

Godina VII, broj 7, 2019. godina



ZBORNİK RADOVA

Sedmi međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Zaštita prava čovjeka kao pokretač razvoja porodičnog prava“

UZ PODRŠKU

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju/IRZ

Mostar, 2019.

ZBORNİK RADOVA

Sedmi međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Zaštita prava čovjeka kao pokretač razvoja porodičnog prava“

Izdavač – Publisher

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru
Law Faculty of University Džemal Bijedić Mostar

Glavni urednik – Editor in Chief

Prof. dr. Alena Huseinbegović

Uredništvo – Editorial Board

Prof. dr. Alena Huseinbegović, glavni i odgovorni urednik – Editor in Chief,
prof. dr. Zoran Ponjavić, prof. dr. Nenad Hlača, prof. dr. Anita Duraković,
dr. Stefan Pürner, doc. dr. Ramajana Demirović, v. asist. mr. Sunčica
Hajdarović

ISSN 2303-6052

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

SADRŽAJ

IZVORNI NAUČNI RADOVI

<i>Zoran Ponjavić</i> PORODIČNO PRAVO OD INSTITUCIJE DO UGOVORA	9
<i>Nenad Hlača</i> ODVOJEN SUŽIVOT	26
<i>Mirjana Nadaždin Defterdarević</i> SPREČAVANJE I BORBA PROTIV NASILJA NAD ŽENAMA I NASILJA U PORODICI – ODNOS NORMATIVNOSTI I DRUŠTVENE STVARNOSTI	36
<i>Dušica Palačković</i> ZAŠTITA PRAVA DECE U GRAĐANSKIM SUDSKIM POSTUPCIMA U REPUBLICI SRBIJI	52
<i>Anita Duraković</i> JAVNI POREDAK – UTJECAJ LJUDSKIH PRAVA NA MEĐUNARODNO PORODIČNO PRAVO	69

PRETHODNO SAOPĆENJE

<i>Suzana Kraljić</i> AGEIZAM I OBITELJSKO PRAVO – NA PRIMJERU SKLAPANJA BRAKA, POSVOJENJA I SKRBNISTVA U SLOVENIJI	93
<i>Katja Drnovšek</i> <i>Katja Markač Hrovatin</i> FROM PARENTAL RIGHTS TO PARENTAL RESPONSIBILITY: DEVELOPMENTS IN SLOVENIAN FAMILY LAW	105

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

<i>Darko Radić</i> UNAPREĐENJE PRAVNIH KAPACITETA DJETETA – PRAVO DJETETA NA SLOBODNO IZRAŽAVANJE MIŠLJENJA I POSLOVNA SPOSOBNOST DJETETA	125
<i>Larisa Velić</i> <i>Enis Omerović</i> UN KONVENCIJA O PRAVIMA DJETETA I NJEZINI PROTOKOLI S POSEBNIM OSVRTOM NA ZAŠTITU IMOVINSKIH PRAVA I INTERESA DJETETA: PREMA POTPUNIJU I UČINKOVITIJU ZAŠTITU DJETETA ILI PREMA NEPOTPUNIM I NEUČINKOVITIM OBAVEZAMA STRANA UGOVORNICA?	140

Boris Krešić,
Agnesa Jaganjac
UTVRĐIVANJE BRAČNOG I VANBRAČNOG OČINSTVA/MATERINSTVA I
PRAVO DJETETA DA ZNA SVOJE PORIJEKLO 165

Rebeka Kotlo
MEĐUNARODNI PRAVNI OKVIR, STANDARDI I PRAKSA U OBLASTI
ZAŠTITE PRAVA I INTERESA TE UNAPRJEĐENJA STATUSA ŽENA 181

Slađana Aras Kramar
NEKI POSTUPOVNOPRAVNI ASPEKTI OSTVARIVANJA RODITELJSKE
SKRBI OSOBA S INVALIDITETOM U HRVATSKOM PRAVU 196

Sunčica Hajdarović
NUŽNA ODBRANA U SLUČAJEVIMA NASILJA U PORODICI 220

STRUČNI ČLANAK

Huseinspahić Ajdin
ZAŠTITA LIČNIH PRAVA DJETETA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM
PRAVU KAO PREDUSLOV ZAŠTITE PORODICE 239

Predgovor

Pred nama je Zbornik radova u kojem su dokumentovani radovi sa 7. međunarodnog naučnog skupa *Dani porodičnog prava*, održanog u Mostaru, 26. i 27. septembra 2019. godine, u organizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru i Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju/IRZ. Skup predstavlja nastavak saradnje između akademske zajednice i pravnih praktičara, uspostavljene na prethodnih šest naučnih skupova, i međusobne saradnje između pravnih, ali i drugih fakulteta u zemlji i inostranstvu.

Referenti ovogodišnjeg naučnog skupa su bili naučni radnici, nastavnici i saradnici pravnih fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Univerziteta u Zenici, Univerziteta u Tuzli, Univerziteta u Banjoj Luci, Univerziteta u Kragujevcu, Sveučilišta u Rijeci, Sveučilišta u Zagrebu i Univerziteta u Mariboru. Uz uvažene referente, uspješnosti rada ovogodišnjeg, kao i prethodnih skupova *Dani porodičnog prava*, aktivnim učešćem u diskusijama i iznošenjem problema na koje nailaze u svom radu, doprinijeli su i stručni radnici čija djelatnost je usko vezana za porodično pravo - sudije općinskih i kantonalnih sudova, te predstavnici centara za socijalni rad.

Zbornik radova sadrži 14 autorskih/koautorskih radova okupljenih oko centralne teme skupa „Zaštita prava čovjeka kao pokretač razvoja porodičnog prava“. Razmatrajući različite porodičnopravne institute s teorijskopravnog i praktičnog aspekta, autori su nastojali utvrditi u kojoj mjeri je ideologija prava čovjeka utjecala na razvoj porodičnog prava u razmatranom domenu, odnosno procijeniti da li uvođenje individue u centar društvenih i porodičnih odnosa može ugroziti porodicu pomjerajući je iz centra društvenog, socijalnog i ekonomskog poretka, gdje se do skora nalazila.

Zahvaljujemo Njemačkoj fondaciji za međunarodnu pravnu saradnju/IRZ, na čelu sa dr. Stefanom Pürnerom, za pruženu finansijsku pomoć u održavanju naučnog skupa i štampanju Zbornika radova. Nadamo se da će se uspješna saradnja nastaviti i u budućnosti.

Uredništvo

IZVORNI NAUČNI RAD

dr. sc. Zoran Ponjavić, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

PORODIČNO PRAVO OD INSTITUCIJE DO UGOVORA

Uzlet ljudskih prava poslednjih tridesetak godina ne samo da je stvorio novu viziju čoveka, već i porodice. Nakon prve faze indiferentnosti, susret ljudskih prava i porodice doveo je do njihovog prožimanja što ima za posledicu promenu njenog pojma. Pravno gledano, porodica više nije institucija koja je nametnuta spolja, već fleksibilan izbor iznutra, koji isključuje bilo kakav konformizam prema unapred uspostavljenom modelu. Sve ovo nije bilo moguće bez značajnog uticaja koji je Evropska konvencija o ljudskim pravima ostvarila u sudskoj i zakonodavnoj praksi. Ove nadnacionalne norme oblikuju evropske zakone o ljudskim pravima, ne preciznim pravilima, već važnim principima, slobode i jednakosti, koji postepeno uspostavljaju evropske pravne standarde i u oblasti porodičnog prava. Ovo dovodi do umnožavanja porodičnih modela proširivanjem zaštite privatnosti i porodičnog života. Pojedinaac ima mogućnost da napravi svoju "porodicu po izboru". Ovo prožimanje pojma porodice sa osnovnim pravima dovelo je tako do transformacije nacionalnih porodičnih prava koje se ogleda u doktrini analiziranom fenomenu kontraktualizacije porodice („ugovaranje porodice“). Ovaj fenomen se zasniva na svemoći individualne volje, što stvara ozbiljan problem njenog definisanja. I pravila Porodičnog zakona Republike Srbije afirmišu individualnu volju u porodičnoj sferi što odražava proces prelaska od porodice institucije na ugovor *sui generis*. Pitanje je samo da li se ovim ne čini hazardan skok, od stabilnosti ka nestabilnosti, što može ukazivati na potrebu da se odrede granice ovog procesa.

