema Konvenciji o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija)¹, nasilje u porodici označava svako

¹ Konvencija o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence) je usvojena u Vijeću Evrope 7.aprila 2011. godine. Konvencija još nije stupila na snagu, a dostupna je na: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/texts/Convention%20210%20Bosnian.pdf> (02.02.2013).

djelo fizičkog, seksualnog, psihičkog, odnosno ekonomskog nasilja do kojeg dođe u porodici ili domaćinstvu, odnosno između bivših ili sadašnjih supružnika ili partnera, nezavisno od toga da li učinilac dijeli ili je dijelio domaćinstvo sa žrtvom.²

Ovoj definiciji bi svakako trebalo, u skladu sa preporukama ekspertne grupe Ujedinjenih nacija³ dodati i lica koja su bila ili su još uvijek u emotivnoj ili seksualnoj vezi bez obzira na to da li su nekada živjela u istom domaćinstvu,⁴ te istospolne partnere.⁵

Prema podacima Vijeća Evrope,⁶ svaka četvrta žena jednom u životu doživi neki oblik porodičnog nasilja.⁷ Statistike pokazuju i to da se 70 posto nasilja nad djecom dešava u porodici.⁸ Poražavajuće trendove u tom smislu slijedi nažalost i naša zemlja.⁹ Radi se o široko rasprostranjenom i ozbiljnom društvenom problemu na koji pravni sistem mora odgovoriti kreiranjem odgovarajućih mehanizama, kako bi se, uz kažnjavanje počinioca u krivičnom postupku, efikasno moglo ostvariti i pravo žrtve na imovinsku i neimovinsku štetu za pretrpljeni fizički i psihički boli ili strah.

2 Čl. 2. Istanbulske konvencije.

3 United Nations, *Good practices in legislation on violence against women*, Report of the expert group meeting, Beč, 26–28 Maj 2008, str. 27, dostupno na: [http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw_legislation_2008/Report%20EGMGPLVAW%20\(final%2011.11.08\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw_legislation_2008/Report%20EGMGPLVAW%20(final%2011.11.08).pdf) (14.02.2013.)

4 Upravo je veliki broj prijava od strane adolescenata i mladih žena razbio predrasudu po kojoj je za nasilje bitan bračni status ili zajednica života. Vidjeti: Römken, R. i Mastenbroek, S., *Budding happiness. The relational dynamics of the abuse of girls and young women by their boyfriends*. R. Klein (Ed), *Multidisciplinary perspectives on family violence*, Routledge, London, 1998., str. 58-75.

5 Nasilje među članovima porodice nije prvenstveno problem heteroseksualnih parova. U jednom od rijetkih istraživanja o porodičnom nasilju u homoseksualnim zajednicama provedenog u Velikoj Britaniji, pokazalo se da je više od trećine (38.4%, 266/692) ispitanih doživjelo porodično nasilje u istospolnoj vezi. Vidjeti: Donovan, Catherine, et. al., *Comparing Domestic Abuse in Same Sex and Heterosexual Relationships*, Univerzitet u Sunderland-u i Univerzitet u Bristol-u, 2006., str. 7. Dostupno na: <http://www.bris.ac.uk/sps/research/projects/completed/2006/rc1307/rc1307finalreport.pdf> (05.02.2013.)

6 Vijeće Evrope, *Preporuka Rec(2002)5 Odbora ministara državama članicama o zaštiti žena od nasilja i Memorandum s objašnjenjima*, Ured za ravnopravnost spolova, Vlada R Hrvatske, str. 45.

7 Upravo je nasilje nad ženama i djecom najčešći javni oblik porodičnog nasilja, iako se kao žrtve pojavljuju i muškarci.

8 <http://www.nezavisne.com/novosti/drustvo/Nasilje-nad-djecom-u-BiH-Serpa-vrele-vode-na-glavu-da-proradi-mozak-147934.htm> (12.01.2013.)

9 Prema procjenama, danas je svaka treća žena u BiH žrtva porodičnog nasilja, vidjeti: <http://www.slobodnaevropa.org/content/narandzasti-dan-u-bih-svaka-treca-zena-zlostavljana/24808403.html> (05.01.2013.)

Nasilje u porodici je u velikom broju zemalja definisano kao krivično djelo,¹⁰ odnosno prekršaj. Međutim, nasilje je i građanskopravni delikt, pa žrtva ne bi smjela ostati bez adekvatne satisfakcije samo zato što je sa štetnikom veže intiman, porodični odnos.

Iako bi smisao porodice, između ostalog, trebao biti pružanje sigurnosti, brige i dobrobiti za sve njene članove, nerijetko se upravo tu dešavaju neki od najtežih oblika kršenja prava ličnosti.

Dok su krivične sankcije i zaštitne mjere primarno fokusirane na počinioca porodičnog nasilja, građanskopravna sredstva koja žrtvi stoje na raspolaganju prvenstveno za cilj imaju njeno obeštećenje, te iako ne mogu u potpunosti otkloniti štetu, daju joj mogućnost da pribavi određeno zadovoljstvo kako bi ublažila pretrpljenu bol i strah.

Propisima o naknadi štete ljudskih prava se štite na na nivou privatnog prava, tj. horizontalno među građanima, odnosno članovima porodice *inter se*. Tako se pojedincu na raspolaganje stavlja instrumentarij kojim sam može zaštititi svoju ličnost od protupravnog napadanja, što nijedna druga grana prava (ustavno, krivično, upravno) ne može nadomjestiti ni postići. Osim toga, građanskopravne mjere dodatno utječu na štetnika da prestane sa nedopuštenim ponašanjem i da prizme odgovornost za svoja djela.

1. Historijski kontekst

Normativno-pravno regulisanje problema nasilja u porodici je novijeg datuma i u skladu je sa promjenama u percipiranju porodičnog nasilja kao javnog, a ne isključivo privatnog problema.¹¹ Ukorijenjeno u tradicionalnoj muškoj dominaciji nad ženom i djecom, porodično nasilje je sve donedavno bilo,¹² a u nekim kulturama je još uvijek,¹³ društveno prihvatljivo.

10 Nasilje u porodici se počelo priznavati kao krivično djelo tek 70-tih godina 20. vijeka. Danas 125 zemalja svijeta ima zakone koji predviđaju krivične sankcije za porodično nasilje. <http://www.unwomen.org/2012/11/un-women-executive-director-launches-new-initiative-to-spotlight-national-commitments-to-end-violence-against-women/> (13.02.2013.)

11 *Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici u Republici Srpskoj*, publikacija Vlade Republike Srpske i Gender centra - Centar za jednakost i ravnopravnost polova, Banja Luka, 2009. str. 9.

12 U Engleskoj, a kasnije i u Americi je postojalo tzv. „Pravilo palca“ prema kojem je muž imao pravo da tuče ženu štapom koji nije smio biti deblji od njegovog palca. O vome vidjeti više kod: Friedling, A. Richard, *The Rule of Thumb - "Plaintiffs" Domestic Violence Tort Actions*, http://plaintiffmagazine.com/Nov09/Friedling_The-Rule-of-Thumb-Plaintiffs%20domestic-violence-tort-actions_Plaintiff-magazine.pdf (02.02.2013.)

13 Tako je npr. 2010. godine Vrhovni sud Saudijske Arabije presudio da muž ima pravo fizički da disciplinira svoju ženu i djecu, u mjeri u kojoj im to ne ostavlja vidljive

Kao posljedica patrijalne ideologije koja je bila u osnovi rimskog društvenog i pravnog sistema, ženama i djeci nije bilo dopušteno da tuže *pater familijasa* zbog nasilja, jer je on imao potpunu vlast i neograničenu kontrolu (*potestas*) nad članovima porodice i porodičnom imovinom¹⁴Odlučivao je o životu i smrti, te nije snosio odgovornost za imovinsku ili neimovinsku štetu koju im je prouzrokovao svojim nasilničkim ponašanjem.¹⁵

Nemogućnost članova porodice da tuže jedni druge javlja se i kasnije, u modernim pravima.

U 19. stoljeću u zemljama Common law pravne tradicije, u skladu sa principom neintervencije u porodične odnose, u sudskoj je praksi razvijen uzajamni imunitet članova porodice od građanskopravne odgovornosti.

Inter-familiar tort immunity je opći porodični imunitet koji obuhvata:

1. Imunitet između bračnih partnera (*inter-spousal tort immunity*)
2. Imunitet između roditelja i djece (*parent-child tort immunity*).

Kako je ideja da se bračni partneri međusobno tuže teško spojiva sa konceptom braka, bračni se imunitet zasnivao na pravnoj fikciji da muž i žena imaju isti pravni identitet, onaj mužev.¹⁶ Žena je brakom sjedinjena sa svojim mužem, a muž je bio njen zakonski zastupnik sa pravnim ovlaštenjem da štiti njene interese. Smatralo se stoga da bi omogućavanje ženi da tuži muža bilo bi paradoksalno, jer bi muž tako zapravo tužio sam sebe.¹⁷

Ovaj imunitet je u Engleskoj ukinut tek 1962. godine, a u SAD-u je većina saveznih država postepeno ukinula ili znatno ograničila njegovu primjenu, dok ga je samo jedna država - Louisiana zadržala u izvornom obliku.¹⁸

tragove. <http://www.hrw.org/news/2010/10/19/uae-spousal-abuse-never-right> (15.01. 2013).

14 Hollister, Gail, *Parent - child immunity: A Doctrine in Search of Justification*, Fordham Law Review, vol. 1. br. 4, 1982., str.490.

15 U Rimskom pravu je postojala odgovornost za *iniuriu* slobodnog građanina, koja je prvobitno obuhvatala fizičke povrede, a kasnije je proširena i na vrijeđanje i omalovažavanje druge osobe. Ipak, smatra se da se naknada koja je dosuđivana nije mogla smatrati naknadom u građanskopravnom smislu, jer je cilj prvenstveno bio da se štetnik kazni, a ne da se oštećenom pruži zadovoljenje.

16 Ovo gledište svoje korijene zapravo ima Biblijskom shvatanju o jedinstvu muškarca i žene. Tako se u Knjizi Postanka (2:23 i 2:24) kaže: „Na to čovjek reče: Gle, evo kosti od mojih kostiju, mesa od mesa mojega! Ženom neka se zove, od čovjeka kad je uzeta! Stoga će čovjek ostaviti oca i majku da prione uza svoju ženu i bit će njih dvoje jedno tijelo.”

17 Više o ovom institutu vidjeti kod: Dalton, Clare, *Domestic violence, Torts and Divorce: Constrains and Possibilities*, New England Law Review br. 31 (1997).

18 Shmueli, Benjamin, *Tort Litigation Between Spouses: Let's Meet Somewhere in the Middle*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 15, 2010., str. 22.

Nemogućnost djeteta da tuži roditelje zbog povrede ličnih prava u američkoj praksi ima korjene u Rimskom pravu.¹⁹ Za razliku od žene, djeci se u common law-u oduvijek priznavao pravni subjektivitet,²⁰ ali je sudska praksa tužba zabranjivala tužbe za naknadu štete,²¹ jer se smatralo da bi se tako mogao narušiti roditeljski autoritet i roditeljska diskrecija pri odlučivanju o tome kako odgajati svoje dijete.²²

Od srednjeg vijeka položaj djeteta se postepeno popravljao. Priznato mu je pravo da posjeduje imovinu, a društvo je uvidjelo potrebu za uvođenjem moralnih i pravnih sankcija nasilnim roditeljima. Tako je odnos roditelj – dijete postao je mnogo ravnopravniji.²³

U našem je pravu dugo postojala nemogućnost ostvarivanja prava na novčanu naknadu nematerijalne štete općenito, pa tako i za nematerijalnu štetu prouzrokovanu porodičnim nasiljem. Naime, smatralo se da se psihički i fizički bolovi ne mogu izraziti u novcu.

Uz to, postojala je i bojazan da može doći do komercijalizacije ličnih dobara čovjeka, što je protivno svrsi ovog instituta. Danas ovaj institut više nije sporan, a smatra se da, iako novčana naknada nematerijalne štete ne može izbrisati pretrpljenu bol, odnosno uspostaviti (vratiti) ono stanje koje je postojalo prije nastanka štete, ona žrtvi omogućava da postigne psihološku ravnotežu i doživljenu neprijatnost ublaži nečim što joj predstavlja zadovoljstvo.

Kada je u pitanju naknada za pretrpljenje duševne bolove djetetu, sudska praksa je i kod nas dugo nakon priznavanja nematerijalne štete bila na stanovištu da dijete ne može biti sposobno za doživljavanje duševnog bola, pa da stoga i ne postoji osnov za dodjeljivanje ove naknade. Tako je Vrhovni sud Jugoslavije na Savjetovanju građanskih odjeljenja i sudija predstavnika građanskih odjeljenja republičkih Vrhovnih sudova od 18. i 19. juna 1968. godine zauzeo stav da „prilikom suđenja o zahtjevu djeteta za novčanu naknadu nematerijalne štete, u svakom konkretnom slučaju cijeni

19 Hollister, G., op.cit. str. 489.

20 Wingerter, Isabel, *Parent – Child Tort Immunity*, Louisiana Law Review, vol. 50, br. 5. 2010, str. 1134.

21 Prvi put je ova doktrina primjenjena u predmetu *Foley v. Foley* 1895. godine u saveznoj državi Illinois. U svom prvobitnom obliku se naročito primjenjivala na maloljetnike koji su još uvijek pod roditeljskim staranjem, a nije se odnosila na punoljetnu i emancipiranu djecu, Daimond, .J. Brian, *Parent-Child Immunity and Other “Family” Tort Issue*, The Journal of the DuPage County Bar Association, vol. 10 (1997-98), str. dostupno na: <http://www.dcbabrief.org/vol101097art6.html> (13.02.2013.). Danas je napuštena u 1/3 američkih država.

22 Predmet *Goller v. White*, Vrhovni sud Wisconsin-a (1968), predmet *Stallman v. Youngquist*, Vrhovni sud Illinois-a (1987).

23 Hollister, G., op.cit., str. 508.

se da li je dijete s obzirom na njegovu dob, uzrast i psihičko- emocionalnu razvijenost sposobno za doživljavanje bola za koji traži naknadu. Sadašnja sudska praksa uzima u pravilu, da ta sposobnost nastaje oko šeste, a izuzetno oko pete ili četvrte godine života djeteta.²⁴ Ipak, Vrhovni je sud Slovenije zauzeo stav da životna dob djeteta nema značaja za ostavriavanje njihovog prava na naknadu nematerijalne štete. Poslije toga izmijenjena je i sudska praksa.

2. Doktrinarni stavovi

I u teoriji postoje različita shvatnja o opravdanosti tužbe za naknadu štete unutar porodice.

Individualističko shvatanje primat daje pojedincu kao članu porodice. Ističe se da je svaki član porodice autonoman, i da ima pravo da tuži druge članove za štetu koja mu je prouzrokovana. Na taj način se postiže ravnopravnost svih članova porodice, a prava „slabijih“ članova su bolje zaštićena.

Kolektivističko shvatanje polazi od zaštite interesa porodice kao cjeline, pa prava pojedinca koji je oštećen trebaju biti „žrtvovana“ u korist interesa očuvanja porodice, porodičnog sklada i odnosa među njenim članovima.

Zato se isključuje mogućnost tužbe između članova porodice za naknadu štete.²⁵

Kao dodatni argument protiv omogućavanja tužbe za naknadu štete među članovima porodice neki autori navode da građanski postupak u većoj mjeri nego krivični postupak narušava porodične odnose jer ga inicira žrtva, za razliku od krivičnog postupka kojeg pokreće i provodi u javnom interesu tužilac i drugi državni organi. Tako se pokretanjem građanske parnice članovi porodice dovode u direktan konflikt.²⁶ Međutim, kako je građanska odgovornost blaža u odnosu na krivičnu, nema razloga da se ne dopusti da počinitelj porodičnog nasilja odgovara i po pravilima građanskog prava.

Osim toga, ako se jedan član porodice odlučio podići tužbu za naknadu štete, odnosi u porodici su vjerovatno već toliko narušeni da ih više nema smisla pokušavati očuvati.²⁷

24 Bilten Vrhovnog suda Jugoslavije br. 23., navedeno prema Petrović, M., Zdravko, op.cit. str. 111.

25 Shmueli, Benjamin, *Love and the Law, Children against Mothers and Fathers: or, What's Love Got to Do With It?*, Duke Journal of Gender Law & Policy, vol. 17:131 (2010), str. 134.

26 i.d., *Tort Litigation between Spouses*, cit., str. 11.

27 i.d., *Love and the Law*, cit. str. 141.

Osim toga, u literaturi se kao razlog protiv ovakvih tužbi za naknadu štete navodi i slijedeće:

- neprihvatljivo je raspravljavanje porodičnih i intimnih odnosa u javnosti²⁸
- na ovaj način „na mala vrata“ uvodi element krivice u porodično pravo²⁹
- teoretski se može desiti da isplaćenu naknadu po osnovu imovinske ili neimovinske štete naslijedi štetnik ako oštećeni umre prije njega, što je neprihvatljivo³⁰
- isplaćivanje naknade bi se moglo negativno odraziti na životni standard ostalih članova porodice³¹
- podnošenje tužbe od strane djeteta bi moglo dovesti do percipiranja djeteta kao neprijatelja porodice³²
- Podnošenje tužbe za naknadu štete od strane djeteta ne bi bilo u njegovom najboljem interesu.³³

4 . Relevantni pravni okvir

Na univerzalnu prirodu problema porodičnog nasilja u savremenom društvu ukazuje činjenica da je u ovoj oblasti usvojeno niz međunarodnih i regionalnih dokumenata. Među najznačajnijim dokumentima koji tretiraju pitanje naknade štete je svakako već spomenuta Konvencija Vijeća Evrope o spriječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici³⁴ i Dodatak Preporuci Rec 5 (2002) Vijeća Evrope o zaštiti žena od nasilja.³⁵ Ovi dokumenti obavezuju države članice da osiguraju obeštećenje za žrtve porodičnog nasilja u okviru svojih nacionalnih zakona.

28 i.d., *Tort Litigation between Spouses*, cit. str. 9.

29 Ibid., str. 22.

30 Wingerter, I. op.cit., str. 1135.

31 Hollister, G., op.cit., str. 497.

32 Shmueli, B., *Love and the Law*, cit. str. 141.

33 Wellman, Carl, *Medical Law and Moral Rights*, Springer, Dordrecht, 2005., str. 104.

34 Prema čl. 30. st. 1. Istanbulske konvencije: „Članice će preduzeti neophodne zakonodavne odnosno druge mjere kako bi omogućile žrtvama pravo na naknadu od učinilaca za svako krivično djelo iz ove Konvencije“.

35 Tačka 36. Preporuke Rec(2002)5: „Države članice trebale bi osigurati da žrtve, u slučajevima kad je nasilje činjenično utvrđeno, dobiju primjerenu naknadu za svaku novčanu, fizičku, psihološku, moralnu i socijalnu štetu koju su pretrpjele, u skladu s težinom počinjenog djela, uključujući i nastale sudske troškove.“ Dostupno na: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/violence-against-women/Rec%282002%295_Croatian.pdf (01.02.2013.)

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH³⁶ kao *lex specialis* ne sadrži posebne odredbe o naknadi štete žrtvama porodičnog nasilja. Takve odredbe ne sadrži ni Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine³⁷ u okviru odredbi o postupku zaštite od nasilničkog ponašanja u porodici.³⁸ Stoga, možemo zaključiti da se na ova pitanja primjenjuju opća pravila o naknadi štete Zakona o obligacionim odnosima (ZOO).³⁹

Prema tim pravilima, svako je dužan suzdržavati se od postupaka kojima se drugom prouzrokuje šteta,⁴⁰ a onaj ko drugom prouzrokuje štetu dužan ju je nadoknaditi.⁴¹

Zakoni o krivičnom postupku⁴² propisuju da žrtve krivičnih djela, pa time i porodičnog nasilja, imaju pravo podnijeti imovinskopravni zahtjev. Prema navedenim zakonskim odredbama, stvar je ocjene suda koji vodi krivični postupak da li će sam odlučiti o imovinskopravnom zahtjevu ili će oštećene uputiti na parnični postupak.

5. Naknada štete

Porodično nasilje za posljedicu najčešće ima i nastanak imovinske odnosno neimovinske štete. Imovinska šteta može biti obična šteta ili izgubljena dobiti.

Neimovinska šteta se sastoji u nanošenju drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha. Novčana naknada se može dobiti samo za povrede onih prava koje zakon izričito predviđa, tj. za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog umanjjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede časti i ugleda, slobode ili prava ličnosti, smrti bliske osobe, te za strah.⁴³

Bol je subjektivni osjećaj koji se redovno javlja kod čovjeka pri svijesti i kod zdravog organizma u slučaju kad mu se naruši tjelesni integritet.

36 „Službene novine Federacije BiH“, br. 22/05.

37 „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05 i 41/05, čl. 380 - 382.

38 Takve odredbe ne sadrže ni Porodični zakon Republike Srpske, niti Porodični zakon Brčko Distrikta.

39 “Službeni list SFRJ” br.29/78,39/85,57/89, “Službene novine Federacije BiH” br. 42/11.

40 Čl. 16. ZOO. Riječ je o negatornoj zaštiti prava ličnosti, baš kao što postoji negatorni vlasnički zahtjev po stvarnom pravu.

41 Čl. 154 (1) ZOO.

42 Zakon o krivičnom postupku FBiH, “Sl. novine F BiH” br. 35/03,37/03,56/03, Glava XVI.

43 Čl. 200. st. 1. ZOO.

Umanjenje životne aktivnosti je vid nematerijalne štete koji nastaje kad usljed tjelesne povrede kod povrijeđenog nastupi nemogućnost ili smanjena mogućnost funkcionisanja organa u cjelini, ili jednog njegovog dijela, što dovodi do toga da oštećeni ne može vršiti uopće, ili može vršiti ograničeno i uz pojačane napore ili tegobe, opšte životne funkcije i aktivnosti kao što su: kretanje, vršenje svakodnevnih radnji u životu, obavljanje fizioloških funkcija ili zadovoljenje drugih opštih ili uobičajenih životnih potreba.

Naruženost kao vid nematerijalne štete se manifestuje potpunom ili djelomičnom gubitku ekstremiteta, naruženju estetskog izgleda ili naruženju nekog dijela tijela.

Smrt ili teški invaliditet bliskog lica može izazvati teške posljedice kod njegovih najbližih, od stresa do teških fizičkih oboljenja. U takvim slučajevima tzv. posredna žrtva ima pravo na naknadu neimovinske štete (npr. dijete ima pravo na novčanu naknadu od oca koji je ubio njegovu majku ili joj nanio teške tjelesne povrede).

Strah je psihički osjećaj i posljedica je neke opasnosti u kojoj se našlo lice koje ga doživljava.

Prema važećem rješenju ZOO - a, sama povreda prava ličnosti nije sankcionisana, osim ako ona istovremeno nije prouzrokovala fizički ili duševni bol ili strah. Ako posljedica povrede ličnih prava izostane ili se ne javi u potrebnom intenzitetu i trajanju, pravno relevantne neimovinske štete nema, pa prema tome nema ni pravične novčane naknade. Savremena zakonodavstva uglavnom napuštaju ovu subjektivnu koncepciju naknade nematerijalne štete (Njemačka, Švicarska, Francuska, Hrvatska), šireći tako krug subjekata kojima se priznaje ovo pravo. Stoga bi i u sklopu budućih izmjena ZOO-a trebalo razmotriti uvođenje objektivne koncepcije nematerijalne štete kako bi se pružila bolja zaštita oštećenim licima.⁴⁴

Duševna bol koju žrtve trpe zbog povrede prava ličnosti je tim veća što su štetnici članovi porodice sa kojim je oštećeni emotivno vezan.

I dok iznos naknade imovinske štete uglavnom nije teško utvrditi, odmjeravanje novčane naknade nematerijalne štete je vrlo delikatan i složen

⁴⁴ Ovakvo stajalište zastupljeno je danas u većem dijelu teorije. Vidjeti: Petrović, M., Zdravko, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, Novinsko-izdavačka ustanova "Vojska", Beograd, 1996, str. 13, Romštajn, Ivan, *Naknada nematerijalne štete za fizičke bolove*, Pravni život br. 3/88., str. 466., Radolović, Aldo, *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, Doktorska disertacija, Pravi fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 164, Andrejević, Snežana et. al., *Naknada nematerijalne štete: nove tendencije*, Izbor radova sa savjetovanja Udruženja za odštetno pravo Beograd, Jugoslovenski pregled, 2009, str. 92, Petrović, Z., *Novčana naknada nematerijalne štete i prava ličnosti*, Pravni život, br. 1/89. i dr.

postupak jer ne postoji neko opće mjerilo s obzirom na veoma različitu moralno - psihički konstituciju svakog pojedinca, kao i ostale okolnosti u kojima se dogodila šteta. Svakako se pri njenom odmjeravanju mora voditi računa o intenzitetu fizičkih i psihičkih bolova, kao i o njihovom vremenskom trajanju.

Naknada štete u našem pravu nije kazna već ima isključivo reparacionu funkciju, što se vidi i u određivanju njene visine koja je proporcionalna šteti. Kažnjavanje štetnika je zadatak krivičnog prava.

Za razliku od zemalja evropsko kontinentalnog pravnog kruga, u zemljama common law pravne tradicije postoji mogućnost dosuđivanja i tzv. kaznene odštete (*punitive* ili *exemplary damage*). Takve su odštete reakcija građanskog prava na društveno neprihvatljivo ponašanje i dosuđuju se iznad i preko iznosa nužnog za kompenzaciju.

Specifičnost angloameričkog prava u pogledu naknade štete zbog porodičnog nasilja jeste i to što se u nekim državama SAD-a poput New Jersey-a postupak za razvod braka i za naknadu štete spajaju tj. delikt učinjen od jednog bračnog partnera je sastavni element tužbe za razvod braka. Na ovaj se način štedi vrijeme i novac. Druge države poput Colorada i Arizone, izričito zabranjuju spajanje. Naime, razvod se tiče okončanja braka i raspodjele imovine bez obzira na krivicu. Uz to, odlučivanje o naknadi štete u istom postupku može dovesti do razvlačenja postupka razvoda, gdje se odlučuje o pitanjima poput izdržavanja i povjeravanja djece.⁴⁵ U trećoj skupini američkih država poput Aljaske i Idaho – a, zahtjev za naknadu štete može biti kombinovan sa tužbom za razvod, ali ne mora biti.⁴⁶

6. Vrsta postupka za naknadu štete

Krivični sudovi u najvećem broju slučajeva sami ne odlučuju o imovinskopravnom zahtjevu žrtve⁴⁷ jer bi to moglo dovesti do odugovlačenja postupka, već upućuju na ostvarivanje prava u parnici.⁴⁸ Parnični postupak suviše dugo traje, skopčan je s velikim finansijskim izdacima i oštećeni često ne mogu da realizuju naplatu dosuđene naknade u izvršnom postupku.

45 Vidjeti Shmueli, B., *Tort Litigation between Spouses*, cit., str. 9.

46 O ovome više: Dalton, Clare, op.cit.

47 *Krivična odgovornost i sankcionisanje počinitelaca nasilja u porodici*, op.cit., str. 59.

48 Naprimjer, upućivanje na parnični postupak primijećeno je u svim postupcima za krivično djelo nasilja u porodici pred određenim sudovima, što daje osnova za sumnju da određeni sudovi neslužbeno primjenjuju ovu metodologiju rada po automatizmu. Ibid.

Svi prisutni problemi su dodatno izraženi ako je žrtva dijete.

Zato u parnici, žrtvama bez pravne, odnosno besplatne pravne pomoći, značajnih finansijskih sredstava i mogućnosti da vode, po pravilu dugotrajan postupak, pravo na naknadu štete ostaje apstraktno.⁴⁹

Jedan od načina da se žrtvama porodičnog nasilja olakša ostvarivanje prava na naknadu štete jeste uvođenje obaveze sudovima da o istaknutom zahtjevu za naknadu štete odlučuju u krivičnom postupku.

Sobzirom da se vještačenje u pravilu provodi i u krivičnom postupku, od angažovanih bi se vještaka moglo tražiti da daju nalaz i mišljenje u odnosu na postojanje, stepen i intenzitet svih vidova nematerijalne štete, čime bi se parnični postupak učinio suvišnim i nepotrebnim. No svakako bi trebalo zadržati mogućnost da žrtva koja je nezadovoljna visinom naknade ostavrene kroz krivični postupak, može pokrenuti i parnični postupak.⁵⁰

Prednosti rješavanja imovinskopravnog zahtjeva u krivičnom postupku sa aspekta žrtve su očigledne. Žrtva ne bi morala da vodi još jedan postupak koji bi je izlagao ne samo sudskim troškovima, već i sekundarnoj viktimizaciji, odnosno ponovnom saslušavanju i ispitivanju o traumatičnom događaju o kojem je već saslušavana u krivičnom postupku.⁵¹

Osim toga, krivični postupak je efikasniji i brži u odnosu na parnični,⁵² naročito ako uzmemo u obzir činjenicu da parnični sudovi obično čekaju da se krivični postupak okonča pravosnažnom presudom, pa tek onda odlučuju o naknadi štete.⁵³

Treba imati u vidu da satisfakcija koja nije blagovremena gubi svoju

49 O nedostacima građanskog postupka u rješavanju zahtjeva za naknadu štete vidjeti u Zborniku radova sa konferencije „Pravo žrtava na kompenzaciju“, Udruženje javnih tužilaca i zamjenika javnih tužilaca Srbije, Društvo sudija Srbije i oeps, Beograd 2011., str. 5.

50 Kostić, T., op.cit. str. 33.

51 Sekundarnoj viktimizaciji su posebno izložene žrtave porodičnog nasilja, koje se zbog uzrasta, psihofizičkih karakteristika ili prirode zločina kome su izložene, smatraju posebno ranjivim.

52 I parnični postupak, međutim, ima određene prednosti u odnosu na krivični; sama je procedura isključivo vezana samo za kompenzaciju, ima dovoljno vremena da se detaljno razmotri pitanje štete, odnosno vrsta i visina naknade, kako opšte tako i posebne, naknada se može tražiti čak i kada je izvršilac oslobođen optužbe., Vidjeti detaljnije kod: Jekić, Gordana i Anđelković, Maja, *Fond za kompenzaciju žrtava krivičnih djela da elementima nasilja*, Zbornik radova sa konferencije Pravo žrtava na kompenzaciju, Udruženje javnih tužilaca i zamjenika javnih tužilaca Srbije, Društvo sudija Srbije i oeps, Beograd 2011., str. 36.

53 Sinanović, Biljana, *Mogućnost ostvarivanja naknade štete za žrtve i oštećene u krivičnom postupku*, Zbornik radova sa konferencije Pravo žrtava na kompenzaciju, Udruženje javnih tužilaca i zamjenika javnih tužilaca Srbije, Društvo sudija Srbije i oeps, Beograd 2011., str. 27.

svrhu u odnosu na žrtvu, s obzirom da joj je primarna funkcija da žrtvi ublaži fizički i psihički bol i strah koji je pretrpjela.⁵⁴

Zahtjev za naknadu štete se može postaviti i nezavisno od krivičnog postupka, kako u toku trajanja porodične zajednice, ali češće nakon njenog okončanja. Naime, ako bračna zajednica još traje, žrtva je prvenstveno zainteresovana za fizički i ekonomski opstanak i zadržavanje kontakta sa djecom.⁵⁵

Činjenica da su žrtva i nasilnik još u braku ne bi trebala biti prepreka za obavezivanje štetnika na plaćanje novčane naknade imovinske i neimovinske štete. Ako su u vrijeme podnošenja tužbe štetnik i oštećeni još u braku, a štetnik nema posebnu imovinu, potrebno je podnijeti zahtjev za podjelu bračne stečevine.⁵⁶

Osim toga, percepcija porodice kao jedinstvene ekonomske cjeline je zastarjela, jer u modernom društvu porodični su imovinski odnosi mnogo kompleksniji. Danas mnogi parovi imaju odvojene račune, zaključuju bračne ugovore, trajno su ili privremeno rastavljeni, vjenčani su samo na papiru i sl.⁵⁷

Dosuđeni iznos odštete ulazi u posebnu imovinu oštećenog⁵⁸ i on/ona s tim iznosom može samostalno raspolagati.

U slučaju kada se kao tužilac pojavljuje dijete, najbolje bi bilo narediti uplatu novca na poseban račun kojim će dijete moći raspolagati nakon punoljetstva.⁵⁹

7. Obeštećenje žrtava od strane države

Međunarodni standardi jasno nalažu da, ukoliko obeštećenje nije dostupno direktno od štetnika, država bi trebala osigurati novčanu naknadu žrtvama (porodičnog) nasilja.⁶⁰ U svim međunarodnim dokumentima koji se

54 U skladu sa čl. 4.. Deklaracije UN-a o osnovnim principima pravde za žrtve krivičnih djela i zloupotrebe moći „prema žrtvama treba postupati sa suosjećanjem i poštivati njihovo dostojanstvo. One imaju pravo na pristup zakonskim mehanizmima i *na brzo obeštećenje*, u skladu s odredbama domaćih zakona, *za štetu koju su pretrpjele*. (naglasila L.B).

55 Wriggins, J., op.cit., str. 141.

56 Vidjeti čl. 255. st. 2. Porodičnog zakona FBiH.

57 Shmueli, B., *Tort Litigation between Spouses*, cit. str. 5.

58 U skladu sa čl. 254 st 2. Porodičnog zakona FBiH, posebna je imovina koju za vrijeme trajanja bračne zajednice jedan bračni partner stekne po pravnom osnovu drukčijem od navedenog u članu 251. ovog Zakona.

59 Shmueli, B., *Love and the Law*, cit. str. 134.

60 Prema čl. 37. Preporuke Rec 5 (2002) države članice bi trebale predvidjeti uspostavu finansijskog sistema za naknadu štete žrtvama. Istanbulska konvencija u čl. 30. st 2.

dotiču ovog pitanja usvojen je princip subsidijarnosti, tj. naknada od štetnika pravilo, a tek ako se ne može ostavriti, tu obavezu preuzima država.

Dužnost države da osigura reparaciju žrtvama smatra se „simbolom brige države za žrtve.“⁶¹ Državno obeštećenje, prema Evropskoj konvenciji o naknadi štete žrtvama nasilnih krivičnih djela, mora biti osigurano čak i kada počinitelj ne može biti krivično gonjen ili kažnjen.⁶²

Novčano obeštećenje je jako značajno za žrtve koje su nerijetko finansijski ovisne o zlostavljaču, pa im novčani iznos koji dobiju na ime naknade omogućava nezavisnost i materijalnu sigurnost.⁶³

Prvi državni program kompenzacije žrtvama krivičnih djela sa elementima nasilja uveo je Novi Zeland 1963. godine, a slijedeće godine su to učinile i Engleska, postepeno države SAD-a Australija, provincije u Kanadi.⁶⁴

Danas takav program ima većina zemalja EU: Švedska, Francuska, Njemačka, Slovenija, Češka i dr.

Sredstva za Fond se obezbjeđuju iz oduzete imovine proistakle iz krivičnih djela, naplate kazni, donacija i poklona. Uglavnom postoji obaveza žrtve da saraduje sa državnim organima, a slučaj mora prijaviti što je prije moguće.⁶⁵ U većini zemalja se predviđa da, ako je naknada

također predviđa da će odgovarajuća državna naknada biti dodijeljena onima koji su zadobili ozbiljne tjelesne povrede odnosno onima kojima je narušeno zdravlje, ako šteta nije pokrivena iz drugih izvora kao što je učinilac, osiguranje odnosno državno zdravstveno i socijalno davanje. To neće spriječiti članice da zahtijevaju vraćanje naknade od učinioca, dokle god se vodi računa o sigurnosti žrtve. Preporuka o pomoći žrtvama zločina R (2006)8 naročito naglašava da učinioci krivičnih djela moraju, što je moguće prije, nadoknaditi štetu prouzrokovanu žrtvi, a u slučaju da se od učinioca ne može dobiti naknada štete, država treba da obezbedi finansijsko obeštećenje.

- 61 *Krivična odgovornost i sankcionisanje počinitelja nasilja u porodici*, OSCE, str. 48.
- 62 Vidjeti član 2.st. 2 Evropske konvencije o naknadi štete žrtvama nasilnih krivičnih djela koju je Vijeće Evrope usvojilo 24. novembra 1983. godine. (European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes), dostupna na: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/116.htm> (02.02.2013)
- 63 Kohler, L. Rhonda, *The battered Women and Tort Law: A New Approach to Fighting Domestic Violence*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 25 (1992) str. 1066.
- 64 Grupković, Brankica, *Kompenzacija žrtava krivičnih djela sa elementima nasilja*, Zbornik radova sa konferencije Pravo žrtava na kompenzaciju, Udruženje javnih tužilaca i zamjenika javnih tužilaca Srbije, Društvo sudija Srbije i oebis, Beograd 2011., str. 21.
- 65 U Danskoj podnosilac zahtjeva mora prijaviti djelo bez odlaganja, odnosno najkasnije 24 sata po izvršenju. U Austriji, Belgiji i Švedskoj zahtjev neće biti prihvaćen, ukoliko nije prethodno prijavljen. Sve države članice predviđaju vremenski okvir u kome se zahtjev može podnijeti. Najkraći rok je u Irskoj - 3 mjeseca od djela, odnosno u Bugarskoj - 2 mjeseca po

isplaćena iz državnih sredstava, država stupa na mjesto žrtve i potražuje regres od štetnika.⁶⁶ Na ovaj se način spriječavaju prevare i lažni odštetni zahtjevi, a s obzirom na prirodu odnosa između štetnika i oštećenog.

U pojedinim državama poput SAD-a, žrtva osim od štetnika može pod određenim uslovima tražiti naknadu štete i direktno od države jer njeni (policijskih i drugi) organi nisu spriječili porodično nasilje.⁶⁷

8. Specifičnosti sporova za naknadu štete zbog nasilja u porodici

Treba naglasiti da su sporovi za naknadu imovinske i neimovinske štete zbog nasilja u porodici specifični zbog intimnog odnosa, ljubavi i emocija između štetnika i oštećenog, odnosno privrženosti žrtve zlostavljaču.

Ignorisanje posebnih karakteristika sporova za naknadu štete i izjednačavanje istih sa drugim sporovima građanskog prava, predstavlja ozbiljnu opasnost i podcjenjuje potrebe najboljeg interesa porodice.⁶⁸

Imajući ovo u vidu, kao i činjenicu da sudski postupak samo produbljuje spor među stranama, sudovi bi trebali pribjegavati alternativnim načinima rješavanja sporova za naknadu štete među članovima porodice, odnosno stranke upućivati na medijaciju.⁶⁹ Za ovaj

pravnosnažnosti presude. U Češkoj, Španiji, Letoniji, Luksemburgu rok je 1 godina, u Švedskoj 2 godine od učinjenog dela ili okončanja sudskih postupaka, a najduži u Finskoj 10 godina. Ibid., str. 25 - 26.

66 Izuzetak u tom smislu jer Velika Britanija, gdje država nema pravo tražiti regres od učinioca.

67 Ovakvo rješenje je ocijenjeno kao dobra praksa od strane eksperne grupe UN-a. United Nations, *Good practices in legislation on violence against women*, op.cit. str. 16.