Ključne reči: ljudska prava, porodica, EKLJP, individualna volja, ugovor

1. Uvod

Evolucija društva se kreće ka sve većoj kontraktualizaciji zajedno sa promocijom vrednosti individualnih sloboda tako da neki govore i o kontraktualizaciji društva.¹ Ide se i dalje pa se smatra da je ugovor konačno postao njegova osnova, i da se tako pojavljuje "ugovorni javni poredak".² Ističe se da postoje dve vrste veza koje nas drže zajedno sa drugim jedinkama, To su one koje su nam nametnute nezavisno od naše volje i one koje nastaju slobodnim sporazumom sa drugima. Svako je,

1 Alain Supiot, La contractualisation de la société, Courrier de l'environnement de l'INRA n°43, mai 2001. https://www.college-de-france.fr/media/alainsupiot/UPL7487404529511809532_La_contractualisation_de_la_societe.pdf (14.05.2009)

2 Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez, Lille, 2008, *Le système juridique à l'ère de la contractualisation* http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/162_systeme_juridique_contractualisation_chassagnard.pdf (15.02.2013)

dakle, vezan statusom koji mu je zakonom dodeljen, i obavezama koje je ugovorio. Reći da se društvo kontraktualizuje, znači da se deo nametnutih odnosa smanjuje u korist veza koje pojedinci autonomno uređuju, ili, da se heteronomija povlači u korist autonomije. Kao da se ovim potvrđuje ono što je još davne 1861. godine rekao britanski pravnik i istoričar *Henri Mejn*, interpretirajući celokupnu istoriju Zapada kao prelazak od statusa na ugovor, („*From status to contract*“) smatrajući da je kontraktualizacija zakonitost razvoja pravnog poretka.³

Što se tiče porodičnog prava, dugo vremena, dok je porodica bila deo javnog poretka, odnosi unutar nje bili su zasnovani na zakonu, organizovani kao institucija. Njeno funkcionisanje u osnovi je značilo da članovi porodice nisu mogli delovati prema svom nahodjenju. Njihovo ponašanje je u najvažnijim segmentima bilo unapred određeno od strane društva i odvajkada, jednako za sve. Brak, centar te organizacije, nije bio mesto ljubavi već prokreacije i srodstva. Pojedinačne želje i *a fortiori* ugovor imali su samo minimalan uticaj na porodičnu sferu. Ovakav hermetizam je objašnjavan nejednakošću između supružnika, što je smanjilo mogućnosti konsenzualizma, kao i prevlašću grupe nad pojedincem.

Međutim, društvene promene posle Drugog svetskog rata dovele su, pored ostalog, do uspostavljanja ravnopravnosti između supružnika, uzdizanje individualnih prava i sloboda i liberalizacije morala. Dolazi do slabljenja javnog poretka oličenog u imperativnim pravilima, sa željom da se porodično pravo učini fleksibilnim i unaprede porodični odnosi. Ovo su faktori koji su doveli do naglog širenja sporazumnog regulisanja porodičnih odnosa, ali i uspostavljanja porodičnih veza. Porodica zaista gubi svoj institucionalni karakter, pa se sve više prepušta individuama da same urede svoje porodične odnose, preko ugovora koji su ranije bili zabranjeni, ili dosta retki. Ovakva tendencija pridavanja sve većeg značaja sporazumima supružnika, ali i šire u porodičnim odnosima, označava se kao kontraktualizacija porodičnog prava.⁴

Na pravnom planu, dakle, individua izbija u prvi plan. Pravo polako i sve više služi za zadovoljenje individualnih osećanja, pa i želja. Osnovna vrlina svega ovoga je individualizacija situacija.⁵ Svaka porodica je „svet za sebe“, ima specifične potrebe, želje i teškoće. Porodica je subjektivan pojam⁶ i njene odlike variraju od jedne do druge društvene grupe. Može se reći da ne postoje dve identične porodice pa bi svaka, u suštini, zahtevala posebna pravila.⁷ Apstraktne i uopštene pravne norme očigledno ne odgovaraju ovakvoj subjektivnoj prirodi porodice. Stoga se čini opravdanim, bar sa ovog aspekta, prepustiti subjektima porodičnih odnosa mogućnost da sami, svojim sporazumom, regulišu radosti i teškoće zajedničkog

3 U činjenici da se odnosi u porodice sve više zasnivaju na individualizmu na uštrb statusa ovaj autor nalazi korene društvene krize i propadanja patrijahalnog modela porodice; H. Maine, *Ancien Law*, 10 Edition, 1885, Londres. Navedeno prema: X. Labbée, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* fn.13. <http://books.google.com/books/> (05.04.2013).

4 Više o ovome: Z. Ponjavić, *Privatizacija porodice i porodičnog prava*, „Sl. glasnik“, 2009, Beograd.

5 Stéphanie Moracchini-Zeidenberg, *La contractualisation du droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 4/2016, str. 773-796

6 H. Gaudement-Tallon, *De quelques paradoxes en matiere de droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 4/1981, str. 720.

7 Naslov jednog članka francuskog profesora J. Jarbonnier „*A chaque sa famille, à chacun son droit*“ jasno ukazuje na ovo; J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Rep. Defrenois 1979, str. 167.

življenja i na taj način možda preduprede i sam raspad porodice. Uostalom, česta intervencija suda u porodične odnose nije dobra. Ovakva konstatacija može navesti na zaključak da se porodično pravo sve više zasniva na ugovoru, a ne na organizovanoj i zaštićenoj instituciji. Pitanje je, međutim, da li se ova tendencija može shvatiti kao univerzalna zbog postojanja ograničenja proisteklih iz obaveze poštovanja javnog poretka ali i individualnih sloboda i prava čoveka. Institucionalna kontrola još uvek je jaka, budući da mnogi ugovori nemaju pravnu snagu ako nisu nastali uz potvrdu i kontrolu organa javne vlasti. Ova kontrola omogućava proveru usklađenosti pravne situacije sa propisanim uslovima nastanka određenih ugovora, za razliku od ugovora obligacionog prava gde se ova usklađenost kontroliše tek nakon njihovog nastanka ako to traži jedna od stranaka.⁸ U ovoj institucionalnoj kontroli posebno se naglašava i navodi uloga javnog tužioca koji ima ovlašćenje da traži poništenje pojedinih ugovora, kao što je npr, brak, što se navodi kao jedan od ključnih argumenata institucionalnosti. Međutim, neka rešenja iz Porodičnog zakona Republike Srbije⁹ njihovu ulogu, koja i ranije nije u praksi bila vidljiva, još više umanjuje.

Kritičari ove tendencije, označene kao kontraktualizacija, ali ne samo oni, smatraju da se u suštini ne radi o dejurizaciji, odnosno o nestanku normi već samo o zameni tradicionalnih normi koje su obezbeđivale institucionalnu zaštitu onim koje stvaraju pojedinci. Država, dakle, ne napušta regulisanje ljudskih aktivnosti već ih samo delegira akterima odnosa pod određenim uslovima, dajući im okvire i osiguravajući kontrolu. Stoga kontraktualizacija ne podrazumeva nužno i dejurizaciju, već označava novu podelu uloga između pojedinaca i države, odnosno njenih organa. Uostalom, sve što je voljno ne znači i da je nužno ugovorno.¹⁰ Kontraktualizacije svakako ne bi bilo da nije došlo do prožimanja pojma porodice sa osnovnim ljudskim pravima što je omogućeno putem transformacije nacionalnih pravila porodičnog prava, odražavajući prelazak iz porodice institucije na ugovor *sui generis*.¹¹

2. Ljudska prava

Ljudska prava, osnova demokratije ili pretnja društvenim vezama? Gotovo trideset godina ovo pitanja okupira političku misao širom Evrope. Ljudska prava su se pojavila kao glavni kriterijum za procenu političkog legitimiteta i kao najčešći idiom za ostvarivanje društvenih zahteva. Sa ovim u vezi se pojavljuje i kontroverza da li se pitanje ljudskih prava može postaviti i kao načelo porodičnog prava.

8 Isabelle Sayn, *L'évolution du rôle de la volonté individuelle dans l'encadrement juridique de l'organisation familiale*, Cahiers philosophiques 2008/4 (N° 116), str.70. <https://www.cairn.info/revue-cahiers-philosophiques1-2008-4-page-69.htm> (12.04.2019).

9 Objavljen u "Sl. glasnik Republike Srbije", 18/2005

10 F. Dekeuwer-Defossez, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, Approche critique de la contractualisation* (Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez), Paris, L.G.D.J., 2007, str.168.

11 Anne-Sophie Siew-Guillemin, *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, str.26. <https://www.theses.fr/2017AZUR0033.pdf> (19.05.2019).

Pojava ideologije prava čoveka¹² je novijeg datuma i od svog nastanka je bila potpuno strana porodičnom pravu. Njena afirmacija u ovoj oblasti je savremeni trend pa se može reći da danas predstavlja osnovni pokretač razvoja.¹³ Ljudska prava su dugo bila vezana za javno pravo da bi danas postala nezaobilazna i u privatnom pravu, potpuno ga menjajući, a posebno ugovorno pravo. Pod njihovim uticajem ugovor prolazi kroz pravu transformaciju. Ova transformacija se u suštini dešava kroz obnovu unutrašnjih izvora nadnacionalnim izvorima, a posebno Evropskom konvencijom o ljudskim pravima koja je, kao što i sam njen naziv upućuje, posvećena pravima individue, odnosno zaštiti individualnih prava čoveka u odnosu na kolektiv i državu, a ne zajednicu ili grupu. Više se ne štite pravni instituti kao takvi već prava lica da zaključe brak i zasnuju porodicu. Pojmovi brak i porodica nisu autonomni, oni postoje samo posredno preko prava individua i kroz njihov izbor. Paradoksalno je da pozivanje na prava čoveka stvara potencijalno konflikt. On se takoreći normativno uvodi u porodičnu grupu. Nije stoga čudno što se danas upravo sistem zaštite prava čoveka, koji je posle Drugog svetskog rata bio, između ostalog, namenjen zaštiti porodice, optužuje za njenu destrukciju.¹⁴

Nova vizija čoveka takođe menja viziju porodice. Nemoguće je pristupiti proučavanju prava pojedinca i porodice bez uzimanja u obzir značajnog uticaja koji je Evropska konvencija o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Konvencija) ostvarila poslednjih godina na sudsku praksu i građansko pravo svih država članica Saveta Evrope. Cilj Konvencije je bio, pre svega, da ustanovi korpus subjektivnih prava koje pojedinci ostvaruju u odnosu na državu. Međutim, poslednjih godina polje njene primene se širi i na obaveze koje jedna individua mora poštovati i u odnosima sa drugim, sebi sličnim, individuama. Ovo, tzv. horizontalno dejstvo, sastoji se u širenju prava čoveka i na odnose između individua, a ne samo odnose država-pojedinac.¹⁵ Njime se teži očuvanju priznatih prava od ometanja pojedinca na taj način što će sudije inspiraciju za rešavanje sporova između ljudi izvlačiti iz odredbi Konvencije kako bi time ispunili nametnute obaveze državi u pogledu poštovanja ljudskih prava.¹⁶ Dobar primer za ovo pruža odluka Velikog veća Suda za ljudska prava u Strazburu u slučaju Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva doneta 10 aprila 2007.¹⁷

12 Bez obzira na jezičku različitost smatramo da između izraza „ljudska prava“ i „prava čoveka“ nema suštinske razlike.

13 André-Jean Arnaud, *Philosophie des droits de l' Homme et droit de la famille*, U: André-Jean Arnaud, *Philosophie des droits de l' Homme et droit de la famille, Internationalisation des droit de l' Homme et évolution du droit de la famille*, (predgovor F.Dekeuwer Défosssez), 1996, Paris, str. 3.

14 J. Hausser, *Personnes et droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 4/1996, str. 871.

15 Ovo horizontalno dejstvo Konvencije za zaštitu ljudskih prava se u literaturi još i naziva "privatizacija" osnovnih prava. Videti: Veronique van der Plancke et Nathalie van Leuven, *Les privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l' Homme: faut-il reconnaître un effet horizontal generalise?* <http://cridho.cpd.r.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2007-3.pdf> (13.06.2019).

16 Béatrice Moutel, *L' „effet horizontal“ de la convention européenne des droits de l'homme en droit privé français Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, str.429. <file:///C:/Users/zponj/AppData/Local/Temp/2006LIMO0516-1.pdf> (02.06.2019).

17 Evans/Royaume-Uni, predstavka br. 6339/05, Odluka:Veliko veće, 10. april 2007, str.25, paragraf 73.

Bez obzira što bi se izneti stavovi sudija iz Strazbura¹⁸ mogli kritikovati¹⁹ zbog stava da pojam “prava na privatni život” obuhvata takođe i “pravo poštovanja odluka da se postane ili ne postane roditelj”, ipak, neki smatraju, da se, u slučaju medicinski potpomognute prokreacije daje prvenstvo ugovoru stranaka. Odnosno, štiti se ”princip prvenstva saglasnosti i teži promovisanju jasnoće i pravne sigurnosti”.²⁰

Ovo širenje ljudskih prava na ugovorne odnose može se smatrati kao značajna povoljnost za jačanje pozicije slabije ugovorne strane. Pored toga, ovaj horizontalni efekat Evropske konvencije o ljudskim pravima u privatnom pravu podstiče dužnost solidarnosti na odgovornost svih, čak i u ugovornom odnosu.²¹ Niko stoga ne može da ospori da su ljudska prava imala, a i dalje imaju, značajan uticaj i na evoluciju porodičnog prava i porodice. Upravo sve veće prihvatanje ugovora kao instrumenta regulisanja porodičnih odnosa ima izvorište u razvoju poretka ljudskih prava i sloboda, pa stoga ne iznenađuje što igra sve veću ulogu u njihovoj promociji i poštovanju.²² Uostalom, ugovor se u eri globalizacije nameće kao instrument *par excellence* regulisanja pravnih odnosa,²³ što prirodno prati opštiji fenomen privatizacije ljudskih prava.²⁴ Na taj način ugovor omogućava legalno širenje ljudskih prava i na odnose između lica. Ovaj oblik ”ugovaranja ljudskih prava” u suštini se sprovodi u dva nivoa: ”negativna ugovornost” koja je sadržana u obavezi ugovornih strana da poštuju javni poredak, ali i ljudska prava; i „pozitivna ugovornost“ koja omogućava ugovornim stranama da koriste ugovore kao sredstvo za promovisanje ljudskih prava među strankama.²⁵

3. Uticaj prakse Suda za ljudska prava

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava je glavni izvor u oblasti ljudskih prava u pogledu zaštite „prava na porodični život“. Zaštita koja se njome pruža je vrlo efikasna budući da je obezbeđena kroz eksterno i nezavisno sudstvo koje na taj

18 Odluka je doneta sa 4 glasa protiv i 13 za. Od 17 sudija 12 su bili muškarci, što po mišljenju nekih autora nije bez značaja; Tako : P.Hilt, *Si avoir un enfant n'est pas un droit, la décision de devenir parent, elle, merite néanmoins du respect*, Revue d' actualites juridiques, l' Europe des Libertes, No 25; www.leuropeledeslibertes.u-stasbg.fr, (13.06.2015).