68 Walker, Janet, *Introduction to Family Mediation and its Special Characteristics and Advantages, Family Mediation in Europe: Proceedings*, 4th European conference on Family law, Strasburg, 1-2- okt. 1998, str. 25.

69 Prema čl. 86. Zakona o parničnom postupku FBiH („Sl. Novine FBiH“ br. 53/03, 73/05 i 19/06) (1) „Najkasnije na pripremnom ročištu, sud može, ukoliko ocijeni da je to svrsishodno s obzirom na prirodu spora i druge okolnosti, predložiti strankama da spor riješe u postupku medijacije, kako je predviđeno posebnim zakonom.“ Prema čl. 212. st. 2. Zakona o krivičnom postupku FBiH „Sud može predložiti oštećenom i optuženom, odnosno braniocu sprovođenje postupka medijacije putem medijatora u skladu sa zakonom, ako ocijeni da je imovinskopравни zahtjev takav da je svrsishodno da ga uputi na medijaciju. Prijedlog za upućivanje na medijaciju mogu dati i oštećeni i optuženi, odnosno branilac i to do završetka glavnog pretresa.“ Također, Deklaracija UN-a o temeljnim principima pravde za žrtve kriminala i zloupotrebe ovlasti naglašava da, kada je to u interesu žrtve, treba koristiti vansudske mehanizme

oblik rješavanja porodičnopravnih sporova zalaže se većina savremenih autora,⁷⁰ a promovišu ga i međunarodni dokumenti.⁷¹

Medijacija između žrtve i učinioca je jedan od nasrasprostranjenijih oblika restorativne pravde.⁷² Najveću primjenu ima u Evropi i Sjevernoj Americi.⁷³ Ovaj oblik mirnog rješavanja sporova je prvobitno u porodičnom pravu bio vezan isključivo za razvod braka, dok danas ima sve veću primjenu⁷⁴ i u drugim porodičnopravnim sporovima.

Cilj medijacije u parničnom postupku radi naknade štete je da se putem dijaloga dođe do sporazuma o načinu popravljanja načinjene štete, koji se može ostvariti u formi izvinjenja, kroz novčanu naknadu, učešće u određenom programu i sl. Taj program predstavlja vrstu pomaganja oštećenom da na lakši način prevaziđe posljedice djela.⁷⁵ S obzirom na brojne prednosti ovog načina rješavanja sporova među članovima porodice nužno je razmotriti njihovu širu upotrebu u našem pravnom sistemu.⁷⁶

Osim toga, zbog specifičnosti ovih delikata, sudovi bi, pored dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete, trebali uzeti u obzir i mogućnost izricanja drugih (nenovčanih) oblika satisfakcije kojim se može postići svrha naknade - poput izvinjenja i pokajanja štetnika, što je

rješavanja sporova, kao npr. posredovanje, arbitražu i uobičajene načine rješavanja sporova (čl. A st. 7.)

70 Vidjeti Shmueli, B., *Tort Litigation between Spouses*, cit., str. 238 *et seq.*, Čulo Margaletić, Anica i Kajtar Edit, *Mediation in Family and Labour Law Conflicts*, Contemporary Legal Challenges, EU – Hungary - Croatia, Pecs, Osijek, 2012., str. 565.

71 Prvi međunarodni instrument koji je uključivao odredbe o porodičnoj medijaciji je Evropska konvencija o ostavrenju dječijih prava (1996) koja naglašava značaj principa porodične autonomije i obavezuje države članice da promoviraju medijaciju, tj. mirne načine rješavanja konflikata u porodici koja se odnose na ostavrenje dječijih prava. Najznačajniji dokument Vijeća Evrope je Preporuka R (98) 1 Komiteta ministra državama članicama o porodičnoj medijaciji. Iako nije obavezujuća, preporuka je jako značajna jer sadrži osnevnne principe i reguliše osnovne karakteristike postupka medijacije u porodičnim stvarima. I Preporuka 1639 (2003) o porodičnoj medijaciji i jednakosti spolova ima za cilja da osigura spolnu ravnopravnost u svim fazama postupka. O ovome vidjeti više kod Čulo Margaletić, Anica i Kajtar Edit, *ibid.*, str. 565 - 567.

72 U Bosni i Hercegovini je medijacija uređena Zakonom o postupku medijacije („Sl. glasnik BiH“ br. 37/04), Zakonom o postupku medijacije FBiH („Sl. Novine FBiH“ br. 47/07 i Zakonom o postupku medijacije RS („Sl. glasnik RS“ br. 57/07).

73 Sijerčić Čolić, Hajrija i Vranj, Vildana, *Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo BiH*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2011., str. 121.

74 Čulo Margaletić, Anica i Kajtar Edit, *op.cit.*, str. 564.

75 Sijerčić Čolić, H. i Vranj, V., *op.cit.*, str. 121.

76 Čulo Margaletić, A. i Kajtar E., *op.cit.*, str. 565.

žrtvi nekada važnije od iznosa novca koji bi primila na ime štete. Ovi se oblici naknade mogu izricati samostalno, ili u kumulaciji sa novčanom naknadom. Okolnost da se štetnik izvinio i pokajao može utjecati i na visinu naknade kada se ovaj oblik nematerijalne naknade kumulira sa novčanom satisfakcijom.

Zbog već naglašene specifičnosti ovih delikata, u literaturi kao i u pravnoj praksi se predlažu i drugi mehanizmi za efikasnije obeštećenje žrtava. Npr. uvođenje specijaliziranih sudova za slučajeve porodičnog nasilja,⁷⁷ odnosno „ženskih sudova“ koji su po svojoj formi simbolički, ali veoma značajni za žene koje su preživjele nasilje i za cjelokupnu javnost.⁷⁸

Kako bi se obezbijedila zaštita prava i legitimnih interesa žrtva porodičnog nasilja na načelima društvene solidarnosti i pravičnosti, neki se autori čak zalažu za uvođenje obaveznog osiguranja od nasilja u porodici.⁷⁹

9. Ostvarivanje prava na naknadu štete u praksi

Iako su slučajevi porodičnog nasilja česti u praksi, relativno malo broj žrtava se odlučuje tražiti naknadu pretrpljene štete,⁸⁰ bilo u krivičnom ili građanskom postupku.

Razlozi za to su brojni. Ono što najviše zabrinjava je činjenica da žrtave jednostavno nisu informisane o postojanju mogućnosti da ostvare pravo na naknadu za štetu koja je posljedica porodičnog nasilja. Upravo je informisanje o mehanizmu ostvarivanja ovog prava je ključan preduslov za naknadu,⁸¹ a odgovornost da podrobno uputi žrtvu u njena prava u ovom smislu je obaveza, kako sudije, tako i tužioca.⁸²

77 Ovakvi sudovi postoje u Engleskoj, gdje su uvedeni nakon što su se u provedenim pilot projektima pokazali jako uspješnim. Također u SAD-u pojedine države poput New York-a imaju ovakve sudove koji su nadležni i u krivičnim i u građanskim predmetima.

78 Sudovi ne donose presude, ali donose javne osude i vrše pritisak na institucije. Porotu ovakvih sudova čine žene i muškarci, osobe od moralnog integriteta. Studija o nasilju u porodici i nasilju nad ženama u Crnoj Gori, Ceed i SOS, 2012., http://www.gendermontenegro.me/wp-content/uploads/2012/07/Studija-o-nasilju-u-porodici-i-nasilju-nad-zenama-u-CG_Jul-2012.pdf, str. 15.

79 Vidjeti: Wriggins, J., op.cit., str. 152. - 169.

80 „*Ne želim živjeti u nasilju – Mali pravni vodič za osobe koje žele prekinuti krug nasilja*“, Gradski ured za zdravstvo, rad, socijalnu zaštitu i branitelje i Povjerenstvo za zaštitu od nasilja u obitelji u gradskom Povjerenstvu Grada Zagreba, str. 57. http://sigurnakuca-medjimurje.hr/wp-content/themes/corporatio/images/097_vodic_preview.pdf, (01.02.2013.)

81 Čl. A st. 5. Deklaracije UN-a o temeljnim principima pravde za žrtve kriminala i zloupotrebe ovlasti (Generalna skupština UN-a odluka br. 40/34, 29. novembra 1985. god.) <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>

82 *Krivična odgovornost i sankcionisanje počinitelaca nasilja u porodici*, Analiza i preporuke o krivičnopravnim sankcijama u predmetima nasilja u porodici u

Osim toga, žrtve ne podnose tužbe i zbog toga što ne žele konfrontaciju sa štetnikom i oživljavanje boli i sjećanja u sudskom postupku⁸³ ili strahuju od nasilne odmazde zbog podnošenja tužbe ako žive u zajednici sa štetnikom.

Žrtve nasilja u borbi za njihova prava također demotiviše činjenica što je vrlo neizvjesno da li će uopće dosuđenu naknadu ikada moći naplatiti od počinioca, jer najčešće okrivljeni, koji su obavezani da nadoknade štetu nemaju ništa od imovine i nisu zaposleni, pa je nemoguće provesti postupak prinudne naplate sudskim putem.⁸⁴

Zaključak

Zaštita pojedinca općenito, pa tako i zaštita od nasilja u okviru porodice zadatak je cijelog pravnog sistema, unutar kojeg građanskopravna sredstva imaju posebnu ulogu. Osim što dodatno destimulišu počinioca nasilja, one imaju za cilj da eliminišu posljedice porodičnog nasilja, prvenstveno kroz novčanu naknadu neimovinske štete žrtvi.

Danas je općeprihvaćeno da svako ima pravo na naknadu štete, bez obzira na to u kakvom je odnosu sa štetnikom. To nije oduvijek bilo tako. U common law – u je među članovima porodice postojao imunitet koji je onemogućavao podnošenje tužbe za naknadu neimovinske štete, dok se u evropsko kontinentalnom pravu pod utjecajem političke ideologije u socijalističkim zemljama, pa tako i kod nas, neimovinska šteta dugo uopće nije dosuđivala.

Danas je naknada neimovinske štete općeprihvaćen način da se žrtvi omogućí uspostavljanje psihičke i emocionalne ravnoteže koja je postojala prije štetnikove radnje, iako je jasno da novac ne može u potpunosti eliminisati štetu.

S obzirom da se zahtjev za naknadu štete u slučajevima porodičnog nasilja zasniva na općim materijalnim pravilima obligacionog prava, sudska praksa i pravne norme se moraju senzibilizirati i prilagoditi delikatnim porodičnim odnosima.

Bosni i Hercegovini, OSCE, 2011., http://www.oscebih.org/documents/osce_bih_doc_2012022017152706bos.pdf, str 59.

83 Generalno uzevši, tužbe protiv učinilaca, zahtjevaju da žrtva aktivno učestvuje u sudskom postupku, uključujući usmeno i pismeno svjedočenje vezano za nanoseno zlo i pretrpljenu štetu i gubitak.

84 Kostić, Tijana, *Ostvarivanje prava na naknadu štete u parničnom postupku*, Zbornik radova sa konferencije Pravo žrtava na kompenzaciju, Udruženje javnih tužilaca i zamjenika javnih tužilaca Srbije, Društvo sudija Srbije i oeps, Beograd 2011., str 32.

Zbog činjenice da porodična pitanja podrazumjevaju emocionalnu komponentu i trajnost, naročito u odnosu između roditelja i djece, bilo bi poželjno da se u ovakvim predmetima pokuša doći do rješenja spora u alternativnom postupku (medijacija). Sudovi bi u postupcima za naknadu štete prioritet trebali davati i nematerijalnim oblicima naknade koji su prikladni s obzirom na prirodu ovakvih sporova.

Osim toga, kako bi se izbjegla sekundarna viktimizacija, sudovi bi u slučajevima kada je žrtva istakla imovinskopravni zahtjev u krivičnom postupku o njemu trebali sami odlučivati, uprkos opasnosti da bi zbog toga moglo doći do odugovlačenja postupka.

Analizirajući praksu brojnih evropskih država u pokušaju da žrtvama nasilja omoguće lakše ostvarivanje prava na naknadu uočava se da u većini tih zemalja postoje državni Fondovi za kompenzaciju. Takav Fond trebalo bi uspostaviti i u Bosni i Hercegovini, a u skladu sa obavezama naše države koje proizilaze iz međunarodnih dokumenata.

Statistike pokazuju da je broj podnesenih zahtjeva za naknadu štete mali u odnosu na broj slučajeva prijavljenog porodičnog nasilja. Razlozi za to su brojni. Ostvarivanje ovog prava zavisi od prethodne realizacije brojnih drugih prava poput: prava na zaštitu od nasilja i prava na sigurnost, prava na informisanje, prava na medicinsku zaštitu, prava na pravnu pomoć i sl. Zato se država mora potruditi da žrtvi na raspolaganje stavi sva pravna sredstva i učini joj dostupnim sve mehanizme kako bi se ne samo odbranila od nasilja, već i sanirala neimovinsku štetu koju je pretrpjela.

Mr. sc. Lana Bubalo
University of „Džemal Bijedić“ Faculty of Law

DOMESTIC VIOLENCE VICTIMS' RIGHT TO DAMAGE COMPENSATION

Summary:

This paper deals with issues of domestic violence from the civil law perspective with reference to the victims' right to compensation.

It provides overview of the possibilities to acquire compensation for pecuniary and non-pecuniary damages in domestic and comparative law from a historical standpoint, and it continues by examining the current state of law.

After the presentation of the relevant international and domestic legal framework, civil measures that are available to victims are analyzed, and the ways to exercise them more efficiently in court proceedings are suggested.

Due to the specific relationship between the victim and the wrongdoer, the need for applying alternative forms of dispute resolution between family members is indicated.

In order to avoid secondary victimization, it is suggested that criminal courts themselves resolve the damage claims, instead of referring the parties to civil procedure.

In line with current trends in comparative and international law, the necessity of compensation of domestic violence victims from a specially established State fund is emphasized.

Keywords: Domestic violence, compensation, compensation claims, state victim compensation fund.

Mr. sc. Denis Pajić, viši asistent
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

ZAŠTITA SVJEDOKA U PREDMETIMA NASILJA U PORODICI

Sažetak:

Autor se u radu bavi aktuelnim pitanjima krivičnogpravnog regulisanja krivičnog djela nasilja u porodici u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine sa naglaskom na važnost zaštite svjedoka u pomenutim predmetima. U tom kontekstu važno je ukazati na probleme koji se javljaju prilikom istraživanja i procesuiranja ovog krivičnog djela upravo zbog specifičnog odnosa između izvršioca i svjedoka. Pružanja kvalitetne zaštite ovim kategorijama svjedoka nameće se kao imperativ pred sve organa koji neposredno ili posredno učestvuju u krivičnom postupku. Jedan od načina na koji se može izići iz tog začaranog kruga jeste pružanje djelotvorne zaštite svjedocima. Samo onaj svjedok kome smo odgovarajućim mjerama razvili osjećaj lične sigurnosti i sigurnosti najbližih članova porodice, odnosno onaj svjedok koji neće biti izložen sekundarnoj viktimizaciji, može biti motivisan na saradnju s organima krivičnog pravosuđa. U tom cilju uvode se najrazličitiji oblici zaštite svjedoka, od onih čiji je cilj da svjedoku pruže adekvatnu psihološku pomoć i pripremu za sam čin svjedočenja do onih koji se protežu i nakon okončanja krivičnog postupka i imaju za cilj fizičku zaštitu svjedokâ i najbližih članova njihovih porodica. U radu sa daje detaljan pregled krivičnoprocesnih mjera zaštite svjedoka porodičnog nasilja u domaćem krivičnom postupku.

Ključne riječi: *krivični postupak, nasilje u porodici, osjetljivi svjedoci, zastrašeni svjedoci, zaštita svjedoka.*

1. Uvodne napomene

Nasilje u porodici donedavno je smatrano uobičajnim, društveno prihvatljivim načinom ponašanja, tako da je ovaj oblik nasilja ostajao pravno neregulisan i nije pružao adekvatnu zaštitu žrtvama ovog oblika

nasilja, odnosno oštećenim, a to su najčešće bračni drugovi, djeca, ali i ostali članovi porodice.¹ Tek u novije vrijeme nasilje u porodici postaje predmetom interesovanja kako šire javnosti, tako i krivičnog pravosuđa. U najopštijem smislu, nasilje u porodici podrazumjeva razne oblike psihičkog, fizičkog, seksualnog, a po nekim autorima i ekonomskog nasilja² među licima koja se nalaze ili su se nalazila u nekom ličnom odnosu.³ Sličnu definiciju daje i Konvencija Vijeća Evrope o suzbijanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici koja naglašava da se „nasilje u porodici odnosi na svaki čin fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja, koje se desi u porodici ili porodičnoj zajednici, ili između bivših ili sadašnjih supružnika ili partnera, bez obzira da li izvršilac dijeli ili je dijelio isto prebivalište kao i žrtva“.⁴ Dakle, ono što definiše odnose u porodičnom nasilju jeste intima i međuovisnost između žrtve i izvršioca krivičnog djela u privatnoj sferi.

Krivično djelo nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini inkriminirano je Krivičnim zakonom Federacije BiH (u daljem tekstu: KZ FBiH)⁵, Krivičnim zakonom Republike Srpske (u daljem tekstu: KZ RS)⁶ i Krivičnim zakonom Brčko Distrikta BiH (u daljem tekstu: KZ BD BiH)⁷. Prema odredbi (čl. 222. st. 1. KZ FBiH)⁸, u svom osnovnom obliku, ovo krivično djelo čini onaj ko nasiljem, drskim ili bezobzirnim ponašanjem ugrožava mir, tjelesnu cjelovitost i psihičko zdravlje člana svoje porodice. Zakonom je predviđeno i pet kvalifikovanih oblika ovog krivičnog djela, gdje su kvalifikatorne okolnosti osobnost pasivnog subjekta, upotreba opasnih sredstava i nastupanje teže posljedice koja može biti nanošenje teških tjelesnih ozljeda, teško narušenje zdravlja ili smrt člana porodice.⁹

1 Jevtić, M., *Krivično djelo nasilja u porodici*, Pravni život, 10/2006, str. 114.

2 Nejednaka kontrola i pristup zajedničkim sredstvima, npr. onemogućavanje raspolaganja zajedničkim sredstvom, zabranjivanje zapošljavanja ili daljnjeg obrazovanja ili prava na vlasništvo nekretnina. Prema: Novoselac, P., *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2011, str. 212.

3 Brkić, S., *Zaštita svjedoka u krivičnom postupku*, Novi Sad, 2005, str. 17.

4 Vidjeti čl. 3. tačka b) Konvencije Vijeća Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija), koja je usvojena 7. aprila 2011. godine, a odluka o pristupanju BiH Konvenciji potpisana 12. jula 2012. godine.

5 Krivični zakon Federacije BiH („Službene novine FBiH“ br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11).

6 Krivični zakon Republike Srpske („Službeni glasnik RS“ br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 i 1/12).

7 Krivični zakon Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik BD BiH“ br. 10/03, 45/04, 06/05, 21/10, 47/11 i 52/11).

8 Čl. 218. st. 1. KZ BD BiH, čl. 208. st. 1. KZ RS.

9 Čl. 222. st. 2-6. KZ FBiH, čl. 218. st. 2-6. KZ BD BiH, čl. 208. st. 2-6. KZ RS.

Kazneni okvir za krivično djelo nasilja u porodici je dosta široko postavljen i kreće se od novčane kazne ili kazne zatvora do jedne godine za osnovni oblik krivičnog djela nasilja u porodici pa do zatvora od najmanje deset godina ili dugotrajni zatvor za najteži oblik krivičnog djela nasilja u porodici.