19 Videti: Z.Ponjavić, *Porodično pravo od institucije do autonomije volje*, Pravni život, 10/2015, str.25-40.

20 A. Gouttenoire, *La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, <http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-5-page-40.htm>.

21 Béatrice MOUTEL, *op.cit.*, str.429.

22 A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l' État*, 2^e éd. • Paris, LGD}. 2004, str. 257. Navedeno prema: L. Hennebel et G. Lewkowicz, *La contractualisation des droits de l'homme*, http://www.philodroit.be/IMG/pdf/Lewkowicz_et_al_-_contractualisation_des_DH_web.pdf (20.06.2019).

23 O pojavi novog globalnog ugovornog prava nezavisno od države videti: M. Cvetković, *Globalizacija ugovornog prava: podsticaji, prepreke i neočekivani ishodi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Broj 76, Godina LVI, 2017.

24 O kontraktualizaciji i privatizaciji videti: Z.Ponjavić, *Privatizacija porodice i porodičnog prava*, *op.cit.*

25 Ludovic Hennebel et Gregory Lewkowicz , *op.cit.*, str.222.

način kontroliše primenu garantovanih prava iz Konvencije. Ta zaštita ponekad ide dotle da ugrožava i samu instituciju braka i porodice.²⁶

Može se konstatovati da se evropeizacija porodičnog prava uvek dešava po istom modelu: na osnovu ekstenzivnog tumačenja Konvencije od strane Suda za ljudska prava u Strazburu (u daljem tekstu: Sud). Ovaj Sud ima neosporno važnu ulogu u harmonizaciji evropskog zakonodavstva u oblasti porodičnog prava.²⁷ Prema njemu Konvencija je „živ instrument“ pa se sadržina njenih pravila mora prilagoditi vremenu. Ovo dovodi do utvrđivanja novih prava koja nisu postojala u prvobitnom tekstu iz 1950. godine. Odluka *Demir et Baykara contre Turquie*,²⁸ koja na prvi pogled nema veze sa porodičnim pravom, savršeno ilustruje ovaj metod interpretacije koji se prostire na celokupno evropsko pravo, pa i porodično. U njoj Sud precizira da je njegova uloga da ljudska prava primeni konkretno i efektivno i da se u to ime svi pravni dokumenti međunarodnog prava (a ne samo Konvencija) mogu koristiti kao pomoć u priznavanju individualnih prava. Ovakav pristup prevazilazi prvobitni okvir Konvencije. Prema shvatanju Suda „Konvencija je mehanizam za odbranu ljudskih prava“.²⁹ Detaljna analiza sudskih odluka iz Strazbura pokazuje, ipak, da se ta interpretacija vrši uz vođenje računa o zakonodavstvu u državama članicama. Ovo se naročito odnosi na odluke iz domena porodičnog prava, više nego u drugim oblastima, budući da nacionalni sudovi bolje poznaju „osetljivost lokalnog konteksta“³⁰, što nije slučaj ako se radi o drugim ekonomskim ili socijalnim odnosima.

Odluke Suda su sve brojnije, obuhvataju sve aspekte porodičnog prava - brak, par, srodstvo, roditeljsko pravo, a nacionalne sudije ih redovno koriste pri tumačenju nacionalnih propisa. Međutim, ovaj fenomen se različito ocenjuje: za neke, Sud je izvor napretka koji omogućava bolju zaštitu ljudskih prava; za druge je to „tiranija suda“ koja nas tera da prihvatimo vladavinu sudskih odluka.³¹

U nekim situacijama Sud smatra postojanje ugovora između subjekata porodičnih odnosa ključnim za uživanje određenih prava koji opravdava različit tretman u njihovom uživanju. Tako je u slučaju *Burden c/Royaume-Uni*³² Sud razmatrao predstavku dve sestre koje su živeli zajedno i koji su tvrdile da kada bi jedna od njih umrla, preživela bi morala platiti mnogo veći porez na nasledstvo nego što bi preživeli član para (oženjeni, homoseksualni) morao platiti u istim okolnostima. Po shvatanju Suda razlika u tretmanu je opravdana budući da situacija u kojoj se

26 Profesor J. Hausser ide i dalje pa se pita da li „inflacija subjektivnih prava vodi ka autodestrukciji čoveka“; *Personnes et droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 1996, 871.

27 H. Bosse-Platière, *L'avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures, À l'horizon de l'Europe*, Informations sociales 2005/8 (br. 128), str.9. <https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-8-page-38.htm> (14.04. 2015).

28 *Demir et Baykara c/ Turquie*, predstavka br. 34503/97, odluka 12. 11.2008.

29 *Soering c/ Royaume-Uni*, predstavka br. 14038/88, odluka 7.07.1989, § 102. Navedeno prema: Béatrice Moutel, *op.cit.*, str.49.

30 Sud za ljudska prava, *Fretté c/ France*, predstavka br. 36515/97, odluka od 26 februara 2002, § 41.

31 Britanski premijer David Cameron je 24 januara 2011 u Strazburu predložio reformu strazburškog pravosuđa smatrajući da ono „ne uzima mnogo u obzir demokratske odluke nacionalnih parlamenata“. Ovo je rečeno povodom odluke *Greens et MT C. c/ Royaume-Uni*. Navedeno prema: Anne-Sophie Siew-Guillemain, *op.cit.*, str.16 (napomena br.36).

32 *Burden c/Royaume-Uni*, predstavka br. 13378/05, odluka 29. 04. 2008, § 60.

nalaze dve sestre nije ista sa onom u kojoj su supružnici ili lica koja su sklopila ugovor o građanskom partnerstvu. Odnosno, ova razlika je ista kao ona između lica u braku ili vezanih građanskim partnerstvom s jedne strane, i heteroseksualnog ili homoseksualnog para čija su dva člana odlučila da žive zajedno, a da ne zaključe brak ili ugovor o građanskom partnerstvu: "Odsustvo takvog pravno obavezujućeg sporazuma između podnosilaca predstave, uprkos dugom trajanju, čini taj odnos bitno različitim od odnosa između dva supružnika ili građanskih partnera."

4. Ugovor u porodičnom pravu

Tokom poslednjih decenija brojni ugovori se pojavljuju u različitim pravnim oblastima, ali sa nejednakim intezitetom. Postoje grane građanskog prava koje su snažno utisnute u javni poredak i koje su stoga *a priori* bile otporne prema svakoj intervenciji ugovora. Ipak, ugovor se danas afirmiše i u oblastima koje su do juče za njega bile nepristupačne. Ugovor se javlja i u srcu onoga što je tradicionalno tretirano kao institucija: u porodičnom pravu. "Jačanje moći individualne volje u porodičnom pravu označava njegovu suštinu."³³ Evolucija društvenih odnosa redukuje institucionalni karakter moderne porodice i porodičnih odnosa, a naporedo sa tim dešava se kontraktualizacija prava kojim se oni regulišu. Ona se u porodičnom pravu pojavljuje na raskršću dveju tendencija: jedne koja vidi u ugovoru sve značajniji model organizovanja društvenih odnosa, i druge koja u domenu porodice koja je tradicionalno bila omeđena moralom i javnim poretkom vidi sve više ispoljavanje osećanja i individualne slobode. Ovo je svakako i rezultat slabljenja javnog poretka u oblasti porodičnog prava kakav je nekada postojao, kojim je obezbeđivana prevlast opštih interesa društva nad konvencionalnim pravilima. Svrha kontraktualizacije porodičnog prava je da se, kroz transformaciju prava, omogući pojedincima da ostvare svoje pravo na porodični život, prilagođen njihovim očekivanjima, slobodni da rade ono što žele i uz mogućnost da odlučuju o obimu svojih obaveza.³⁴

Ugovor se u porodičnom pravu sve više afirmiše u momentu kada je država iscrpela gotovo sve mogućnosti da pomogne i zaštiti porodicu. On je najčešće "sakriven" pod drugim imenom i kadkad sa obeležjima na osnovu kojih ga ne razaznajemo lako. Argumenti u prilog zaštite javnog poretka i značaja koji ovi statusni odnosi imaju za društvo polako uzmiču pred elanom onih koji u ugovorima vide kreatora regulisanja odnosa i u oblasti porodičnog prava.

Fenomen kontraktualizacije porodičnog prava uopšte i, konkretnije, povećana uloga koju pojedinac ima u kontekstu porodičnih odnosa, ne zanemaruje doktrina.³⁵ Sam pojam kontraktualizacije se u pravnoj teoriji osporava, pa se ide tako daleko da se govori i o jezičkoj zloupotrebi termina ugovor, budući da sporazumi ne ispunjavaju

33 Cornu .G., *La famille*, 6. ed. , Paris, 1998, str.7.

34 Anne- Sophie Siew-Guillemain, *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, str.127.

35 *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, Colloque des 3 et 4 fév. 2000 organisé sous l'égide de l'Institut Charles Dumoulin (Université Paris XI), *Economica*, T. 14, 2001; Z.Ponjavić, *Privatizacija porodice i porodičnog prava*, op.cit.

stroga pravila ugovora.³⁶ Neki drugi, osporavajući kontraktualizaciju, govore da ne postoji individualizacija, već rekonstrukcija, da ne postoji kontraktualizacija porodičnog prava već pluralizacija: prelazak sa jednog porodičnog modela na pluralističko pravo.³⁷

Otpori kontraktualizaciji bili su i posledica postojanja uverenja, danas napuštenog u pravu, da je ugovor samo instrument privatnog prava. Ugovor se danas smatra kategorijom prava uopšte, kako privatnog tako i javnog. 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. Dakle, ugovor se mora posmatrati kao opštepravna pojava, nevezana za bilo koju pravnu oblast. Ugovor je svaki ugovor, uvek i samo ugovor. Stoga, uostalom, ne treba govoriti o obligacionom, naslednopravnom, privrednom, upravnom, pa ni porodičnom ugovoru, već samo o ugovoru u obligacionom, u naslednom ..., pa prema tome i u porodičnom pravu. Naravno, ovakvom negacijom, kao što se primećuje u pravnoj literaturi,³⁸ ne rešavaju se problemi vezani za ugovore porodičnog prava (ili porodičnopravne ugovore).

Sam pojam ugovora, u ovom slučaju, potrebno je definisati u širem smislu reči, kao svaki sporazum dveju strana kojim se postiže određeno pravno dejstvo, prihvatljivo sa stanovišta objektivnog prava. U nekim slučajevima to dejstvo ugovora nastaje saglasnošću volja, kao kod klasičnih ugovora, dok će u drugim slučajevima biti potrebna i saglasnost suda. Njime se stvara pravilo prema kome će strane u ugovoru imati da se ponašaju jedna prema drugoj. Ako ga ovako shvatimo, onda on svoje mesto i primenu nalazi i u drugim, neimovinskim pravima kao što je porodično, socijalno, međunarodno pravo. Ako pokušamo da pozitivno definišemo ugovor u porodičnom pravu preko njegovog predmeta, moglo bi se reći da je to ugovor kojim se zasniva, menja ili gasi porodičnopravni odnos. On je svakako ugovor *sui generis*.

5. Kontraktualizacija porodičnog prava u Republici Srbiji

Širenje primene ugovora u porodičnom pravu Republike Srbije je omogućeno rekonstrukcijom odnosa, posebno bračnog i roditeljskog para, liberalizacijom tehnika medicinske pomoći za rađanje i pojavom prava da se postane roditelj. To je postignuto izgradnjom zajedničkih pravila organizacije života para, muškarca i žene, bez obzira da li su u braku ili vanbračnoj zajednici, kao i naporom da se roditeljsko pravo vrši zajednički i sporazumno bez obzira da li roditelji žive zajedno ili ne. Značaj koji se pridaje njihovim sporazumima izmenio je odnose unutar para i proširio, zajedno sa napretkom medicine, tehnike pomoći za rađanje. Ti sporazumi imaju različitu pravnu snagu. Nekad su autonomni i dovoljni po sebi da bi proizvodili dejstva. Njihovo izvršenje se isključivo zasniva na volji subjekata koji su učestvovali

36 F. Dekeuwer-Défossez, *Divorce et contrat*, U: La contractualisation de la famille, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, str. 68

37 F. Dekeuwer-Défossez, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, Approche critique de la contractualisation*, (Ed. S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez), L.G.D.J, Paris, 2007, str. 168.

38 V. Vodinić, *Upravni ugovor - između prihvatanja i odbijanja*, Pravni život, 1993, 11-12.

u njegovom zaključenju. Ovakvi sporazumi se izvršavaju od momenta zaključenja. (1), dok drugi podležu sudskoj kontroli (2).

5.1. Autonomni ugovori

U pitanju su pre svega ugovori supružnika kojima regulišu međusobne odnose u braku, kao i oni kojima roditelji uređuju vršenje roditeljskog prava kada između njih postoji zajednica života. Kada se radi o sadržini bračnih odnosa između supružnika postoje neka pitanja koja su prepuštena jedino njima da ih uređuju međusobnim ugovorom. To su pitanja određivanja mesta stanovanja i vođenje domaćinstva. U Porodičnom zakonu Republike Srbije ne nameće se supružnicima ni jedno rešenje koje bi se ticalo uređenja ovih pitanja.³⁹ Insistira se na njihovom dogovoru o pitanjima koja uslovljavaju ostvarivanje braka. Ako jedan od njih odbija postizanje dogovora, ili jednostrano odlučuje o ovim pitanjima ili ga se ne pridržava - oglašuje se o jednu od svojih bračnih obaveza.⁴⁰

Ukoliko između supružnika dođe do spora povodom prava i obaveza iz ovih ugovora nije predviđena mogućnost da bilo koji državni organ interveniše i reši nastali spor. Ničim se ne može zameniti njihov sporazum, niti im se mogu nametnuti rešenja. To potvrđuje obavezujuću snagu ovog ugovora, po kome se on razlikuje od nekih drugih koji se pominju u Porodičnom zakonu. Te druge, u krajnjem slučaju, može zameniti državni organ svojom odlukom. Nemogućnost supružnika da postignu saglasnost o ovim pitanjima može biti jedan od razloga za razvod braka.