Brojni su problemi koji se javljaju prilikom istraživanja i procesuiranja krivičnog djela nasilja u porodici. Prvo, nasilje u porodici teško je otkriti jer se dešava u privatnosti doma i bračnog života tako da je prisutna velika tzv. „tamna brojka kriminaliteta“, tj. broj stvarno učinjenih krivičnih djela nasilja u porodici u odnosu na broj prijavljenih djela. I kada se nasilje otkrije i protiv počinioca pokrene krivični postupak, nerijetko se takvi postupci ne završe osudama ili je sankcionisanje počinilaca neadekvatno učinjenom krivičnom djelu.¹⁰

Jedan od načina na koji se može izići iz tog začaranog kruga jeste pružanje djelotvorne zaštite svjedocima. Samo onaj svjedok kome smo odgovarajućim mjerama razvili osjećaj lične sigurnosti i sigurnosti najbližih članova porodice, odnosno onaj svjedok koji neće biti izložen sekundarnoj viktimizaciji, može biti motivisan na saradnju s organima krivičnog pravosuđa. U tom cilju uvode se najrazličitiji oblici zaštite svjedoka, od onih čiji je cilj da svjedoku pruže adekvatnu psihološku pomoć i pripremu za sam čin svjedočenja do onih koji se protežu i nakon okončanja krivičnog postupka i imaju za cilj fizičku zaštitu svjedokâ i najbližih članova njihovih porodica.

2. Svjedoci u predmetima nasilja u porodici

Efikasnost svakog krivičnog postupka i krivičnog pravosuđa uopšte zavisi u velikoj mjeri od sposobnosti organa krivičnog postupka da prikupi informacije važne za istraživanje i procesuiranje krivičnih djela.¹¹ U savremenim krivičnim postupcima postoji čitav niz radnji i mjera za prikupljanje dokaza i utvrđivanje činjenica, a čiji je konačni cilj otkrivanje i razjašnjavanje krivičnih djela. Uprkos tome, svjedok u krivičnom postupku i dalje predstavlja ključni element u rasvjetljavanju izvršilaca krivičnih djela i uspješnost suđenja zavisi od dostupnosti vjerodostojnih svjedoka.¹²

10 Više: *Krivična odgovornost i sankcioniranje počinilaca nasilja u porodici*, OSCE, 2011.

11 Vermeulen, G., *EU standards in witness protection and collaboration with justice*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2005, str. 13.

12 Vučković, V., *Zaštićeni svjedok i svjedok saradnik u krivičnom postupku*, Pravni

Zakoni o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini¹³ zadržali su tradicionalno određenje svjedoka kao osobe koja se saslušava kada postoji vjerovatnoća da će svojim iskazom moći dati obavijesti o krivičnom djelu, izvršiocu i drugim važnim okolnostima (čl. 95. st. 1. ZKP FBiH).¹⁴ Pozitivno procesno zakonodavstvo ne poznaje nikakva ograničenja u pogledu duševnog ili tjelesnog zdravlja ili dobi osobe koja treba svjedočiti, odnosno unaprijed ne proglašava određene osobe apsolutno nesposobnim ili nepodobnim za svjedočenje. Kao svjedok se može pojaviti svaka osoba, pa i ona sa psihičkim i fizičkim nedostacima, s tim da se dokazna vrijednost njihovih iskaza cijeni prema načelu slobodne ocjene dokaza.¹⁵ Dakle, zakonodavac se unaprijed ne odriče niti jedne osobe koja može pružiti korisne informacije za rasvjetljavanje krivičnog djela. Naravno, ponekad postoje prirodne granice mogućnosti svjedočenja, koje organi krivičnog postupka moraju uvažavati bez obzira što zakonodavac nije postavio nikakva ograničenja. Ovdje se, prije svega, misli na djecu, koja mogu biti svjedoci samo pod uvjetom da su kod njih već razvijene sve one prirodne sposobnosti kao što su sposobnost opažanja, pamćenja i reprodukcije (pričanja), bez kojih je iskaz svjedoka nemoguć.¹⁶

Brojne su teškoće u prikupljanju dokaza u predmetima nasilja u porodici. Mali je broj neposrednih dokaza i često su to jedino iskazi samih žrtava nasilja. Poseban problem predstavlja činjenica da je najčešće riječ o svjedocima koji su oslobođeni dužnosti svjedočenja.¹⁷ Iako oslobođenje od

život, br. 9/2006, str. 1089.

13 Zakon o krivičnom postupku FBiH ("Službene novine FBiH", br. 35/2003, 56/2003, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 53/2007, 9/2009, 12/2010) – u daljem tekstu: ZKP FBiH; Zakon o krivičnom postupku BD BiH ("Službeni glasnik BD BiH", br. 10/2003, 48/2004, 6/2005, 12/2007, 14/2007, 21/2007, 2/2008, 17/2009, prečišćeni tekst 44/2010) – u daljem tekstu: ZKP BD BiH i Zakon o krivičnom postupku RS ("Službeni glasnik RS", br. 50/2003, 111/2004, 115/2004, 29/2007, 68/2007, 119/2008, 55/2009, 80/2009, 88/2009, 92/2009, 100/2009; prečišćeni tekst 53/2012) – u daljem tekstu: ZKP RS.

14 Čl. 81. st. 1. ZKP BD BiH i čl. 146. st. 1. ZKP RS.

15 Sijerčić-Čolić, H., *Krivično procesno pravo, Knjiga I, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje*, treće izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012, str. 392.

16 Djeca mogu biti saslušana kao svjedoci zavisno od njihove razvijenosti i prirode činjenica o kojima trebaju svjedočiti, što je faktičko pitanje. No, za izvođenje i ocjenu ovog dokaza potrebno je neko znanje iz oblasti dječije psihologije. Prema Vasiljević, T., Grubač, M., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, deseto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, IPD "Justinijan", Beograd, 2005, str. 184.

17 Prema procesnim zakonima u BiH svjedočenje mogu odbiti: bračni, odnosno vanbračni drug osumnjičenog, odnosno optuženog; roditelj ili dijete, usvojitelj ili usvojenik osumnjičenog, odnosno optuženog. Vidi: čl. 83. st. 1. ZKP FBiH, čl. 83. st.

dužnosti svjedočenja u svojoj suštini predstavlja oblik zaštite osoba koje su sa osumnjičenim, odnosno optuženim povezane određenim, vrlo bliskim odnosima i vezama, to u svjetlu dokazivanja krivičnog djela nasilja u porodici predstavlja veliki problem. Žrtve nasilja u porodici često odbijaju da svjedoče ili opovrgavaju svoje svjedočenje nakon protoka izvjesnog vremena, pošto im nasilnik obeća da se nasilje više neće ponoviti.

Kod krivičnog djela nasilja u porodici najčešće se kao žrtve pojavljuju djeca, žene, stare, bolesne i nemoćne osobe. Zbog toga ovo krivično djelo i treba sagledavati u kontekstu maksimalne zaštite te kategorije žrtava. Opšteprihvaćeno je mišljenje da žrtve i svjedoci nasilja u porodici spadaju u grupu osjetljivih svjedoka. Kod takvih svjedoka postoji osjećaj nesigurnosti, nesposobnosti samostalnog djelovanja u zaštiti svojih ličnih prava, ali i teškoće pri svjedočenju. Najveća opasnost osjetljivim svjedocima dolazi upravo od samog krivičnog postupka. Pored toga osjetljivost svjedoka može biti i rezultat općeg nepovjerenja u krivično pravosuđe.¹⁸ Ponekad i neadekvatno i neprofesionalno postupanje i tretman organa krivičnog postupka može dovesti do dodatne traumatizacije svjedoka. Žrtve nasilja još uvijek u velikom broju slučajeva ispoljavaju nepovjerenje prema organima zaštite, što svoje uporište ima u mnogim neuspjesima policije, socijalnih radnika, tužilaštava ili sudova da žrtvama nasilja u porodici pruže potrebnu zaštitu. Stoga je neophodno preduzeti sve raspoložive mjere zaštite žrtve i stvaranja povoljnih uvjeta da bi žrtva kao svjedok dala potpun i vjerodostojan iskaz. Upravo zbog toga različite institucije unutar krivičnogpravnog sistema moraju biti svjesne da i one mogu imati negativan efekat na svjedoke i svim sredstvima trebaju nastojati da se ta vrsta efekta izbjegne.¹⁹ Zapažen je strah majki kao svjedoka od osude javnosti za nasilje koje se desilo u njihovim porodicama, jer su mnogi skloni olako optužiti majku, čime se otežava otkrivanje i dokazivanje počinjenog nasilja i nastoji umanjiti odgovornost njegovog izvršioca.

S obzirom na prirodu krivičnog djela nasilja u porodici, zbog specifičnih okolnosti i odnosa između izvršioca i žrtve/svjedoka, postoji realna i ozbiljna opasnost od mogućeg zastrašivanja u cilju onemogućavanja svjedočenja. Treba imati u vidu i strah žrtava nasilja od osvete nasilnika zbog svjedočenja, naročito kad su u pitanju majke koje se plaše da će svjedočenjem protiv nasilnika dovesti u još teži položaj ne samo sebe već i svoju djecu, pa zbog toga često nisu spremne istinito i potpuno svjedočiti o nasilju koje trpe u kući od nasilnog muža, kao i njihova djeca (bilo da su

1. ZKP BD BiH i čl. 147. st. 1. ZKP RS.

18 Brkić, S., *op. cit.*, str. 132.

19 Čl. 23. Preporuke Vijeća Evrope R(97)13 o zastrašivanju svjedoka i pravima odbrane.

tom nasilju izložena direktno ili indirektno), vjerujući da nema izlaza iz te situacije i da moraju nastaviti trpjeti nasilje. Također, djeca koja svjedoče nasilju, a nalaze se u emocionalnoj i materijalnoj ovisnosti, ne uspijevaju se uvijek u svojim svjedočenjima distancirati od zlostavljača. Za odrasle žrtve i djecu žrtve ovo prerasta u podložnost zastrašivanju i pritiscima od strane zlostavljača. Samo zastrašivanje javlja se u najrazličitijim formama, od fizičkog nasilja prema svjedoku, direktne ili indirektno prijetnje nasiljem svjedoku ili članovima njegove porodice, preko uništenja imovine svjedoka i zastrašivanja u samoj sudnici.²⁰ Zastrašivanje može biti i rezultat pritiska okoline, gdje je izražen pritisak porodice i prijatelja na potencijalne svjedoke u predmetima nasilja u porodici da odustanu od saradnje da institucijama krivičnog pravosuđa. Ne treba zaboraviti i situacije kada zastrašivanje uopšte nije prisutno, već je riječ o strahu žrtava i svjedoka od mogućeg zastrašivanja.

3. Uređenje zaštite svjedoka prema pozitivnopravnim propisima

Polazeći od realnih potreba naše prakse i obaveza nastalih prihvatanjem međunarodnih konvencija, preporuka, zaključaka i stavova, u Bosni i Hercegovini se posljednjih godina otvorio put za efikasniju i kvalitetniju zaštitu svjedoka u krivičnom postupku. Donošenje novih zakona o krivičnom postupku i drugih zakonskih i podzakonskih propisa u vezi s njima fundamentalno je utjecalo na poboljšanje položaja i uloge svjedoka i oštećenih u krivičnom postupku. Između ostalog, važno je spomenuti pravno normiranje posebnih istražnih radnji za borbu protiv najtežih oblika kriminaliteta, uključujući institute prikrivenog istražitelja i informatora, imunitet svjedoka, ali i posebna pravila prilikom saslušanja određenih kategorija svjedoka i oštećenih. Prvi put u krivičnoprocesno zakonodavstvo uvode se instituti poput svjedoka pod prijetnjom, ugroženih svjedoka i zaštićenih svjedoka. Za pretpostaviti je da će institut zaštite svjedoka biti od velike koristi u procesuiranju sve prisutnijeg nasilja u porodici. Zato je i nužna dalja razrada aktuelnih krivičnoprocesnih normi, i to donošenjem odgovarajućih propisa i usavršavanjem postojeće prakse.

20 Finn, P., Healey, K. M., *Preventing Gang and Drug – Related Witness Intimidation*, National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, 1996, str. 6-7.

3.1. Procesne mjere zaštite svjedoka

Procesne mjere zaštite svjedoka mogu se definisati kao one mjere koje, na osnovu zakonskih propisa koji regulišu postupak otkrivanja i dokazivanja krivičnog djela i njegovog učinioca, određuje sud, a koje za posljedicu imaju podizanje nivoa bezbjednosti svjedoka u tom postupku.²¹ Za potrebe ovog rada sve procesne mjere zaštite svjedoka podijelili smo u tri kategorije, i to: mjere prinude, opće procesne mjere i posebne procesne mjere zaštite svjedoka.

3.1.1. Mjere prinude

Pod mjerama prinude koje možemo dovesti u kontekst zaštite svjedoka u krivičnom postupku podrazumijevamo pritvor i mjere zabrane. Ono što je karakteristično za ove mjere jeste to da je njihov primarni cilj obezbijediti prisustvo osumnjičene, odnosno optužene osobe i uspješno vođenje krivičnog postupka, a tek sekundarno pružiti potrebnu zaštitu svjedocima. Dakle, ove mjere, za razliku od ostalih mjera zaštite svjedoka, koje su usmjerene prema svjedoku, usmjerene su prema osumnjičenoj, odnosno optuženoj osobi.

Pritvor je privremeno i preventivno lišenje slobode osobe protiv koje se vodi krivični postupak čija je opšta pretpostavka osnovana sumnja da je ta osoba izvršila krivično djelo. Pored općeg uvjeta, potrebno je da je ispunjen i najmanje jedan od posebnih uvjeta (pritvorski razlozi). Za nas je najinteresantnija koluzijska opasnost²² kao pritvorska osnova koja prema čl. 146. st. 1. tač. b) ZKP FBiH postoji ako, uz opšti uvjet da bi se mogao odrediti pritvor, postoji osnovana bojazan da će osumnjičeni, odnosno optuženi uništiti, sakriti, izmijeniti ili krivotvoriti dokaze ili tragove važne za krivični postupak ili ako naročite okolnosti ukazuju da će ometati krivični postupak utjecajem na svjedoke, saučesnike ili prikrivače. S obzirom da je njegov cilj upravo zaštita svjedoka, određivanje pritvora zbog opasnosti od ometanja krivičnog postupka utjecajem na svjedoke bit će u nastavku detaljnije razmatrano.

21 Gluščić, S., i ostali, *Procesne mjere zaštite svjedoka – priručnik za pripadnike policije i pravosuđa*, Vijeće Evrope, 2005, str. 283.

22 Termin “koluzijska opasnost” dolazi od latinske riječi *colludere*, što znači “potajno se sporazumijevati”. Ovaj naziv ne odgovara modalitetu mogućeg utjecaja osumnjičenog na dokazni postupak (opasnost od uništenja tragova od krivičnog djela) niti odgovara modalitetu prijetnji upućenih prema svjedocima. Zaključujemo da se ovaj termin koristi u širem smislu riječi, i to da označi opasnost od negativnog utjecaja osumnjičenog na kvalitetu dokaznog postupka. Prema: Josipović, I., *Uhićenje i pritvor*, Targa, Zagreb, 1998, str. 310.

Naročite okolnosti postoje tek ako je osumnjičeni preuzeo određene radnje u pravcu utjecanja na svjedoke, i to utjecanje u smislu ometanja istrage. Dakle, nije dovoljno postojanje apstraktne mogućnosti utjecaja, već se mora utvrditi postojanje konkretnih okolnosti koje opravdavaju takvu opasnost.²³ Opasnost od utjecaja mora postojati u odnosu na konkretnog svjedoka, što znači da nije dovoljna opća formulacija o opasnosti za sve svjedoke koji se trebaju ispitati. Utjecanje može biti neposredno ili posredno, a radnje utjecanja manifestuju se u vidu prijetnje, ucjene, zastrašivanja, uznemiravanja i sl.²⁴ Iako je određivanje pritvora zbog utjecaja na svjedoke uglavnom vezano za istragu, smatramo da se može odrediti, odnosno produžiti sve do donošenja prvostepene presude, jer se ne može uzeti da su svi dokazi obezbijeđeni završetkom istrage. U prilog ovome govori i to da se zakonodavac u tekstu odredbe koristi terminom *krivični postupak*, a ne *istraga*.

Smatramo da je zakonodavac, određujući krug osoba prema kojima osumnjičeni, odnosno optuženi može izvršiti utjecaj (svjedoci, saučesnici ili prikrivači) i na taj način ometati krivični postupak, mogao proširiti i na oštećenog. Naravno, oštećeni je dijelom obuhvaćen pošto se on može saslušavati kao svjedok, ali mislimo da ne bi bilo suvišno da se to istaklo u ovoj odredbi. Na taj način bi dodatno poboljšali položaj ovog sporednog krivičnoprocesnog subjekta. Pojedini autori ističu da se zaštita oštećenom najčešće može ostvariti određivanjem pritvora zbog iteracijske opasnosti, čime se trebaju onemogućiti nove kriminalne aktivnosti osumnjičenog odnosno optuženog (čl. 146. st. 1. tač. c) ZKP FBiH).²⁵ Ovaj pritvorski razlog štiti oštećenog (žrtvu krivičnog djela) i formalno nema veze s njegovim iskazom, odnosno pokušajem utjecanja na sadržaj tog iskaza, ali faktička veza može postojati ako osumnjičeni, odnosno optuženi uputi svjedoku (koji je ujedno i oštećeni ili nekom drugom svjedoku) prijetnju zbog iskaza koji je on dao.²⁶ Određivanje pritvora zbog koluzijske opasnosti, u kontekstu zaštite svjedoka, predstavlja izuzetno efikasnu mjeru samo ukoliko prijetnja dolazi direktno od strane osumnjičenog, odnosno optuženog. U svim drugim slučajevima, kad utjecaj dolazi od strane drugih osoba, potrebno je pribjeći nekim drugim oblicima zaštite svjedoka jer protiv njih nije moguće odrediti pritvor.

23 Radulović, D., *Pritvor u krivičnom postupku*, Univerzitet "Džemal Bijedić" u Mostaru, Pravni fakultet u Mostaru, 1990, str. 97; Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 268.

24 Radulović, D., *ibidem*.

25 Čl. 132. st. 1. tač. c) ZKP BD BiH i čl. 197. st. 1. tač. c) ZKP RS.

26 Gluščić, S. i ostali, *op. cit.*, str. 294.

Za razliku od pritvora koji predstavlja mjeru oduzimanja slobode osumnjičenoj, odnosno optuženoj osobi, mjere zabrane²⁷ ne oduzimaju već samo ograničavaju neka lična prava ovih osoba. Osnovne mjere zabrane jesu zabrana napuštanja boravišta i zabrana putovanja i predstavljaju svojevrsnu zamjenu za pritvor u skladu s načelom srazmjernosti. Pored ovih mjera, sud može izreći jednu ili više mjera zabrane predviđenih zakonom. Mjere zabrane koje predstavljaju zamjenu za pritvor zbog opasnosti od utjecaja na svjedoke jesu zabrana posjećivanja određenih mjesta ili područja i zabrana sastajanja s određenim osobama. Ove mjere mogu se izricati pojedinačno ili kumulativno ukoliko sud smatra da će se pluralitetom mjera ostvariti efikasnija zaštita svjedoka. Cilj ovih mjera je da se spriječi ometanje krivičnog postupka od strane osumnjičenog, odnosno optuženog utjecanjem na svjedoke. U rješenju kojim se izriču mjere zabrane posjećivanja određenih mjesta ili područja ili zabrana sastajanja s određenim osobama sud će odrediti mjesto i područje te udaljenosti ispod koje im se osumnjičeni, odnosno optuženi ne smije približiti, odnosno razdaljinu ispod koje se ne smije približiti određenim licima.