U vršenju roditeljskog prava Porodični zakon Srbije u nekim situacijama ugovoru roditelja daje odlučujući značaj. Paradoksalno je, međutim, da oni istovremeno mogu biti i izraz poverenja, ali i nepoverenja između lica koja ga zaključuju.⁴¹ Naime, oni mogu biti odraz dobrih odnosa između roditelja i želje da se treća lica, pa ni državni organi, ne mešaju u način regulisanja njihovih odnosa, ali i potrebe da se osiguraju od neprijatnih iznenađenja, pa i prevare od druge strane. Dobra strana ovih ugovora je što se njihovim zaključenjem povećava sigurnost da će izvršenje obaveza nastalih iz njih u budućnosti bolje funkcionisati nego da su one nametnute od strane suda. Ima i shvatanja da je intervencija države u ove odnose kontraproduktivna i da dovodi do zaoštavanja konflikta i kidanja porodičnih veza. Većina ugovora koji regulišu ove odnose spontano nastaju i izvršavaju se, dakle, u situaciji normalnog odvijanja porodičnih odnosa i rešavanja svakodnevnih i bitnih pitanja iz sadržine roditeljskog prava.⁴² Mogu biti prećutni ili izričiti. Sva ova svakodnevna i bitna pitanja sporazumno rešavaju isključivo roditelji ako zajednički i sporazumno vrše roditeljsko pravo u zajednici života. Ovi ugovori čine srž roditeljskog prava, pa bi njihovo rešavanje od strane bilo kog državnog organa

39 Član 27. Porodičnog zakona: "Supružnici sporazumno određuju mesto stanovanja i odlučuju o vođenju zajedničkog domaćinstva".

40 M. Popović, *Porodično pravo*, Beograd, 1983, str. 144.

41 A. Chapelle, *Les pactes de famille en matiere extra-patrimoniale*, Revue trimestrielle de droit civil, 3/1984, str. 413.

42 O pojmu svakodnevnih i bitnih pitanja vid. Z. Ponjavić, *Pravni značaj razlikovanja svakodnevnih i bitnih pitanja iz sadržine roditeljskog prava*, Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, Knjiga četvrta, Niš, 2014, str.13-29.

bitno narušilo njihovu autonomiju. U ovoj situaciji roditelji su jedini garant zašтите najboljeg interesa deteta, odnosno, jedino su oni pozvani da vrše njegovu procenu.⁴³

Onog trenutka kada dođe do nesaglasnosti između roditelja, kada se jedan usprotivi radnji drugoga, mora doći do intervencije suda, ako sami roditelji ne mogu da reše nastali spor. Sudskom odlukom ne zamenjuje se sporazum roditelja u pogledu konkretnog svakodnevnog ili bitnog pitanja, već se uređuje pitanje vršenja roditeljskog prava.⁴⁴ U suprotnom dolazilo bi do paralize u vršenju roditeljskog prava što ugrožava interese deteta. Prema tome, i ovde je, kao što bi rekao veliki francuski pravnik Karbonije, „nepravo esencija, a pravo incident“.⁴⁵

Jedina razlika između ugovora o svakodnevnim i bitnim pitanjima je njihovo dejstvo u odnosu na treća lica. Kad su u pitanju ugovori o svakodnevnim pitanjima nije racionalno da oba roditelja svakodnevno, u svakoj situaciji, odlučuju zajednički i tako istupaju prema trećim licima. To bi stvorilo velike teškoće u svakodnevnom odvijanju porodičnog života. I kada jedan od roditelja istupa prema trećim licima vršeći pomenute poslove, saglasnost drugog roditelja se pretpostavlja (npr. kada roditelj odvede dete kod zubara radi benigne intervencije).⁴⁶ Ova prezumpcija važi za oba roditelja i ima za cilj da olakša svakodnevno odvijanje porodičnog života, pa stoga važi samo u korist trećeg lica, a ne i u međusobnim odnosima roditelja.

Izričita saglasnost oba roditelja je potrebna uvek kada se radi o pitanjima koja bitno utiču na život deteta, bez obzira da li postoji zajednica života ili ne, da li roditeljsko pravo vrše zajednički ili jedan od njih samostalno.⁴⁷ Prema tome, u odnosima prema trećim licima moraju istupati oba roditelja, podnoseći svoj ugovor o načinu rešavanja ovih pitanja.

5.2. Ugovori kod kojih sud kontroliše ispunjenost traženih uslova.

Porodični kontekst u kome se ugovaranje odvija zahteva veliku opreznost. Stoga je u većem broju slučajeva predviđena intervencija suda ili nekog drugog organa prilikom zaključenja ugovora. Zakon je ovim organima namenio različitu ulogu. Nekada je to registracija postignutog sporazuma (5.2.1) dok je u drugim slučajevima reč o njihovom potvrđenju (5.2.2.).

43 *Ibid.*, str.28.

44 Vrhovni sud Republike Srbije je u jednoj revizijskoj odluci zauzeo upravo ovakav stav, da sudska odluka ne može zameniti sporazum roditelja. «Po stanovištu Vrhovnog suda, sud nije ovlašćen da umesto roditelja odlučuje o prebivalištu maloletnog deteta ili da donosi odluke koje zamenjuju zajedničke odluke roditelja o bitnim pitanjima vršenja roditeljskog prava – koja utiču na život maloletnog deteta, kao što je obrazovanje deteta, preduzimanje većih medicinskih zahvata nad detetom, promena prebivališta deteta ili raspolaganje imovinom deteta velike vrednosti, a preventivni i korektivni nadzor nad vršenjem roditeljskog prava obavlja organ starateljstva a ne sud». Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev.2557/06 od 1.3.2007, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, 2/2007, str.38-39.

Prema nemačkom pravu u ovom slučaju sud bi mogao prepustiti jednom roditelju da sam donese odluku o spornom pitanju ako je to u najboljem interesu deteta. Vid.: F. Boulanger, *Autorite parentale et intérêt de l'enfant*, Paris, 2008, str.47.

45 J. Carbonnier, *Flexible droit*, 8.ed.LGDJ, 1995, str.31.

46 Istina, ovo se ne kaže izričito u Porodičnom zakonu, kao što je to npr. slučaj sa francuskim pravom, čl.373, al. 2. Code civil.

47 Vid. čl.78.st.3. Porodičnog zakona

5.2.1. Kada je u pitanju registracija postignutog sporazuma, kao što je slučaj sa sporazumnim razvodom braka bez zajedničke maloletne dece ili sporazumom o deobi zajedničke imovine, državni organ ih samo unosi u sudsku odluku čime se obezbeđuje mogućnost prinudnog izvršenja. Sud prvenstveno proverava ispunjenost procesnih pretpostavki. Ako su one ispunjene sud nema ovlašćenje da ih odbije.

Kontraktualizacija braka se naročito ogleda kroz odredbe o njegovom prestanku, razvodom i poništenjem. Porodični zakon Republike Srbije ne govori izričito o pravu na sklapanje braka,⁴⁸ ali zato reguliše pravo na razvod braka.^{49/50} Ovo sledi u članu 40. Porodičnog zakona Republike Srbije gde se kaže: "Supružnici imaju pravo na razvod braka ako zaključe pismeni sporazum o razvodu".⁵¹ Ne samo da se ovaj način razvoda zasniva na saglasnosti supružnika nego Zakon izričito kaže da o tome moraju zaključiti "pismeni sporazum", odnosno ugovor u širem smislu reči.⁵²

Sporazum o razvodu obavezno sadrži i pismeni sporazum o načinu regulisanja posledica razvoda i to: sporazum o vršenju roditeljskog prava i sporazum o deobi zajedničke imovine. Ovlašćenja suda su vrlo različita kod ova dva ugovora. Ugovor o deobi zajedničke imovine podleže potvrdi suda, bez ovlašćenja da ispituje njegovu punovažnost. Sud je njime vezan i nema ovlašćenje da ga kontroliše niti menja. Autonomija volje supružnika u ovom slučaju je jedino ograničena činjenicom da ovakav formalni ugovor, napisan i potpisan od stranaka, proizvodi pravno dejstvo

48 Ovo govori o daljem slabljenju pozicije braka u našem pravu. Tradicionalna porodica, zasnovana na braku, na normativnom planu slabi bez obzira na to što ona još uvek postoji i što je vrednosno prihvatljiviji i preovlađujući oblik porodice kod nas. Videti: Z. Ponjavić, *Pravo na sklapanje braka i zasnivanje porodice u evropskom i našem pravu*, Pravo Republike Srbije i pravo EU stanje i perspektive, Zbornik radova, sveska 2, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2009, str.47-60

49 Porodični zakon, čl. 40 i 41.

50 Pravo na razvod nije predviđeno Konvencijom kao ljudsko pravo. Sloboda razvoda je zaštićena od strane Suda. Evropski sud za ljudska prava u presudi Johnston et autres c/ Irlande podseća da se članovi 8 i 12 "ne mogu tumačiti na način koji garantuje pravo na razvod braka", naročito zato što "pripremni dokumenti Konvencije jasno ukazuju na volju visokih ugovornih strana da namerno isključe ovo pravo iz delokruga Konvencije" (§ 60).

51 Ustav Republike Srbije, u članu 62.st. 1 normira pravo na zaključenje i pravo na raskid braka: "Svako ima pravo da slobodno odluči o zaključenju i raskidanju braka". Ustav koristi termin "raskid braka", za razliku od Porodičnog zakona.

52 Porodični zakon, u ovom slučaju, koristi jedan širi termin "sporazum" koji se u našoj pravnoj praksi odomaćio. Izraz "ugovor" nije mogao biti izbegnut, jer je uobičajen, kada se radi o "bračnom ugovoru" kojim se regulišu imovinski odnosi. Slična situacija je i sa ugovorom kojim supružnici regulišu upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom (čl.189. PZ). Međutim, zakonodavac, sasvim nedosledno, kada govori o deobi zajedničke imovine od strane supružnika, vansudski, koristi izraz "sporazum" (čl. 179.). S druge strane, u obligacionom pravu se više koristi termin "ugovor". U francuskom pravu pravi se razlika između konvencije (sporazuma) i ugovora. Ova razlika proističe iz odredbe čl.1101 Građanskog zakonika prema kojoj je ugovor takva konvencija kojom se jedno lice ili više lica obavezuju prema jednom ili više drugih lica da nešto daju, učine ili ne učine. Više o ovoj razlici: F. Dekeuwer-Défossez, *Divorce et Contrat*, op. cit, str. 67-68.

samo ako bude unet u izreku presude o razvodu braka (čl. 225/2.).⁵³ Odnosno, on ga potvrđuje istovremeno kada razvodi brak.⁵⁴

Isti ovakav ugovor supružnici mogu sklopiti i u bračnom sporu koji se vodi po tužbi za razvod ili poništenje braka i to u okviru postupka za nagodbu. O ovom se sastavlja zapisnik od strane suda ili ustanove kojoj je poveren postupak nagodbe. Ako je nagodba uspela ili je delimično uspela, sporazum supružnika o deobi zajedničke imovine unosi se neizmenjen u izreku presude o poništenju ili razvodu braka. (čl. 243. st. 3). I ovde se uloga suda faktički svodi na neku vrstu overe (registracije) ugovora o deobi zajedničke imovine. Supružnici su vezani postignutim sporazumom (ugovorom) i nijedan od njih nema ovlašćenje da ga jednostrano menja.

Pošto je ugovor o deobi zajedničke imovine akcesoran uz ugovor o razvodu to njegova pravna sudbina zavisi od glavnog. Međutim, ugovor o deobi zajedničke imovine može imati i nezavisnu pravnu sudbinu u odnosu na glavni ugovor u slučaju da dođe do ulaganja vanrednog pravnog leka. Budući da se pravnosnažna presuda o razvodu braka ne može pobijati u pogledu dela odluke koji se odnosi na razvod (ili poništenje) braka (čl. 227. st. 2. PZ), to se može desiti da ugovor o deobi zajedničke imovine bude izmenjen po vanrednom pravnom leku, a da pri tome nije pobijan i sam ugovor o razvodu braka.

Deobu zajedničke imovine supružnici mogu ugovorom izvršiti i izvan brakorazvodne parnice. Ugovor o deobi zajedničke imovine supružnici zaključuju u obliku javnobeležničke potvrđene (solemnizovane) isprave.⁵⁵ Ovaj ugovor mora biti zaključen u pismenom obliku.

Ipak, najdalje se u ovom trenutku u dezinstitalizaciji braka otišlo načinom normiranja posredovanja u bračnom sporu za poništenje braka, po tužbi jednog od supružnika. Svrha nagodbe jeste da se poremećeni odnos supružnika razreši bez konflikta nakon poništenja ili razvoda braka. Ako stranke prihvate posredovanje ono se u ovom slučaju svodi samo na nagodbu. Pristankom na posredovanje, supružnici su saglasni da brak treba poništiti, što na sud u daljem toku postupka deluje kao snažna predikcija postojanja razloga za poništenje. Može se reći da supružnici *de facto* sporazumno odlučuju i o poništenju braka. Uostalom, kakva bi bila svrha prethodnog rešavanja posledica poništenja ako bi se nakon toga utvrdilo nepostojanje uzroka za poništenje. Razlog za poništenje braka postaje manje bitan u odnosu na sporazum stranaka.⁵⁶

53 U pravnoj teoriji se navodi da upotreba termina "uneti" predstavlja primer nespretnog i nepreciznog izražavanja zakonodavca. Postignuti sporazum treba posmatrati kao podlogu za sudsku odluku. Videti: G. Stanković, *Osnovna načela posebnih parničnih postupaka u porodičnim stvarima*, Novo porodično zakonodavstvo, Zbornik radova, Kragujevac, 2006, str. 489, fn. 38.

54 Može se postaviti pitanje zašto je pitanje sporazumnog razvoda, naročito kada u braku nema zajedničke maloletne dece, ostavljeno sudu na nadležnost i nije li bolje u ovom slučaju uspostaviti nadležnost nekog drugog organa, npr. javnog beležnika. Prihvatanjem ovakvog rešenja i dalje bi se pravila dovoljno jasna razlika između prestanka braka razvodom i raskida vanbračne zajednice. To bi, za sada, bila dovoljna mera očuvanja neophodne institucionalnosti braka. Nadležnost javnog beležnika u ovoj situaciji predviđa Francuska, izmenama Građanskog zakonika iz 2016. godine.

55 Član 179. stav 2. Porodičnog zakona.

56 Porodični zakon Crne Gore (član 335) sadrže bolja i jednostavnija rešenja u ovom pogledu. Prema njemu posredovanje se sprovodi radi postizanja sporazuma o vršenju roditeljskog prava i podeli zajed-

5.2.2. U nekim slučajevima zaključenja ugovora zahteva se veće angažovanje državnog organa. U pitanju su, pre svega, ugovori roditelja o vršenju roditeljskog prava koji imaju obavezu snagu samo ako su potvrđeni od strane suda. Njihov sporazum o ovom pitanju se pojavljuje kao vrlo poželjan a intervencija suda je potrebna u cilju zaštite najboljeg interesa deteta.

Ugovor o vršenju roditeljskog prava je sastavni deo sporazuma o razvodu u slučaju sporazumnog razvoda braka. Mora biti postignut u pismenom obliku,⁵⁷ ali ne mora biti overen, niti predstavlja izvršnu ispravu.⁵⁸ U njemu se supružnici mogu sporazumeti da roditeljsko pravo vrše zajednički ili samostalno. Postizanje ovog ugovora je jedan od uslova za sporazumni razvod braka. Isti ovakav ugovor supružnici mogu postići i u bračnom sporu za razvod ili poništenje braka, tokom nagodbe u okviru postupka posredovanja, ali i u bilo kojoj drugoj fazi parničnog postupka.