O izvršenju mjera zabrane brinu se nadležni policijski organi, a sud može u svako doba naložiti provjeru mjera zabrane i zatražiti izvještaj od organa nadležnog za njihovo izvršenje, koji je dužan da izvještaj bez odlaganja dostavi sudu. Ako osumnjičeni ili optuženi ne ispunjava obaveze naložene izrečenom mjerom, organ koji izvršava mjeru o tome obavještava sud, koji mu zbog toga može izreći dodatnu mjeru zabrane ili odrediti pritvor. Značaj provjeravanja ispunjavanja naloženih mjera zabrane dvostruk je: s jedne strane, kod svjedoka se stvara dodatni osjećaj sigurnosti, dok se osumnjičenom, odnosno optuženom šalje nedvosmislena poruka da nije samo riječ o mrtvom slovu na papiru, nego zabrana može biti zamijenjena pritvorom ukoliko je ne poštuje. Mjere zabrane mogu trajati dok za to postoji potreba, a najduže do pravosnažnosti presude ako toj osobi nije izrečena kazna zatvora i najkasnije do upućivanja na izdržavanje kazne ako je toj osobi izrečena kazna zatvora. Mjerama zabrane ne može se ograničiti pravo osumnjičenog ili optuženog da komunicira sa svojim braniocem. Također, ne može se ograničiti pravo osumnjičenog, odnosno optuženog da živi u svom domu u BiH, da se neometano viđa sa članovima porodice i bliskim srodnicima ili samo u BiH ili samo na mjestu određenom u zabrani napuštanja boravišta, osim kada se postupak vodi zbog krivičnog djela izvršenog na štetu člana porodice ili bliskih srodnika, niti se može ograničiti pravo osumnjičenog ili optuženog da obavlja svoju

²⁷ Čl. 140-140g ZKP FBiH, čl. 126-126g ZKP BD BiH, čl. 184-191 ZKP RS.

profesionalnu djelatnost, osim ako se postupak vodi zbog krivičnog djela učinjenog u vezi s obavljanjem te djelatnosti.

3.1.2. Opšte procesne mjere zaštite svjedoka

Pod opštim procesnim mjerama zaštite podrazumijevamo one mjere koje su predviđene odredbama zakona o krivičnim postupcima u BiH. Njihov direktni cilj jeste stvoriti neophodne preduvjete na nesmetano odvijanje glavnog pretresa, a indirektno mogu biti primijenjene i za povećanje sigurnosti svjedoka, kao i smanjenje stresa i osjećaja neugodnosti kod osjetljivih svjedoka u predmetima nasilja u porodici. Primjena ovih mjera moguća je u svim postupcima, a ne samo u onim koji zbog svoje specifičnosti zahtijevaju posebne načine postupanja sa svjedocima.

U opšte procesne mjere spadaju: ograničenje ili isključenje javnosti, zabrana filmskog ili televizijskog snimanja, udaljenje optuženog i ostalih osoba iz sudnice, održavanje reda i mira u sudnici, poseban način pozivanja i ispitivanja pojedinih kategorija svjedoka. U razmatranju svake od pojedinih mjera bit će analizirana moguća primjena pojedinih zakonskih odredbi i način njihovog provođenja.

Ograničenje ili isključenje javnosti. Javnost glavnog pretresa, u prvom redu, postoji iz političkih razloga i u obostranom je interesu kako šire društvene zajednice, tako i stranaka.²⁸ Ako ovome dodamo da javnost doprinosi povećanju kvaliteta samog suđenja omogućavajući građanima da kontrolišu rad pravosuđa, njegov edukativni karakter, povećanje povjerenja u pravosudni sistem i dr., s pravom možemo reći da je načelo javnosti glavnog pretresa jedno od osnovnih načela krivičnog postupka uopšte. Međutim, javnost ponekad može imati i negativne posljedice. Ovom prilikom ograničiti ćemo se na negativne posljedice koje javna suđenja mogu ostaviti na svjedoke. Javna suđenja mogu biti povod značajnih i nezaslužениh neugodnosti koje svjedoci trpe zbog učestvovanja u krivičnom postupku. Nedostaci javnosti glavnog pretresa eliminišu se mogućnošću isključenja javnosti za pojedine dijelove ili, po potrebi, za cio glavni pretres.

Od otvaranja zasjedanja pa do završetka glavnog pretresa sudija, odnosno predsjednik vijeća može u svako doba, po službenoj dužnosti ili po prijedlogu stranaka i branitelja, ali uvijek po njihovom saslušanju, isključiti javnost za cio glavni pretres ili jedan njegov dio, ako je to u interesu državne sigurnosti ili ako je potrebno radi čuvanja državne,

²⁸ Simović, M., *Krivično procesno pravo. Uvod i opšti dio.*, Bihać, 2005, str. 205.

vojne, službene ili važne poslovne tajne, javnog reda, zaštite morala u demokratskom društvu, ličnog i intimnog života optuženog ili oštećenog ili zaštite interesa maloljetnika ili svjedoka (čl. 250. ZKP FBiH).²⁹ Dakle, javnost se može isključiti ukoliko svjedoku prijete opasnost (ne od optuženog) od osoba koje su zainteresovane za ishod krivičnog postupka i “nezadovoljne” su sadržajem iskaza svjedoka. Legalan osnov za isključenje javnosti glavnog pretresa jeste i okolnost da svjedok, koji je ujedno i oštećen krivičnim djelom, svjedoči o činjenicama koje se tiču njegovog ličnog i intimnog života. Na ovaj način štitimo svjedoka od sekundarne viktimizacije i stigmatizacije izazvane činjenicom da pred širom javnosti svjedoči o negativnim iskustvima izazvanim krivičnim djelom u kojem je bio žrtva.

U postupku prema maloljetnicima javnost je uvijek isključena. Sudija za maloljetnike može dopustiti da na glavnom pretresu budu prisutne osobe koje se bave zaštitom i odgojem maloljetnika ili suzbijanjem maloljetničkog kriminaliteta, kao i naučni radnici. Ne smije se objaviti tok krivičnog postupka prema maloljetniku ni odluka donesena u tom postupku. Pravosnažna odluka suda može se objaviti, ali bez navođenja ličnih podataka maloljetnika iz kojih se može utvrditi njegov identitet (čl. 370. i 386. ZKP FBiH).

Zabrana filmskog ili televizijskog snimanja. Javnost sudske rasprave uključuje u sebi pravo građana da ono što su čuli na raspravi objave putem štampe, radija, televizije ili drugih medija.³⁰ U sudnici je u načelu zabranjeno filmsko ili televizijsko snimanje. Izuzetno, predsjednik suda može odobriti takvo snimanje na glavnom pretresu. Ako je snimanje odobreno, sudija, odnosno predsjednik vijeća može na glavnom pretresu, iz opravdanih razloga, odlučiti da se pojedini dijelovi glavnog pretresa ne snimaju (čl. 256. st. 3. ZKP FBiH).³¹ U posljednje vrijeme primjetno je da mediji daju pretjerani publicitet krivičnom djelu i osumnjičenom, odnosno optuženom, naročito putem štampe i televizije, izopačuju moralna osjećanja publike, odvrćaju simpatije i žaljenje sa žrtve i usmjeravaju ih na krivca. U nastojanju da njihovi prilozima budu što atraktivniji novinari nerijetko idu

29 Čl. 235. ZKP BD BiH i čl. 251. st. 1. ZKP RS.

30 Takav oblik javnosti može biti izvor značajnih i nezasluženih neugodnosti za svjedoke i oštećene. Javnost čini općepoznatim iskaze svjedoka date na glavnom pretresu putem objavljivanja u štampi i drugim sredstvima informisanja, otkrivajući tako i činjenice koje bi trebale ostati nepoznate dok se ne sprovedu dalji dokazi. Tako: Vasiljević, T., *op. cit.*, str. 225.

31 Čl. 241. st. 3. ZKP BD BiH i čl. 256. st. 3. ZKP RS.

tako daleko da otkrivaju identitet svjedoka i time direktno ugrožavaju sigurnost svjedoka, odnosno, ako je riječ o svjedoku-oštećenom, doprinose njihovoj daljnjoj viktimizaciji i stigmatizaciji.

Udaljenje optuženog i ostalih osoba iz sudnice i mjere održavanja reda u sudnici. Atmosfera u sudnici od ključnog je značaja za nesmetano odvijanje glavnog pretresa, ali i za stvaranje osjećaja sigurnosti na strani svjedoka. Propuštanje održavanja reda u sudnici omogućava i različite oblike zastrašivanja od strane optuženog ili drugih osoba koje prisustvuju glavnom pretresu i može negativno utjecati na svjedoke. Upravo zbog toga naše krivičnoprocesno zakonodavstvo detaljno reguliše rukovođenje glavnim pretresom te u cilju održavanja reda i mira predviđa određene disciplinske mjere i kazne za osobe koje ih se ne pridržavaju.

Dužnost sudije, odnosno predsjednika vijeća jeste da se stara o održavanju reda u sudnici i dostojanstva suda. Sudija, odnosno predsjednik vijeća može odmah poslije otvaranja zasjedanja upozoriti osobe koje su prisutne na glavnom pretresu da se pristojno ponašaju i da ne ometaju rad suda. Sudija, odnosno predsjednik vijeća može odrediti pretresanje osoba koje su prisutne na glavnom pretresu (čl. 256. st. 1. ZKP FBiH).³² S obzirom da osobe koje su prisutne na glavnom pretresu ne smiju nositi oružje ili opasno oruđe, osim čuvara optuženog i osoba kojima to dozvoli sudija, odnosno predsjednik vijeća (čl. 249. st. 3. ZKP FBiH)³³, ovo je značajna mjera koja doprinosi povećanju osjećaja fizičke sigurnosti svjedoka. Pretresanje obavlja sudski policajac u zasebnoj prostoriji i njegov cilj ne mora biti samo pronalaženje oružja, već i bilo kojeg drugog predmeta kojim se može ometati red u sudnici.³⁴

Sudija, odnosno predsjednik vijeća može narediti da se optuženi udalji iz sudnice za određeni vremenski period ukoliko optuženi i nakon upozorenja nastavi s nedoličnim ponašanjem zbog kojeg je opravdano njegovo udaljenje iz sudnice. U tom vremenskom periodu sudija, odnosno predsjednik vijeća može nastaviti postupak ukoliko optuženi ima branioca (čl. 257. st. 2. ZKP FBiH).³⁵

Pored optuženog, sudija, odnosno predsjednik vijeća može udaljiti i drugu osobu iz sudnice da bi se zaštitilo pravo na pravedno i javno suđenje,

32 Čl. 241. st. 1. ZKP BD BiH i čl. 256. st. 1. ZKP RS.

33 Čl. 234. st. 3. ZKP BD BiH i čl. 250. st. 3. ZKP RS.

34 Sijerčić-Čolić, H. i ostali, *Komentar zakona o kaznenom/krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini*, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005, str. 642.

35 Čl. 242. st. 2. ZKP BD BiH i čl. 257. st. 2. ZKP RS.

odnosno održalo dostojanstveno i neometano suđenje (čl. 257. st. 1. ZKP FBiH)³⁶ ili može narediti da se sa zasjedanja udalje sve osobe koje kao slušatelji prisustvuju glavnom pretresu, ako su se mjere održavanja reda predviđene zakonom pokazale neefikasnim za osiguranje neometanog održavanja glavnog pretresa (čl. 256. st. 2. ZKP FBiH).³⁷ Zakonodavac predviđa i kažnjavanje zbog narušavanja reda i procesne discipline

Poseban način pozivanja i ispitivanja pojedinih kategorija svjedoka (zaštita od sekundarne viktimizacije). Ponekad i sam način pozivanja svjedoka, pogotovo ako je riječ o dostavljanju preko službene osobe, može izuzetno stresno djelovati na osjetljive svjedoke. Zbog toga je zakonodavac predvidio i posebne oblike dostavljanja. Pozivanje kao svjedoka maloljetne osobe koja nije navršila 16 godina po pravilu se vrši preko roditelja ili zakonskog zastupnika (čl. 95. st. 2. ZKP FBiH).³⁸ Osobe koje učestvuju u postupku, osim optuženog, mogu se o pozivu za glavni pretres ili drugom pozivu, kao i o odluci o odlaganju glavnog pretresa ili drugih zakazanih radnji, obavijestiti telegramom ili telefonom, ako se prema okolnostima može pretpostaviti da će obavijest izvršena na taj način primiti osoba kojoj je upućena (čl. 191. st. 1. ZKP FBiH).³⁹ Ova odredba ima za cilj da ubrzanje krivičnog postupka, ali se može iskoristiti i za pozivanje osjetljivih svjedoka. Poziv za glavni pretres sud može i usmeno saopštiti svjedoku koji se nalazi pred sudom, uz pouku o posljedicama nedolaska.

Poseban način ispitivanja predviđen je za određene kategorije osjetljivih svjedoka. Tu se u prvom redu misli na djecu, maloljetne osobe, starije osobe, osobe s težim tjelesnim manama, bolesne osobe i osobe oštećene krivičnim djelom. Posebna pažnja poklanja se ispitivanju žrtva seksualnih delikata.

Prilikom saslušanja maloljetne osobe, naročito ako je ona oštećena krivičnim djelom, postupit će se obazrivo, da saslušanje ne bi štetno utjecalo na psihičko stanje maloljetnika. Saslušanje maloljetne osobe izvršit će se uz pomoć pedagoga ili druge stručne osobe (čl. 100. st. 4. ZKP FBiH).⁴⁰ Jezičkim tumačenjem ove odredbe izvodi se zaključak da se ona primjenjuje pri svakom saslušanju kao svjedoka svake maloljetne osobe, pa i one koja nije oštećena krivičnim djelom. Primjena ove odredbe zahtijevat će pojačani angažman tijela krivičnog postupka koje vrši

36 Čl. 242. st. 1. ZKP BD BiH i čl. 257. st. 1. ZKP RS.

37 Čl. 241. st. 2. ZKP BD BiH i čl. 256. st. 2. ZKP RS.

38 Čl. 81. st. 2. ZKP BD BiH i čl. 145. st. 2. ZKP RS.

39 Čl. 177. st. 1. ZKP BD BiH i čl. 88. st. 1. ZKP RS.

40 Čl. 86. st. 4. ZKP BD BiH i čl. 151. st. 4. ZKP RS.

saslušanje maloljetne osobe i za očekivati je da u izvjesnoj mjeri uspori sam postupak (zbog samog vremena potrebnog za angažovanje stručne osobe potrebnog profila) i povećati troškove krivičnog postupka, ali će, u svakom slučaju, znatno doprinijeti zaštiti maloljetnih svjedoka i osiguranju kvaliteta njihovih iskaza.⁴¹

Saslušanje svjedoka mora se snimiti audio ili audiovizuelnim sredstvima u slučajevima kada se radi o maloljetnim osobama koje nisu napunile 16 godina i koje su oštećene krivičnim djelom. Iz same odredbe ne može se zaključiti da joj je cilj upravo zaštita maloljetnih žrtava krivičnih djela. Međutim, ova bi odredba, također, trebala biti korištena za zaštitu maloljetne žrtve krivičnog djela od njene sekundarne viktimizacije tokom postupka na način da bi se njenom primjenom, uz prethodno osiguranje prava odbrane osumnjičene, odnosno optužene osobe, izbjeglo višekratno saslušanje maloljetnog oštećenog ili njegovo izlaganje negativnim učincima pojavljivanja na sudu.⁴²

ZKP BiH sadrži odredbe kojima se propisuje poseban obzir prema, kako ih zakon naziva, žrtvama “seksualnih delikata”. Oštećenog krivičnim djelom nije dopušteno ispitivati o njegovom seksualnom životu prije izvršenog krivičnog djela, a ako je takvo ispitivanje obavljeno, na takvom se iskazu ne može zasnivati sudska odluka (čl. 100. st. 5. ZKP FBiH).⁴³ Oštećenog krivičnim djelom nije dozvoljeno ispitivati o njegovom seksualnom životu prije izvršenog krivičnog djela koji je predmet postupka. Nijedan dokaz koji se iznosi da bi pokazao ranije seksualno iskustvo, ponašanje ili seksualnu orijentaciju oštećenog neće biti prihvatljiv (čl. 279. ZKP FBiH).⁴⁴ Upada u oči istovjetnost ovih odredbi gdje se u prvom dijelu zabranjuje ispitivanje oštećenog o njegovom seksualnom životu

41 Filipović, Lj., *Neka pitanja u vezi s položajem svjedoka u krivičnom postupku i zasnivanju presude na iskazu svjedoka*, materijal za obuku sudija i tužilaca u okviru CEST FBiH na temu „Svjedok i oštećeni“, Sarajevo, 2009, str. 9.

42 Iako predviđa obavezno snimanje audio ili audiovizuelnim sredstvima saslušanja maloljetnih osoba koje nisu navršile 16 godina i koje su oštećene krivičnim djelom, zakonodavac ne predviđa izričito mogućnost da se taj snimak reproducira na glavnom pretresu bez ponovnog ispitivanja na glavnom pretresu maloljetnog oštećenog. S takvom mogućnošću, naravno, uz prethodno osiguranje mogućnosti strankama i branitelju da svjedoku postave pitanja bez prisustva u prostoriji u kojoj se svjedok nalazi (putem videoveze) ili uz njihovu prisutnost u toj prostoriji, obaveza snimanja iskaza maloljetnog oštećenog mlađeg od 16 godina imala bi puni smisao, a osigurala bi se i mogućnost zasnivanja sudske odluke na takvom iskazu. Prema: Filipović, Lj., *Položaj oštećenog u krivičnom postupku*, materijal za obuku sudija i tužilaca u okviru CEST FBiH na temu „Svjedok i oštećeni“, Sarajevo, 2009, str. 13.

43 Čl. 86. st. 5. ZKP BD BiH i čl. 151. st. 5. ZKP RS.

44 Čl. 264. ZKP BD BiH i čl. 279. ZKP RS.

prije izvršenog krivičnog djela, odnosno u drugom dijelu zakon propisuje i procesne posljedice za nepostupanje u skladu s tim odredbama, te nameće ograničenja u predlaganju i izvođenju dokaza koji bi doveli do kršenja tih odredaba kojima se štiti lični integritet žrtava navedenih krivičnih djela. Ovim odredbama zakonodavac je u znatnoj mjeri donio pozitivne promjene u procesnom položaju žrtava seksualnih delikata. Njihov se značaj ogleda u izbjegavanju njihove stigmatizacije u javnosti, odnosno sprečava se eventualno negativan utjecaj tih okolnosti na sam sud.

Svjedoci koji se zbog starosti, bolesti ili teških tjelesnih mana ne mogu odazvati pozivu mogu se saslušati u njihovom stanu, bolnici ili na drugom mjestu (čl. 95. i čl. 287. st. 1. ZKP FBiH).⁴⁵ S obzirom na životnu dob, tjelesno i duševno stanje ili druge opravdane interese, svjedok se može saslušati putem tehničkih uređaja za prijenos slike i zvuka na način da mu stranke i branilac mogu postavljati pitanja bez prisustva u prostoriji gdje se svjedok nalazi. Za potrebe takvog ispitivanja može se odrediti stručna osoba (čl. 100. st. 6. ZKP FBiH).⁴⁶

3.1.3. Posebne procesne mjere zaštite svjedoka

Posebne procesne mjere zaštite svjedoka nisu regulisane zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini, već su predmet regulisanja drugih zakona.⁴⁷ Zakonom o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka FBiH (u daljem tekstu: ZZSPPUS FBiH) precizno je definisano kojim se kategorijama svjedoka pruža zaštita, odnosno istaknuta su osnovna načela kojima se sud treba rukovoditi prilikom izbora mjera zaštite. Riječ je o sljedećim načelima: načelo zakonitosti, individualizacije, kombinacije, srazmjernosti i kompenzacije. Prihvatanjem ovih načela Bosna i Hercegovina se svrstava u red zemalja sa savremenim sistemom procesne zaštite svjedoka u krivičnom postupku, pružajući svjedocima zaštitu kad je to potrebno, ali vodeći istovremeno računa o pravu osumnjičenog, odnosno optuženog na odbranu.

45 Čl. 81. i čl. 272. st. 1. ZKP BD BiH i čl. 146. i 287. st. 1.. ZKP RS.

46 Čl. 86. st. 6. ZKP BD BiH i čl. 151. st. 6. ZKP RS.

47 Četiri su takva zakonska teksta, identičnog sadržaja, odnosno s odstupanjima koja su nužna zbog podjele nadležnosti u okviru krivičnog pravosuđa u BiH. To su sljedeći zakoni: Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka ("Službeni glasnik BiH", br. 3/2003, 21/2003, 61/2004 i 55/2005), Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka ("Službene novine FBiH", br. 36/2003), Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka ("Službeni glasnik BD BiH", br. 11/2003, 8/2007) i Zakon o zaštiti svjedoka u krivičnom postupku ("Službeni glasnik RS", br. 21/2003, 61/2004 i 55/2005).

Sud može odrediti one mjere zaštite svjedoka koje smatra potrebnim, a koje su predviđene ovim zakonom, uključujući primjenu više mjera istovremeno. Prilikom odlučivanja koja će mjera zaštite svjedoka biti primijenjena, sud neće odrediti primjenu teže mjere ako se ista svrha može postići primjenom blaže mjere (čl. 5. ZZSPPUS FBiH).⁴⁸ Ovom odredbom zakonodavac je istakao načelo zakonitosti, i to na način da se mogu primijeniti samo one mjere koje su unaprijed *predviđene ovim zakonom*. Zatim, načelo individualizacije, da *može odrediti one mjere zaštite svjedoka koje smatra potrebnim*, uvažavajući pri tome činjenicu da zaštitu treba prilagoditi specifičnostima svakog konkretnog slučaja. Smatramo da se prilikom izbora mjera zaštite svjedoka treba rukovoditi vrstom krivičnog djela, kategorije svjedoka, oblika i stepena ugrožavanja, kao i faktičke mogućnosti za primjenu pojedinih mjera. Načelo kombinacije istaknuto je u dijelu odredbe koji govori o *primjeni više mjera istovremeno*. Naravno, treba voditi računa da se pojedine mjere zaštite svjedoka međusobno isključuju, odnosno ne mogu kombinirati. Načelo srazmjernosti podrazumijeva da *prilikom odlučivanja koja će mjera zaštite svjedoka biti primijenjena, sud neće odrediti primjenu teže mjere ako se ista svrha može postići primjenom blaže mjere*. S obzirom da se primjena mjera zaštite svjedoka direktno ili indirektno odražava na prava osumnjičene, odnosno optužene osobe, mora se uspostaviti srazmjera između cilja zaštite i njenog efekta na ostvarivanje prava na odbranu. U uskoj vezi s načelom srazmjernosti jest i načelo kompenzacije kojim se uvažava činjenica da su prava osumnjičene, odnosno optužene osobe na izvjestan način ograničena te da ih je potrebno kompenzirati na neki drugi način. Jedan od najupečatljivijih oblika kompenzacije istaknut je u čl. 24. ZZSPPUS FBiH koji govori o *neophodnosti drugih dokaza za donošenje presude*. Prema ovoj odredbi, sud ne može zasnivati osuđujuću presudu isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazima svjedoka datih u istrazi, a koji su kasnije pročitani na glavnom pretresu, kao i na iskazu zaštićenog svjedoka.

Svjedok pod prijetnjom je onaj svjedok čija je lična sigurnost ili sigurnost njegove porodice dovedena u opasnost zbog njegovog učešća u postupku, kao rezultat prijetnji, zastrašivanja ili sličnih radnji koje su vezane za njegovo svjedočenje, ili svjedok koji smatra da postoji razumna osnova za bojazan da bi takva opasnost vjerovatno proistekla kao posljedica njegovog svjedočenja (čl. 3. stav 1. ZZSPPUS FBiH).⁴⁹ Iz zakonske definicije je nedvosmisleno da se traži konkretna opasnost manifestovana u vidu prijetnji, zastrašivanja ili drugih radnji, odnosno

48 Čl. 4. ZZSPPUS BD BiH i čl. 4. ZZSKP RS.

49 Čl. 3. st. 1. ZZSPPUS BD BiH i čl. 3. st.1. ZZSKP RS.

postojanje uzročno-posljedične veze, tj. da je radnja zastrašivanja preuzeta u vezi sa svjedočenjem, odnosno da je riječ o takvoj radnji čije dejstvo proizvodi strah kod svjedoka. Iako pojedini autori smatraju da za ocjenu da li je neko lice pod prijetnjom nisu dovoljne pretpostavke da bi se prijetnja ili zastrašivanje ili druge radnje mogli dogoditi, ma kako one vjerovatne ili ozbiljne bile⁵⁰, mišljenja smo, a to je zakonodavac i potvrdio izmjenama i dopunama ovog člana, da su s radnjom zastrašivanja izjednačene i sve one situacije kada postoji razumna osnova za bojazan i vjerovatnoća da bi takva opasnost proistekla kao rezultat njegovog svjedočenja. Iako opasnosti mogu biti izložene sve vrijednosti koje se štite osnovnim ljudskim pravima (život, zdravlje, tjelesni integritet, sloboda, imovina i dr.), zakonodavac se odlučio da na termin *lična sigurnost*, pod koji, ma kako ga ekstenzivno tumačili, ne možemo svrstati vrijednosti poput imovine, stabilnost porodičnog života ili, pak, zaštitu profesionalnog napredovanja. Smatramo da je mnogo prihvatljivije rješenje, npr., hrvatskog zakonodavca koji govori o opasnosti po život, zdravlje, tjelesnu nepovredivost, slobodu ili imovinu većeg opsega. Općeprihvaćen je stav da radnje zastrašivanja mogu prouzrokovati opasnost po navedena dobra samog svjedoka, ali i njegove porodice.

Ugroženi svjedok je onaj svjedok koji je ozbiljno fizički ili psihički traumatiziran okolnostima pod kojima je izvršeno krivično djelo ili koji pati od ozbiljnih psihičkih poremećaja koje ga čine izuzetno osjetljivim, kao i dijete i maloljetnik (čl. 3. st. 3. ZZSPPUS FBiH).⁵¹ Analizom ove odredbe možemo zaključiti da je zakonodavac postavio dosta široku definiciju pojma *ugroženi svjedok*. U prvu grupu ugroženih svjedoka spadaju, svakako, oštećeni, odnosno žrtve krivičnog djela. Oni su fizički i psihički traumatizirani okolnostima pod kojim je djelo izvršeno. Zakon traži da traumatiziranost bude ozbiljna, u znatnom stepenu, i to u odnosu na ugrožavanje fizičkog ili psihičkog zdravlja tog lica.⁵² Smatramo da u ovu grupu ugroženih svjedoka možemo svrstati i svjedoke očevice koji nisu žrtve krivičnog djela, ali koji su psihički traumatizirani načinom i okolnostima pod kojim je krivično djelo izvršeno. U drugu grupu ugroženih svjedoka spadaju osobe koje pate od ozbiljnih psihičkih poremećaja koji ga čine izuzetno osjetljivim. Uvjeti ozbiljnog psihičkog poremećaja i osjetljivosti traže se kumulativno. Treću grupu ugroženih svjedoka čine djeca i maloljetnici za koje postoji presumpcija da zbog životne dobi u kojoj

50 Bubić, G., *Zaštita žrtava i svjedoka i njihovo učešće u krivičnom postupku*, Zbornik radova, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2003, str. 192.

51 Čl. 3. st. 3. ZZSPPUS BD BiH i čl. 3. st. 3. ZZSKP RS.

52 Bubić, G., *op. cit.*, str. 193.

se nalaze njihovo pojavljivanje u ulozi svjedoka u krivičnom postupku može negativno utjecati na njihov dalji psihički razvoj.⁵³ Mišljenja smo da bi se krug ugroženih svjedoka mogao proširiti i na osobe s invaliditetom i starije osobe.

ZZSPPUS FBiH na precizan način uređuje koje se mjere mogu osigurati svjedoku u svrhu zaštite njegove bezbjednosti i psihičkog zdravlja. Važno je napomenuti da se mjere zaštite primjenjuju samo uz saglasnost svjedoka (čl. 5.a ZZSPPUS FBiH).⁵⁴ U nastavku ćemo dati detaljan pregled mjera za zaštitu svjedoka u predmetima nasilja u porodici. Namjerno su izostavljene one mjere koje imaju za cilj da pruže svjedocima djelimičnu ili potpunu anonimnost prilikom njihovog učešća u krivičnom postupku. Riječ je o sljedećim mjerama:

- osiguranje psihološke, socijalne i stručne pomoći na način da tužilac u toku istrage, a sud nakon podizanja optužnice, pod uvjetom da postoji saglasnost svjedoka i bez objavljivanja bilo kakvih ličnih podataka o svjedoku, obavještava organ nadležan za pitanja socijalnog staranja o uključenju ugroženog svjedoka u postupak i omogućava pružanje pomoći tog organa, kao i psihološku potporu tom svjedoku, uključujući prisutvo odgovarajućih stručnih osoba prilikom ispitivanja ili saslušanja (čl. 6. ZZSPPUS FBiH)⁵⁵ Prateće osobe ne smiju ometati tok krivičnog postupka ili utjecati na svjedočenje.⁵⁶
- u toku glavnog pretresa sud može saslušati svjedoke pod prijetnjom i ugrožene svjedoke u najskorije moguće vrijeme i ima mogućnost saslušati te svjedoke na glavnom pretresu drugačijim redoslijedom od onoga koji je propisan ZKP FBiH (čl. 7. ZZSPPUS FBiH).⁵⁷ Ovako se sprečava negativan utjecaj dugotrajnog boravka u sudskoj zgradi svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka na sigurnost svjedoka i njegove porodice te na njegovo fizičko ili psihičko stanje. U sudskim zgradama potrebno je, kada to prostorne mogućnosti dopuštaju, osigurati prostoriju

53 Simović, M., *op. cit.*, str. 325.

54 Čl. 5.a ZZSPPUS BD BiH i čl. 5.a ZZSKP RS.

55 Čl. 6. ZZSPPUS BD BiH i čl. 6. ZZSKP RS.

56 Prihvaćeno je stajalište da prateće osobe (psiholozi, pedagozi ili druge stručne osobe) ne bi smjele ometati ili nepropisno utjecati na svjedočenje i unakrsno ispitivanje svjedoka, same odgovarati na pitanja ili nuditi svjedoku savjete za odgovor. S druge strane, ove osobe trebaju biti u neposrednoj fizičkoj blizini svjedoka za vrijeme svjedočenja i imaju pravo da prilikom ispitivanja svjedoka reaguju ukoliko na svjedoku osjete tragove traume.

57 Čl. 7. ZZSPPUS BD BiH i čl. 7. ZZSKP RS.

- koja bi bila posebna čekaonica za određene kategorije svjedoka, posebno za djecu svjedoke u kojoj bi djeca čekala poziv da uđu u sudnicu i pristupe svjedočenju odvojeno od ostalih svjedoka.⁵⁸
- sudija, odnosno predsjednik vijeća u odgovarajućoj će mjeri kontrolisati način ispitivanja svjedoka kada se ispituje ugroženi svjedok, posebno u cilju zaštite svjedoka od uznemiravanja i zbunjivanja. U izuzetnim okolnostima, ako sud utvrdi da je to u najboljem interesu svjedoka, sud može, uz saglasnost stranaka i branioca, ispitati ugroženog svjedoka na način da mu direktno postavlja pitanja u ime stranaka i branioca (čl. 8. ZZSPPUS FBiH).⁵⁹ Cilj ove mjere je da se spriječi ili umanju negativan utjecaj na potpunost i tačnost iskaza ugroženog svjedoka i na njegovo psihičko stanje koji može imati direktan kontakt stranaka ili branioca s takvim svjedokom prilikom njegovog ispitivanja na glavnom pretresu.⁶⁰ Ženama žrtvama nasilja u porodici treba omogućiti da ih, ukoliko to žele, ispituju žene i stoga treba povećati broj žena zaposlenih u policiji, tužilaštvu i sudovima. Pojedini autori ističu da bi i sudije u ovakvim slučajevima trebale biti žene jer to može imati bolji psihološki efekat na svjedoka da s manje stida i ustručavanja iznese detalje događaja.⁶¹
 - u odnosu na posebne kategorije svjedoka, u krivičnom postupku postoji i mogućnost njihovog saslušanja van prostorije u kojoj se održava postupak. Pri odlučivanju da li postoje opravdani razlozi da se svjedok ispita putem tehničkih uređaja za prijenos slike i zvuka na način na koji stranke i branitelj mogu postavljati pitanja, a da ne budu prisutni u istoj prostoriji sa svjedokom, također će se uzeti u obzir potreba da se osigura zaštita svjedoku pod prijetnjom i ugroženom svjedoku (čl. 9. ZZSPPUS FBiH).⁶² Značaj ove zaštitne mjere, pored sprječavanja ili minimiziranja sekundarne viktimizacije, te zaštite psihičkog integriteta pojedinih kategorija svjedoka, što je cilj kojem savremeni krivični postupci trebaju težiti, jeste da ovakav oblik saslušanja svjedoka ima za rezultat viši stepen dokaznog kredibiliteta

58 Turković, K., *Utjecaj međunarodnog kaznenog prava na razvoj prava žrtava međunarodnih kaznenih djela te žrtava općenito u Evropskoj uniji i republici Hrvatskoj*, Zbornih Pravnog fakulteta u Zagrebu, 54/2004, br. 5. str. 875

59 Čl. 8. ZZSPPUS BD BiH i čl. 8. ZZSKP RS.

60 *Postupak optuživanja i glavni pretres, Modul 2 – krivična oblast*, Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2006, str. 194.

61 Brkić, S., op. cit., str. 160-161.

62 Čl. 9. ZZSPPUS BD BiH i čl. 9. ZZSKP RS.

svjedoka, odnosno oštećenog. Naime, činjenica je da usljed faktora forenzičke zbunjenosti, straha od optuženog i drugih negativnih uticaja sudske atmosfere neke kategorije svjedoka i oštećenih daju iskaz znatno slabijeg dokaznog kvaliteta u odnosu na iskaz kakav bi dale da nisu saslušavane u takvim okolnostima.⁶³

- osim ranije navedene mogućnosti udaljenja s glavnog pretresa zbog ometanja reda, ZZSPUS FBiH predviđa i drugu mogućnost: udaljenje optuženog s rasprave kada postoji opravdana bojazan da će prisustvo optuženog utjecati na sposobnost svjedoka da svjedoči potpuno i tačno. U takvim situacijama sud može, po službenoj dužnosti ili po prijedlogu stranaka ili branioca, a nakon saslušanja protivne strane i branioca, narediti da optuženi bude udaljen iz sudnice. Ako je udaljen iz sudnice, optuženom će biti omogućeno da prati svjedočenje putem tehničkih uređaja za prijenos slike ili zvuka ili će svjedočenje biti zabilježeno i predočeno optuženom. Za vrijeme udaljenja optuženog iz sudnice njegov će branilac biti prisutan na saslušanju. Nakon što se optuženom predoči svjedočenje svjedoka, a prije nego se svjedok otpusti, braniocu i optuženom omogućit će se da se konsultuju (čl. 10. ZZSPPUS FBiH).⁶⁴ Ovo je značajna mjera koja ima za cilj osigurati uvjete za nesmetano svjedočenje svjedoka. Ona se relativno rijetko koristi u praksi.
- kao izuzetak od pravila o neposrednom izvođenju dokaza na glavnom pretresu jeste i mogućnost čitanja zapisnika o iskazima datim u istrazi od strane svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka. Pri odlučivanju da li se zapisnici o iskazima datim u istrazi mogu pročitati i koristiti kao dokaz na glavnom pretresu sud će, također, uzeti u obzir potrebu da se osigura zaštita svjedoka pod prijetnjom koji bi se mogao izložiti, ili njegova porodica, velikoj ličnoj opasnosti, odnosno zaštita ugroženog svjedoka koji bi se mogao izložiti značajnoj duševnoj boli ako bi se pojavio na glavnom pretresu (čl. 11. ZZSPPUS FBiH).⁶⁵ S obzirom da je riječ o grubom kršenju načela neposrednosti u izvođenju dokaza, te da odbrana nije u mogućnosti postavljati pitanja svjedoku i time dovesti u sumnju njegov kredibilitet i vjerodostojnost iskaza,

63 Pajić, D., *Zaštita osjetljivih svjedoka u krivičnom postupku*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 6, godina III, Zenica, 2010, str. 112.

64 Čl. 10. ZZSPPUS BD BiH i čl. 10. ZZSKP RS.

65 Čl. 11. ZZSPPUS BD BiH i čl. 11. ZZSKP RS.

zakonodavac je kao izvjestan vid kompenzacije previdio da se osuđujuća presuda ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri zasnivati na ovom iskazu i traži se postojanje drugih dokaza.

4. Postupak za krivična djela na štetu djece i maloljetnika

Posljednje reforme krivičnog pravosuđa u BiH za rezultat su imale stvaranje „odvojenog zakonodavstva o maloljetnicima“.⁶⁶ To u prevodu znači da su specifična pravila o maloljetnim delikventima i maloljetničkoj delikvenciji izdvojena iz materijalnog, procesnog i izvršnog krivičnog prava i ugrađena u jedinstven zakonski tekst.⁶⁷ Specifične odredbe odvojenog zakonodavstva o maloljetnicima primjenjuju se u krivičnom postupku u kome se kao oštećena osoba pojavljuje dijete ili maloljetnik (čl. 180-190. ZPPM RS i čl. 184-190. ZPPM BD BiH). Posebne odredbe primjenjuju se u predmetima protiv punoljetnih učinilaca taksativno navedenih krivičnih djela⁶⁸, kada se u krivičnom postupku kao oštećeni pojavljuje dijete ili maloljetnik.

Kod postupanja u krivičnim predmetima protiv učinilaca krivičnih djela na štetu djece i maloljetnika, pri provođenju procesnih radnji posebno obazrivo se odnosi prema djetetu ili maloljetniku na čiju štetu je učinjeno krivično djelo, imajući u vidu njegov uzrast, osobine njegove ličnosti, obrazovanje i prilike u kojima živi, kako bi se izbjegle moguće štetne posljedice na njegov budući život, odgoj i razvoj. Saslušanje djeteta ili

66 Više: Sijerčić-Čolić, H., *Krivično procesno pravo, Knjiga II, Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci*, treće izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012, str. 207-209.

67 U RS Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku (u daljem tekstu: ZPPM RS), a u BD BiH Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku (u daljem tekstu: ZPPM BD BiH). U FBiH se već duže vremena raspravlja o donošenju Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, ali te aktivnosti još uvijek nisu dovele i do usvajanja odvojenog zakonodavstva o maloljetnicima.

68 To su sljedeća krivična djela: ubistvo, teško ubistvo, ubistvo djeteta pri porođaju, navođenje na samoubistvo i pomaganje u samoubistvu, teška tjelesna povreda, otmica, protivpravno lišenje slobode, zlostavljanje, silovanje, obljava nad nemoćnom osobom, spolno nasilje nad djetetom, obljava zloupotrebom položaja, zadovoljavanje spolnih strasti pred drugim, trgovina ljudima radi vršenja prostitucije, iskorištavanje djece ili maloljetnih osoba za pornografiju, proizvodnja i prikazivanje dječije pornografije, rodoskrvnuće, vanbračna zajednica sa maloljetnom osobom, oduzimanje maloljetne osobe, zapuštanje i zlostavljanje maloljetne osobe, nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici, kršenje porodičnih obaveza, izbjegavanje davanja izdržavanja, omogućavanje uživanja opojnih droga, razbojništvo i razbojnička krađa.

maloljetnika se u pravilu obavlja uz pomoć pedagoga, psihologa ili druge stručne osobe. Ako se kao svjedok sasluša dijete ili mlađi maloljetnik oštećen taksativno navedenim krivičnim djelom, saslušanje se može provesti najviše dva puta. Tužilac ili ovlaštena službena osoba sasluša svjedoka putem tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka, a bez prisustva tužioca ili ovlaštene službene osobe u prostoriji gdje se svjedok nalazi. Saslušanje djeteta ili maloljetnika se u pravilu obavlja uz pomoć pedagoga, psihologa ili druge stručne osobe. Dijete ili mlađa maloljetna osoba može se saslušati u svom stanu ili drugom prostoru u kome boravi ili u centru za socijalni rad.

Kad sud sasluša dijete ili maloljetnika kao svjedoka oštećenog krivičnim djelom postupa u skladu sa prethodno opisanim pravilima, tako da sud, stranke u postupku i branilac mogu postavljati pitanja, a da ne budu prisutni u istoj prostoriji sa svjedokom. Saslušanje djeteta ili maloljetnika se obavlja tako da se pitanja postavljaju posredstvom suda, a po potrebi uz pomoć pedagoga, psihologa ili druge stručne osobe. Također, u svrhu zaštite djece i maloljetnika oštećenih krivičnim djelom primjenjuju se odgovarajuće odredbe zakona o zaštiti svjedoka u krivičnom postupku. Na isti način se postupa i onda kada se sasluša dijete ili maloljetnik koji je svjedok-očevidac učinjenog djela taksativno navedenog u zakonima o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku.

Ako se kao svjedok sasluša dijete ili maloljetnik koji je ozbiljno fizički ili psihički traumatizovan okolnostima pod kojima je izvršeno krivično djelo ili pati od ozbiljnih psihičkih poremećaja koji ga čine posebno osjetljivim, zabranjeno je vršiti njegovo suočenje sa osumnjičenim, odnosno optuženim. Ako prepoznavanje osumnjičenog, odnosno optuženog vrši maloljetnik oštećen krivičnim djelom, ili je očevidac učinjenog krivičnog djela, takvo prepoznavanje u svim fazama postupka vrši se na način koji u potpunosti onemogućava da osumnjičeni, odnosno optuženi, vidi maloljetnu osobu.

Odredbe o zabrani objavljivanja toka postupka prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela primjenjuje se i u krivičnom postupku protiv učinilaca krivičnih djela na štetu djece i maloljetnika. Konačno, krivični postupak za krivična djela na štetu djece i maloljetnika je hitan.

5. Profesionalni izazovi u oblasti zaštite svjedoka u budućnosti

Naime, uprkos visokom nivou usklađenosti domaćih zakona sa zahtjevima sadržanim u međunarodnim dokumentima o pravima svjedoka i žrtava nasilja u porodici, ove, kao i druge zakonske promjene, nisu

nastale kao dio jasne državne strategije i suštinskog opredjeljenja za poboljšanje položaja svjedoka i žrtava u krivičnom postupku i izvan njega, već kao niz ustupaka zahtjevima domaćih nevladinih i međunarodnih organizacija, odnosno postavljenim uvjetima za članstvo u evropskim i drugim međunarodnim organizacijama i institucijama. Pored toga, velika prepreka na putu stvarnog poboljšavanja položaja svjedoka i žrtava u krivičnom postupku jeste i odsustvo mehanizama za efikasno provođenje novih odredbi u praksi.

Malo se pažnje poklanja edukaciji sudija, tužilaca, policije i ostalih u radu sa svjedocima. Ogromna sredstva troše se na edukacije koje imaju za cilj samo bazične informacije, bez jasnog cilja, fokusa, evolucije. Na taj način, a posebno u neadekvatnim uvjetima i u odsustvu službi za svjedoke, novi zakoni, iako sadrže solidna rješenja, često ostaju mrtvo slovo na papiru i tako proizvode frustracije, kako kod svjedoka, tako i kod profesionalaca koji ih trebaju primjenjivati. Nekada se zbog neznanja, raznih stereotipa, predrasuda i odsustva osnovnih komunikacijskih vještina one preokreću u svoju suprotnost i pritom uvećavaju, umjesto da umanje rizik od ponovne viktimizacije. Nepostojanje jasne državne strategije dolazi do izražaja i u okolnosti da praćenje primjene novih odredaba zakona ili uopće ne postoji ili je stihijsko i sporadično. Ne postoje ni tijela na državnom nivou koja bi na dugoročan i strateški način koordinirala aktivnosti vezane za zaštitu svjedoka i žrtava.

De lege ferenda zaštita svjedoka i žrtava u predmetima nasilja u porodici trebala bi se po potrebi nastaviti i nakon okončanja krivičnog postupka. U tom smislu potrebno je aktuelizirati donošenje zakona o programu zaštite svjedoka na entitetskom nivou, odnosno BD BiH. Isto tako, krivičnopravna zaštita svjedoka i žrtava krivičnog djela nasilja u porodici može se nastaviti nakon okončanja krivičnog postupka propisivanjem mjera sigurnosti, i to kao: obavezni psihosocijalni tretman, udaljenje iz zajedničkog domaćinstva i zabrana približavanja, uznemiravanja i uhođenja žrtava porodičnog nasilja. Smatramo da samo kažnjavanje učinitelja krivičnog djela, bez istovremeng tretmana na uklanjanju uzroka koji su doveli do učinjenja djela, ne može dati adekvatne rezultate i preventirati buduće učinjenje krivičnog djela.

Mr. sc. Denis Pajic
University "Džemal Bijedić" Faculty of Law

WITNESS PROTECTION IN DOMESTIC VIOLENCE CASES

Abstract: *The author is dealing with current issues of the criminal acts of domestic violence in the criminal legislation of Bosnia and Herzegovina, with an accent on the importance of protecting witnesses in these cases. In this context it is important to point out the problems that occur during the investigation and prosecution of this crime because of the specific relationship between the offender and witnesses. Providing quality care to these categories of witnesses is imperative for all state organs that are directly or indirectly involved in criminal proceedings. Only one witness whom, with appropriate measures, we have developed a sense of personal security and safety, and safety of his closest family members, or a witness who will not be exposed to secondary victimization, can be motivated to cooperate with the criminal justice authorities. To this end, there are introducing the most diverse forms of witness protection, from those whose goal is to provide adequate witness counseling and preparation for the act of witnessing, to those who extend beyond the termination of criminal proceedings and are aimed at physical protection of witnesses and the closest members of their families. This paper provides a detailed overview of the procedural measures to protect witnesses of domestic violence in domestic criminal proceedings.*

Keywords: *criminal proceedings, domestic violence, vulnerable/sensitive witnesses, intimidated witnesses, witness protection*

Sunčica Vežzović, asistent
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

KRIVIČNO DJELO NASILJE U PORODICI (*DE LEGE LATA, DE LEGE FERENDA*)

Sažetak

U radu se izlažu aktuelna pitanja krivičnogpravnog regulisanja krivičnog djela Nasilja u porodici u zakonodavstvu Federacije Bosne i Hercegovine. U uvodnom dijelu detaljno su predstavljani međunarodni ugovori koji regulišu ovu problematiku. U radu je data detaljna analiza krivičnog djela Nasilja u porodici u njegovom osnovnom i kvalificiranim oblicima, počevši od njegovih osnovnih obilježja, preko oblika krivnje, do kazni koje su propisane za pojedine oblike. Nakon toga slijedi osvrt na prijedloge Konvencije Vijeća Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, uporednopravna analiza ovog krivičnog djela, te prijedlozi *de lege ferenda*.

Ključne riječi: krivično djelo, nasilje u porodici, Istanbulska konvencija

1. Uvodne napomene

Nasilje u porodici (nasilje nad ženama i djecom kao najčešći vid ispoljavanja nasilja u porodici) je ponašanje koje je rezultat preovladavajućih patrijarhalnih obrazaca društvenog ponašanja, a koji predstavlja poražavajuće svjedočanstvo nejednake raspodjele moći između žena i muškaraca u današnjem „demokratskom društvu“. ¹

Inkriminiranost nasilja u porodici u pravnom sistemu Federacije BiH prisutna je od 2003. godine uvođenjem krivičnog djela „Nasilje u porodici“ (čl. 222.) u Krivični zakon FBiH.²

- 1 Galić, N., *Pravni standardi za borbu protiv nasilja u porodici*, Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici u Republici Srpskoj – Priručnik za postupanje subjekata zaštite, Vlada Republike Srpske Gender centar – Centar za jednakost i ravnopravnost polova, 1. Izdanje, str. 9.
- 2 Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11)

Ustav Bosne i Hercegovine garantuje primjenu najvišeg nivoa međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, a prava i slobode zagarantovane Evropskom konvencijom o osnovnim pravima i slobodama i njenim protokolima direktno se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Tačka 3. Ustava sadrži katalog prava i sloboda, a tačkom 4. garantuje se uživanje prava i sloboda bez diskriminacije po bilo kom osnovu.

„Radi omogućavanje brže, potpunije i efikasnije zaštite žrtava nasilja u porodici, definisanja društvenih subjekata zaštite u slučajevima porodičnog nasilja i radi sistematičnijeg pristupa počiniocima nasilja 2005. godine donesen je Zakon o zaštiti od nasilja u porodici u Federaciji Bosne i Hercegovine. Ova dva zakona predstavljaju osnovu pravnog regulisanja problema porodičnog nasilja, iako materiju porodičnog nasilja tretiraju i drugi zakoni, kao npr. Porodični zakon FBiH, te na državnom nivou doneseni Zakon o ravnopravnosti spolova u BiH koji nasilje u porodici tretira kao krivično djelo. Na navedene domaće izvore prava treba dodati i obiman pravno obavezujući međunarodni okvir. Prvi dokument organa Ujedinjenih Nacija koji direktno tretira nasilje u porodici je Preporuka broj 12 „Nasilje nad ženama“ CEDAW Komiteta ³ iz 1992. godine koji daje pravno tumačenje Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena.“⁴

„U nastavku slijedi prikaz međunarodnih pravnih dokumenata koji regulišu materiju nasilja u porodici:

- Povelja Ujedinjenih nacija (1945.)
- Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka (1948.)
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966.)
- Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966)
- Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena/CEDAW (1979.)
- Konvencija o zabrani torture i drugih vrsta mučenja, nehumanog i degradirajućeg tretmana ili kažnjavanja (1984.)
- Konvencija o pravima djeteta (1989.)
- Konvencija o zaštiti prava svih radnika useljenika i članova njihovih porodica (1990.)
- Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1965.)
- Deklaracija UN-a o eliminaciji nasilja nad ženama (1993.)

3 CEDAW je prvi međunarodni dokument koji je dao definiciju diskriminacije na osnovu spola

4 Galić, N., op.cit., str. 9.

- Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950.)
- Evropska socijalna povelja (1961.) i Revidirana evropska socijalna povelja (1996.)
- Evropska konvencija o sprječavanju mučenja i nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1989.)
- Plan Kampanje Savjeta Evrope za borbu protiv nasilja nad ženama uključujući i nasilje u porodici (2006.-2008.)
- Preporuke komiteta ministara zemalja članica Savjeta Evrope:
 - Preporuka br. R (79) 17 o zaštiti djece od lošeg tretmana
 - Preporuka br. R (85) 4 o nasilju u porodici
 - Preporuka br. R (85) 11 o položaju žrtve u okviru krivičnog prava i krivičnog postupka
 - Preporuka br. R (87) 21 o pomoći žrtvama i prevenciji viktimizacije
 - Preporuka br. R (90) 2 o socijalnim mjerama u vezi sa nasiljem u porodici
 - Preporuka br. R (93) 2 o medicinsko-socijalnim aspektima zloupotrebe djece
 - Preporuka br. R (2000) 1450 o nasilju nad ženama u Evropi
 - Preporuka br. R (2001) 16 o zaštiti djece od seksualne eksploatacije
 - Preporuka br. R (2005) 5 o zaštiti žena od nasilja
 - Preporuka br. R (2010) 10 o ulogama žena i muškaraca u prevenciji i razrješavanju konflikata i izgradnji mira⁵
- Konvencija Vijeća Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija; CAHVIO) – (donesena 11.05.2011. godine; Odluka o pristupanju BiH Konvenciji potpisana 12.07.2012. godine)

Ostali značajni dokumenti:

- Pekinška deklaracija i platforma za akciju (1995.)
- Milenijumska deklaracija i milenijumski razvojni cilj (2000.)

2. Krivično djelo nasilje u porodici

„Nasilje u porodici je fenomen koji je prisutan u svim zemljama svijeta i svim kulturama. Ljudi svih rasa, vjerskih, političnih, seksualnih

⁵ Galić, N., op.cit.; str. 10. i 11.

opredjeljenja, društvenih i kulturnih nivoa mogu biti počinioci nasilja u porodici. Skretanje pažnje javnosti na nasilje u porodici otpočelo je sa pojavom ženskog pokreta, naročito feminizma i pokreta za ženska prava nastalih sedamdesetih godina 20. vijeka, čija je glavna preokupacija bila rešavanje problema pretučenih žena čiji su agresori bili njihovi muževi.“⁶

Ovo krivično djelo je uvedeno u pravni sistem FBiH 2003. godine kao posljedica poziva da se ovakva ponašanja inkriminiraju, a koje je izraženo u Deklaraciji o eliminaciji nasilja protiv žena usvojenoj na Generalnoj skupštini UN-a 1992. godine. Isti zahtjev je ponovljen i u Preporuci Vijeća Evrope o zaštiti žena od nasilja (Rec (2002) 5).

Prema Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici FBiH „nasilje u porodici je bilo koje djelo koje nanosi fizičku, psihičku, seksualnu ili ekonomsku štetu ili patnju, kao i prijetnje takvim djelima, ili propuštanje dužnog činjenja ili pažnje koje ozbiljno sputavanju članove porodice da uživaju u svojim pravima ili slobodama na principu ravnopravnosti u javnoj ili privatnoj sferi života.“

Nasilje u porodici pojavljuje se u različitim oblicima i uključuje: fizičko, psihično, seksualno i ekonomsko nasilje.

„Fizička sila se definiše kao guranje, čupanje kose, udaranje, premlaćivanje, udaranje rukama i nogama, paljenje, ugrizi, davljenje, ubodi nožem, genitalno sakaćenje, mučenje, ubistvo.

Psihičko nasilje predstavlja zadirivanje, izrugivanje, zlobni ili ponižavajući komentari, prijetnje, izolacija, prijezir, maltretiranje, javno vrijeđanje.

Seksualno nasilje predstavlja svaki seksualni čin počinjen protiv volje druge osobe uključujući seksualno zadirivanje i izrugivanje, zurenje, nepoželjne komentare, egzibicionizam, uvredljive telefonske pozive, nepoželjne seksualne prijedloge, prisilno gledanje ili sudjelovanje u pornografiji, nepoželjno dodirivanje, prisilan seks, silovanje, incest, bolan ili ponižavajući seksualni čin, prisilnu trudnoću, trgovinu ženama i njihovo iskorištavanje u industriji seksa.

Ekonomsko nasilje predstavlja nejednak nadzor nad zajedničkim resursima, uskraćivanje pristupa zajedničkom novcu ili nemogućnost nadzora nad njim, uskraćivanje partneru zaposlenja ili nastavka obrazovanja, uskraćivanje ženi prava na vlasništvo.“⁷

6 Preporuka Vijeća Evrope Rec (2002)5 Odbora ministaradržavama članicama o zaštiti žena od nasilja i Memorandum sa objašnjenjima; Dodatak II

7 U izveštaju o povredama prouzrokovanim nasiljem koje su liječene na bolničkim odeljenjima za hitnu pomoć (Violence-Related Injuries Treated in Hospital Emergency Departments) koju je izdalo Ministarstvo pravde SAD u avgustu 1997.,

Žrtve nasilja u porodici su najčešće žene, djeca, stare, bolesne i nemoćne osobe, ali u novije vrijeme i muškarci.⁸

Ipak ova vrsta nasilja najviše i najteže pogađa žene i djecu. „Kod nasilja u porodici problem predstavlja visoka tamna cifra kriminaliteta. Razlog tome je što djeca koja su izložena nehumanom ponašanju odraslih sama nisu u stanju da traže vanjsku zaštitu, dok psihički i fizički maltretirana i ponižena žena ili roditelj nasilnika u najvećem broju slučajeva prikrivaju nasilje u vlastitoj porodici jer ga prema općem shvatanju i sami smatraju porodičnom sramotom.“⁹

U bosanskohercegovačkom krivičnom zakonodavstvu krivično djelo **Nasilje u porodici** u svom osnovnom obliku čini onaj „Ko nasiljem, drskim ili bezobraznim ponašanjem ugrožava mir, tjelesnu cjelovitost ili psihičko zdravlje člana svoje porodice, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine.“ (čl. 222. KZ FBiH)¹⁰

Iz navedene zakonske odredbe vidi se da se radi o specijalnom krivičnom djelu (*delictum proprium*), jer učinilac ovog djela može biti samo član porodice i koji svoju radnju preuzima prema članu svoje porodice. U čl. 2. st. 20. KZ FBiH propisano je da se članom porodice smatra: „bračni i izvanbračni partner, bivši bračni i izvanbračni partner, krvni rođak u ravnoj liniji, usvojlac i posvojenik, rođak u pobočnoj liniji do trećeg stepena zaključno i srodnik po tazbini do drugog stepena zaključno.“

Prema KZ FBiH radnja učinjena je alternativno postavljena, kao: nasilje, drsko ponašanje i bezobzirno ponašanje

Nasiljem se pasivnom subjektu fizičkom silom nanosi fizička ili psihička bol. Ta bol može biti jačeg ili slabijeg intenziteta.

Drsko ili bezobzirno ponašanje je svako ono ponašanje koje odstupa od uobičajenog ponašanja u porodičnim odnosima (grubo i bahato odnošenje prema članu porodice praćeno vrijeđanjem, prijetnjama).

Posljedica ovog krivičnog djela je ugrožavanje mira, tjelesne cjelovitosti ili psihičkog zdravlja člana svoje porodice. Krivično djelo

navodi se da su muškarci jedna šestina od ukupnog broja pacijenata koji su primljeni kao žrtve nasilja u porodici. Ovaj izveštaj također navodi da znatno više muškaraca nego žena odbija da otkrije identitet svog napadača

8 Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11), vidi čl. 208. Krivičnog zakona Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12), vidi čl. 218. Krivičnog zakona Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 10/03, 6/05, 21/10, 47/11, 52/11)

9 Ibid., str. 141.

10 Ibid., str. 141.

nasilja u porodici u svom osnovnom obliku je dovršeno kada je usljed nasilja, drskog ili bezobzirnog ponašanja došlo do ugrožavanja mira, tjelesne cjelovitosti ili psihičkog zdravlja člana porodice. Riječ je dakle o krivičnom djelu ugrožavanja.

Za krivičnu odgovornost zahtijeva se umišljaj koji obuhvata svijest o jednoj od radnji učinjenja alternativno postavljenih i svijest o ugrožavanju zaštićenih vrijednosti člana vlastite porodice.

Za ovaj osnovni oblik nasilja u porodici sankcija je alternativno postavljena, kao novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine.

U KZ-u FBiH u članu 222. propisano je i pet kvalificiranih oblika ovog krivičnog djela.

Prvi teži oblik ovog djela propisan je odredbom stava 2. kada se ovo djelo učini prema članu porodice sa kojim učinilac živi u zajedničkom domaćinstvu. „Kvalificirana okolnost u ovom slučaju je ta što se zapravo radi o članu porodice koji spada u red najužih članova porodice; bračni partner, djeca ili roditelji počinioca krivičnog djela.

Za prvi teži oblik porodičnog nasilja propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.“¹¹

Drugi kvalificirani oblik krivičnog djela nasilja u porodici čini onaj ko pri učinjenju prethodnih oblika djela upotrijebi oružje, opasno oruđe ili drugo sredstvo prikladno da teško ozlijedi tijelo ili da naruši zdravlje.

Oružje predstavlja svaki predmet koji služi za ozljeđivanje, ubijanje ili onesposobljavanje ljudskih ili drugih živih bića, odnosno za uništavanje i onesposobljavanje drugih predmeta ili materijalnih dobara vezanih za određene ljude ili društva. Oružje služi kako za napad tako i za odbranu, odnosno u svrhu prijetnje i zaštite. U širem smislu svako sredstvo (pa i psihološko) kojim se nekome ili nečemu namjerno nanosi ozljeda i šteta se naziva oružjem. „Pod pojmom opasno oruđe podrazumijeva se svako sredstvo koje je u pravilo namjenjeno za obavljanje određenih društveno korisnih poslova, ali koje je u isto vrijeme i prikladno za nanošenje tjelesnih povreda ili prouzrokovanje smrti, kao što su npr. sjekira, lopata, čekić. Pod terminom druga takva sredstva koja su priladna da teško ozlijede ili naruše zdravlje podrazumijevaju se razni predmeti koji se mogu naći u prirodi ili koji su izrađeni kao npr. kamenje, staklo, palice za golf ili bejzbol.“¹²

Za ovaj kvalificirani oblik propisana je kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine.

¹¹ Ibid., str. 142.

¹² Prema čl. 2. st. 9. KZ FBiH dijete je osoba koja nije navršila 14 godina života. Prema čl. 2. st. 10. Istog zakona maloljetnik je osoba koja nije navršila 18 godina života.

Stav 4. člana 222. KZ FBiH propisuje treći kvalificirani oblik krivičnog djela nasilje u porodici, koji postoji ako je prilikom izvršenja jednog od prethodna tri oblika ovog djela član porodice teško tjelesno ozljeđen ili mu je zdravlje teško narušeno, ili ako je jedan od prethodna tri oblika djela učinjeno prema djetetu ili maloljetniku. Nanošenje teških tjelesnih ozljeda, teško narušavanje zdravlja predstavljaju kvalifikatorske okolnosti koje ovo djelo čine težim u odnosu na osnovni oblik. „U odnosu na ove posljedice mora postojati nehat na strani učinioca.“¹³ Također, kod ovog djela otežavajuću okolnost predstavlja i starosna dob pasivnog subjekta, jer je riječ o djetetu i maloljetniku.¹⁴ U ovom slučaju potrebno je zaprijetiti strožijom kaznom jer je riječ o osobama koje sa djetetom i maloljetnikom imaju specifični odgojini i /ili emocionalni odnos, jer osobe poput roditelja, usvojioca, skrbnika, uživaju posebno povjerenje djeteta i maloljetnika. Potrebno je zaštititi ukupni emocionalni razvoj djeteta. „U odnosu na ovu kvalifikatornu okolnost mora postojati umišljaj učinioca.“¹⁵

Predviđena sankcija za ovaj kvalificirani oblik nasilja u porodici je kazna zatvora od jedne do pet godina.

Stavom 5. propisan je četvrti kvalificirani oblik ovog krivičnog djela, koji postoji ako je učinjenjem jednog od prethodnih oblika djela prozrokovana smrt člana porodice. Riječ je o teškoj posljedici kao kvalifikatornoj okolnosti. U odnosu na smrtnu posljedicu mora postojati nehat učinioca. „Pri tome je za postojanje ovog oblika djela irelevantno da li je smrtna posljedica nastupila kao rezultat preduzetih radnji od strane učinioca ili je do te posljedice došlo zbog nekog postupka od strane samo žrtve. Tako bi se npr. o ovom obliku djela radilo kad bi do nastupanja smrti došlo pri pokušaju žrtve da se spasi od nasilja, ili kad bi žrtva u nemogućnosti da se zaštiti od nasilja izvršila samoubistvo.“¹⁶

Kazna propisana za ovaj kvalificirani oblik djela nasilje u porodici je kazna zatvora od dvije do petnaest godina.

Stavom 6. čl. 222. KZ FBiH propisan je najteži oblik ovog krivičnog djela, kojeg čini onaj ko usmrti člana porodice kojeg je prethodno zlostavljao. Kod ovog kvalificiranog oblika djela nasilja u porodici traži se umišljaj učinioca. Ovaj oblik nasilja u porodici predstavlja jedan oblik teškog ubistva, koji je specifičan upravo zbog toga što postoji specifični odnos između učinioca i žrtve.

13 Ibid., str. 142.

14 Čl. 3. Konvencije o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici

15 Tomić, Z., op.cit. str. 142.

16 Ibid., str. 142.

Propisana kazna za ovaj oblik djela je kazna zatvora od najmanje deset godina ili dugotrajni zatvor.

3. Prijedlozi Konvencije Vijeća Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici

Vijeće Evrope je 11.maja 2011. godine u Istanbulu donijelo Konvenciju o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (CAHVIO-Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence; No. 210). Dana 19.jula 2012. godine Bosna i Hercegovina je donijela Odluku o pristupanju Bosne i Hercegovine Konvenciji Vijeća Evrope.

Konvencija u članu 1. promoviše svoje ciljeve:

- zaštita žena od svih vidova nasilja i sprečavanje, procesuiranje i eliminisanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici
- doprinos suzbijanju svih oblika diskriminacije nad ženama i promovisanje suštinske jednakosti između žena i muškaraca, uključujući i osnaživanje žena
- izrada sveobuhvatnog okvira, politika i mjera zaštite i pomoći svim žrtvama nasilja nad ženama i nasilja u porodici
- unapređenje međunarodne saradnje u pogledu eliminisanja nasilja nad ženama i nasilja u porodici
- pružanje podrške i pomoći organizacijama i organima unutrašnjih poslova u djelotvornoj saradnji da bi se usvojio obuhvatni pristup eliminisanja nasilja nad ženama i nasilja u porodici

Konvencija pod terminom „nasilje u porodici“ podrazumijeva svako djelo fizičkog, seksualnog, psihičkog odnosno ekonomskog nasilja do kojeg dođe u porodici ili domaćinstvu, odnosno između bivših odnosno sadašnjih supružnika odnosno partnera nezavisno od toga da li učinilac dijeli ili je dijelio domaćinstvo sa žrtvom.¹⁷

„Porodično nasilje uglavnom obuhvata dva oblika nasilja: partnersko nasilje između sadašnjih odnosno bivših supružnika ili partnera i međugeneracijsko nasilje koje se najčešće javlja između roditelja i djece. Ova definicija je rodno neutralna i obuhvata žrtve i počiniocce oba spola. Porodično nasilje u obliku partnerskog nasilja obuhvata tjelesno, seksualno, psihičko odnosno ekonomsko nasilje između sadašnjih odnosno bivših supružnika, kao i sadašnjih odnosno bivših partnera. To je oblik nasilja

¹⁷ Čl. 3. Konvencije o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici

koji nesrazmjerno utječe na žene i koji je samim tim određen kao rodno utemeljen. Rodno zasnovano nasilje je nasilje koje je usmjereno protiv žene samo zbog toga što je žena, nasilje koje nesrazmjerno utiče na žene. Iako se čini da „porodično“ ograničava kontekst u kojem može doći do nasilja, autori Konvencije su prepoznali da se nasilje često nastavlja i nakon prekida veze i zbog toga se usaglasili da zajedničko mjesto stanovanja žrtve i učinioca djela nije bitno. Međugeneracijsko porodično nasilje obuhvata tjelesno, seksualno, psihičko odnosno ekonomsko nasilje osobe nad njenim odnosno njeovim djetetom, odnosno roditeljem (zlostavljanje starih osoba), odnosno takvo nasilje između bilo koja dva ili više članova porodice različitih generacija. Ponovo, zajedničko mjesto stanovanja žrtve i učinioca nije bitno.“¹⁸

Istanbulska konvencija u odredbi čl. 46. predviđa koje su to okolnosti koje se mogu smatrati otežavajućim prilikom određivanja kazne za krivična djela iz Konvencije. „Prema ovoj odredbi države članice su dužne preduzeti neophodne zakonodavne, odnosno druge odgovarajuće mjere kako bi osigurale da se određene okolnosti, ako već nisu sastavni dio krivičnog djela mogu smatrati otežavajućim okolnostima. Navedene okolnosti ne smiju biti dio sastavnih elemenata krivičnog djela. Ovo načelo vrijedi u slučajevima u kojima su otežavajuće okolnosti već dio sastavnih elemenata krivičnog djela unutar nacionalnog zakonodavstva članice. Korištenjem izraza „mogu se smatrati“ autori su željeli istaknuti kako se Konvencijom članice obavezuju osigurati sudijama mogućnost da razmotre otežavajuće okolnosti pri određivanju kazne učiniocima, iako sudije nisu obavezne primjenjivati ih. Izraz „u skladu sa odgovarajućim odredbama nacionalnog zakonodavstva“ odnosi se na činjenicu da različiti pravni sistemi u Evropi imaju različite pristupe otežavajućim okolnostima. Državama članicama se ostavlja sloboda za izmjenu načela vezanih uz primjenu sankcija unutar sistema krivičnog zakonodavstva.“¹⁹

Dakle, Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici predlaže državama članicama da iz svojih nacionalnih zakonodavstava dekriminaliziraju krivično djelo Nasilje u porodici, te da se kod pojedinih krivičnih djela nasilja propiše nova tačka koja će se odnositi na nasilje u porodici, a koja će zapravo predstavljati otežavajuću okolnost tog krivičnog djela. Na ovaj način postupila je Republika Hrvatska koja je u zadnjim izmjenama i dopunama Kaznenog zakona ukinula krivično djelo Nasilničko ponašanje u obitelji,

18 Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Objašnjenje, str. 7.

19 Ibid., str. 31., 32.

te kod određenih krivičnih djela nasilja njihovo učinjenje prema članu porodice propisala kao kvalifikatornu okolnost. Tako npr. u nacrtu KZ-a RH-e u članu 110. (Teško ubojstvo) stav 3. stoji „Kaznom zatvora od najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora kaznit će se tko ubije člana obitelji kojeg je već zlostavljao.“ Republika Hrvatska je slijedila preporuku Konvencije Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, koja u svom članu 46. tačka a) predviđa ovakvu kvalifikatornu okolnost; „krivično djelo počinjeno nad bivšim odnosno sadašnjim supružnikom odnosno partnerom, u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom, od strane člana porodice, lica koje stanuje zajedno sa žrtvom, odnosno lica koje je zloupotrijebilo svoj autoritet.“

Hrvatska nije jedina država koja je učinila izmjene u ovom pravcu. Francuski KZ (čl. 221-4. t.) predviđa kao kvalifikatornu okolnost ubistvo rođaka u uspravnoj liniji ili osoba koje žive u zajedničkom domaćinstvu.

Republika Hrvatska se priklonila rješenju da se kao kvalifikatorna okolnost ne uzima svako ubistvo člana porodice, već samo ono kojem je prethodilo nasilje u porodici od strane učinioca.

Istanbulska konvencija također predviđa u svom čl. 46. tačka h) kao otežavajuću okolnost i krivično djelo sa ozbiljnim fizičkim odnosno psihičkim posljedicama za žrtvu. Zbog toga je RH u svom nacrtu KZ-a u čl. 116. (Teška tjelesna ozljeda) stav 2. kao otežavajuću okolnost propisala učinjenje osnovnog oblika djela iz mržnje, prema članu porodice ili prema osobi posebno ranjivoj zbog njene dobi, teže tjelesne ili duševne smetnje ili trudnoće. Za ovaj teži oblik krivičnog djela teške tjelesne ozljede propisana je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, dok je za osnovni oblik djela propisana kazna zatvora od tri mjeseca do do tri godine.

KZ RH-e je u svom članu 152. (Teška djela protiv spolne slobode) propisao da će se kaznom zatvora od jedne do deset godina kazniti onaj ko prema članu porodice bez njezinog/njegovog pristanka izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili navede drugu osobu da bez svog pristanka s trećom osobom izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili da bez svog pristanka nad samom sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju. U člana porodice prema KZ-u RH spadaju: sadašnji i bivši bračni ili izvanbračni partner ili istospolni partner; srodnici po krvi u ravnoj lozi, srodnici po krvi u pobočnoj liniji zaključno do trećeg stepena, srodnici po tazbini do zaključno drugog stepena, usvojilac i usvojenik, skrbnik i šticećenik, potomci izvanbračnog partnera, ako žive u zajedničkom domaćinstvu te udomitelj i korisnik smještaja u udomiteljskoj porodici dok takav odnos traje. Istanbulska konvencija predlaže da se

spolno zlostavljanje od strane intimnog partnera tretira kao kvalificirana okolnost.

Bosna i Hercegovina bi trebala da u što skorije vrijeme izvrši izmjene i dopune Krivičnih zakona (FBiH, RS i BD), a sve u skladu sa preporukama Konvencije Vijeća Evrope o sprječavanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici.

Prijedlozi *de lege ferenda* su sljedeći: kod krivičnog djela Ubistva iz čl. 166. KZ Federacije BiH u stavu 2. trebala bi se propisati nova tačka koja bi predstavljala otežavajuću okolnost, ubistvo člana porodice. Kod krivičnog djela Teška tjelesna ozljeda iz čl. 172. KZ FBiH kvalificirana okolnost bi bila ako je djelo učinjeno prema članu porodice, dok bi kod Krivičnih djela iz grupe djela protiv spolne slobode i morala otežavajuća okolnost postojala ako bi neko od tih djela bilo učinjeno prema članu vlastite porodice.

4. Zaključak

Nasilje u porodici je jedan od oblika rodno zasnovanog nasilja, odnosno nasilja zasnovanog na spolu. Rodno zasnovano nasilje je globalni fenomen koji najčešće pogađa žene i djevojčice širom svijeta. Nasilnici su uglavnom muškarci. Incest, silovanje, pedofilija ili bilo koji drugi oblik nasilja u porodici, problemi su sa kojima se susreću sve zemlje svijeta. Porodica je temeljna ćelija društva, i ako u takvoj jednoj organizaciji, ljudski odnosi nisu uspostavljeni na odgovarajući način, od djece koja rastu u takvom okruženju ne može se kasnije ni očekivati da će biti korisni članovi društva uopće. A da stvar bude još gora, zlostavljanja djeca u velikom broju slučajeva i sama postanu nasilnici koji maltretiraju svoje supruge i svoju vlastitu djecu.

Nasilje u porodicama nanoši veliku štetu i prouzrokuje mnoge tjelesne i duševne poteškoće. Kao takvo ne smije se i ne može tolerisati. To je problem svih nas, ne samo domaćinstva u kojem se događa.

Postizaje *de iure* i *de facto* jednakosti između muškaraca i žena je ključni element u prevenciji nasilja nad ženama, a samim tim i nasilja u porodici. Muška dominacija je fenomen koji je prihvaćen u mnogim društvima svijeta, pa tako i u našem. Taj stereotip nije prevaziđen ni dan danas uprkos prihvatanju zabrane nasilja u porodici i svih drugih oblika diskriminacije po osnovu spola. Brojni su slučajevi zlostavljanja u porodici koji nerijetko završe smrtnom posljedicom. To nam je dovoljan pokazatelj ozbiljnosti problema nasilja u porodici. Problem naravno predstavlja i

tzv. „tamna brojka kriminaliteta“, tj. broj stvarno učinjenih krivičnih djela nasilja u porodici u odnosu na broj prijavljenih djela. „Često se dešava da je nasilnik u porodici duševno bolesna osoba. Zlostavljani članovi porodice zbog toga ne prijavljuju nasilje, jer ne žele da člana svoje porodice izlože javnosti, pa njegovo nasilničko ponašanje prikrivaju. Takvi slučajevi nasilja se teško otkrivaju. U velikom broju slučajeva budu otkriveni tek kada članovi porodice pretrpe teške tjelesne povrede ili kada počnu da ispoljavaju znakove duševnih patnji, zbog čega postanu uočljivi okolini.“²⁰ U ovakvim slučajevima potrebno je učiniocu nasilniku izreći sigurnosnu mjeru obaveznog psihijatrijskog liječenja predviđenu Krivičnim zakonom FBiH u članu 71. tačka a) i članom 9. tačka 5. Zakona o nasilju u porodici FBiH.

U mnogim dijelovima svijeta nasilje u porodici ostaje unutar zidova kuće u kojoj se događa, i niko se ne miješa jer je to „privatna stvar“. Katastrofalna i zabrinjavajuće je činjenica da je nasilje nad djevojčicama unutar porodice poraslo u zadnjij deceniji, što izaziva veliku zabrinutost. Djeci i mlađim osobama je uvijek teže prijaviti nasilje nego zlostavljanoj ženi.

Iako u našem krivičnom zakonu postoji inkriminirano krivično djelo Nasilje u porodici statistike pokazuju da je jako mali broj osuđenih osoba za ovo krivično djelo.

Postoje mnogi razlozi koji mogu dovesti do nasilja u porodici. Često do ove vrste nasilja dolazi zbog neke ovisnosti od koje pati učinilac ovog krivičnog djela; npr. ovisnost o alkoholu i opojnim drogama. Da bismo spriječili da do nasilja unutar porodice ponovo dođe, iako je nasilnik kažnjen jednom od predviđenih kazni (novčana kazna ili kazna zatvora), potrebno je izreći i sigurnosnu mjeru obaveznog liječenja od ovisnosti, a koju predviđa Krivični zakon FBiH u svom članu 71. tačka b), kao i Zakon o nasilju u porodici FBiH u članu 9. tačka 6.

Bitno je napomenuti da često nije dovoljno samo nasilnika osuditi na jednu od sankcija predviđenih Krivičnim zakonom, jer nakon odsluženja kazne nasilnik se ponovo vraća u svoj dom i nastavlja sa zlostavljanjem članova svoje porodice. Veliki broj porodičnih nasilnika su recidivisti (povratnici); ponavljaju krivično djelo nasilja u porodici ostvarujući kontinuitet u svom kriminalnom ponašanju. Zbog toga je od presudne važnosti preduzeti i druge korake zaštite žrtava od ove vrste nasilja.

20 Marić, S., *Nasilje u porodici*, Banja Luka, str. 3.,
http://www.google.ba/webhp?source=search_app#hl=bs&tbo=d&site=webhp&q=Svetlana+Mari%C4%87+nasilje+u+porodici&oq=Svetlana+Mari%C4%87+nasilje+u+porodici&gs, 5. decembar 2012.

Zakonom o zaštiti od nasilja u porodici FBiH, u članu 9. propisane su vrste zaštitnih mjera koje se primjenjuju prema učiniocima nasilja u porodici:

- a) udaljenje iz stana, kuće ili nekog drugog stambenog prostora i zabrana vraćanja u stan, kuću ili neki drugi stambeni prostor
- b) zabrana približavanja žrtvi nasilja
- c) osiguranje zaštite osobe izložene nasilju
- d) zabrana uznemiravanja ili uhođenja osobe izložene nasilju
- e) obaveza psihosocijalnog tretmana
- f) obavezno liječenje od ovisnosti²¹

Danas u svijetu, pa i u BiH postoje mnoge „sigurne kuće“ za žrtve nasilja, međutim, treba postaviti pitanje; zašto još dodatno „kazniti“ žrtvu da napušta svoj dom? Učinimo upravo suprotno – odstranimo nasilnika iz porodičnog doma.

21 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“ br. 22/05, 51/06)

Sunčica Vejzovic, Assistant

CRIMINAL ACT OF DOMESTIC VIOLENCE
(*DE LEGE LATA, DE LEGE FERENDA*)

Summary

The paper presents current issues of regulating criminal offense of Domestic violence in the legislation of the Federation of Bosnia and Herzegovina. The introductory section provides a detailed presentation of the international treaties regulating those issues. The analysis of criminal offense of Domestic violence in its basic and qualified form is given in the main part of the paper, starting with its basic features, followed by the forms of guilt, and the penalties prescribed for particular forms of crime. This is followed by the review of the proposals of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, comparative legal analysis of the offense, and suggestions *de lege ferenda*.

Keys words: crime, domestic violence, Istanbul Convention