Zaključenje ugovora o zajedničkom vršenju roditeljskog prava zavisi od slobodne volje roditelja, odnosno, ne može se nametnuti. Zaključuju ga bez prisustva suda i bez svedoka. Sastavni i obavezni deo ovog ugovora je sporazum o prebivalištu deteta.⁵⁹

Uloga i značaj ugovora kao instrumenta regulisanja vršenja roditeljskog prava naročito je proširena mogućnošću da se roditelji, koji ne vode zajednicu života, sporazumeju i o samostalnom vršenju roditeljskog prava. I u ovom slučaju roditelji zaključuju ugovor u pisanoj formi. Za razliku od sporazuma o zajedničkom vršenju, sadržina ovog je tačno određena. Obuhvata dogovor o tri pitanja: 1) sporazum o poveravanju deteta jednom roditelju, 2. sporazum o visini doprinosa drugog roditelja za izdržavanje deteta i 3. sporazum o načinu održavanja ličnih odnosa sa drugim roditeljem. Samo ugovor kojim se rešavaju sva tri pitanja može biti predmet ocene od strane suda.

To što su roditelji postigli ugovor o zajedničkom ili samostalnom vršenju roditeljskog prava, u okviru postupka razvoda braka po sporazumu ili po tužbi, ne znači i da će ga sud neizostavno prihvatiti. Oni imaju obavezu snagu samo ako su potvrđeni od strane suda.⁶⁰ Saglasnost suda u ovom slučaju se javlja kao uslov njihove punovažnosti. Premda se to nigde izričito ne kaže, zadatak suda je da osigura slobodnu volju roditelja, ali pre svega, da "proceni" da li je sporazum u saglasnosti sa interesima deteta. Ako jeste, sporazum ostaje neizmenjen i sud donosi odluku u skladu sa postignutim sporazumom ne posežući za drugačijim rešenjima. A ako nije,

ničke imovine, ali tek nakon donošenja odluke o poništenju braka.

57 Videti član 40. stav 2. Porodičnog zakona.

58 Videti član 41. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, „Sl. glasnik RS”, br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje i 113/2017 - autentično tumačenje)

59 Slično rešenje je predviđeno i u uporednom pravu, primera radi u čl. 1513. i 1514 Gradanskog zakonika Grčke. Neka druga prava, kao što je slučaj sa Velikom Britanijom imaju rešenje po kome je moguće da dete ima naizmenično prebivalište. Roditelj kod koga dete ima prebivalište se neposredno brine o detetu. Ovakva situacija u Velikoj Britaniji je prihvaćena još od 1964. godine (slučaj Clissold v. Clissold (1964) 108 S.J. 220).

60 Porodični zakon, čl.272.

izvršiće se njegova korekcija. Postavlja se pitanje da li će sud tada tražiti od roditelja da izmene sporazum o deci i ukazati im zašto nije u najboljem interesu deteta, ili će doneti odluku mimo volje supružnika.⁶¹ Prva solucija proizlazi iz ugovornog karaktera ovog sporazuma, ali i intencije zakonodavca da sami supružnici rešavaju sporna pitanja. Iskustvo nas uči da su odluke donete na osnovu saglasnosti stranaka najboljeg kvaliteta i više su poštovane od onih koje im se nameću *ex nihilo*, koje su strane supružnicima na koje se odnose. Drugo rešenje se nameće iz stilizacije odredbe čl. 272.st.2. koja se odnosi na odluku o vršenju roditeljskog prava.⁶² Prema ovoj odredbi "ako roditelji nisu zaključili sporazum o vršenju roditeljskog prava ili sud proceni da njihov sporazum nije u najboljem interesu deteta, odluku o poveravanju zajedničkog deteta jednom roditelju, ... donosi sud". Čini se, ipak, da ovo pitanje postaje manje važno ako se zna da u osnovi sve počiva na saglasnosti volja supružnika (roditelja). Čak i ako sud na drugačiji način reši pitanje vršenja roditeljskog prava pa nakon toga donese odluku o razvodu, može se uzeti da su ga supružnici prihvatili kao svoj sporazum. Ako jedan ili oba nisu zadovoljni izmenjenim sporazumom o vršenju roditeljskog prava mogu jednostavno povući predlog za sporazumni razvod braka sve dok postupak nije pravnosnažno okončan, ili povući tužbu za razvod braka. Na ovaj način oni od početka pa do kraja ostaju gospodari ovog sporazuma.

U slučaju nesaglasnosti roditelja oko izvršavanja ovog ugovora mogu se obratiti sudu zahtevom da ga raskine i na drugačiji način uredi pitanje vršenja roditeljskog prava. Može se raskinuti na zahtev jednog ili oba roditelja koji su učestvovali u njegovom zaključivanju.

Ugovor se, konačno, pojavljuje i kada se radi o uspostavljanju roditeljskog odnosa, u domenu medicinski potpomognute prokreacije. U oblasti za koju se uvek ističe da manifestacije volje imaju retko kad ugovorni karakter, u svakom slučaju ređe nego u drugim oblastima porodičnog prava. Tako su deca usvojena i rođena uz biomedicinsku pomoć imenovana u pravnoj doktrini kao "ugovorena deca."^{63/64}

61 U francuskom pravu (čl. 250-2 alinéa 2 du Code civil) sud će u ovom slučaju zahtevati od roditelja da podnesu drugačiji sporazum o deci. Zato im je ostavljen rok od 6 meseci. Više: L. Loïc. *L'enfant et la contractualisation des effets du divorce*. U: *Revue juridique de l'Ouest*, 3/2006-3, str. 291-312; https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2006_num_19_3_2883 (13.06.2019) i Isabelle Sayn, *op.cit.*, str.69 – 86.

62 O. Cvejić-Jančić, *Brak i razvod*, Novine u porodičnom zakonodavstvu, Zbornik radova, Kragujevac, 2006, 143.

63 Ozer (J.Hausser) je napisao, da "poreklo jednog deteta začetog uz medicinsku pomoć nema ništa sa prirodom i sa zakonom, već samo sa sporazumom" J. Hauser, *Un nouveau-ne: l'enfant conventionnel*, D.1996, chron.182. Navedeno prema: F. Dekeuwer-Defossez, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, str. 175

64 Neki idu i dalje pa postavljaju pitanje da li je i rođenje deteta prirodnim putem rezultat ugovora. Ako je brak ili vanbračna zajednica produkt jednog sporazuma, zašto i predmet tog sporazuma ne bi bio i onaj koji se odnosi na decu, da li će ih biti ili ne, koliko, itd. U prilog ovakvog razmatranja može se navesti jedna presuda suda u Nimes (Francuska) koji je suprugu oglosio delimično krivom za razvod braka jer je zatrudnela bez znanja muža u vrlo specifičnim okolnostima što predstavlja od strane supruge povredu obaveze iskrenosti koja postoji između supružnika, što onda muža svodi na ulogu genitora. Sud dodaje da "u situaciji postojanja običaja i sredstava za kontracepciju, začecje deteta od strane jednog bračnog para mora biti rezultat zajedničkog izbora i zajedničkog projekta". Videti komentar ove odluke: J. Hauser, *Personnes et droits de la famille, Filiation biologiques*, (no.18), *Revue trimestrielle*

Razdvajanje seksualne od prokreativne funkcije dovodi do toga da se prokreacija može ugovarati od strane supružnika ili vanbračnih partnera. Sporazum budućih roditelja je osnova za korišćenje ovog vida prokreacije, budući da se on, po pravilu, odvija u okviru jednog para, bračnog ili vanbračnog.⁶⁵ Na njima je da biraju: da li će imati decu ili ne. Ova mogućnost, po pravilu, postoji sve dok vode zajednički život. Porodični zakon RS široko otvara ovu mogućnost uvođenjem saglasnosti partnera, bračnih ili vanbračnih, za postupak začeća uz biomedicinsku pomoć. Time se ugovara i roditeljstvo budućeg deteta. Istina, kada se radi o očinstvu deteta koje se rađa uz biomedicinsku pomoć Porodični zakon govori o "pismenom pristanku" muškarca (čl. 58. st.1 i 2), a ne o saglasnosti. Pismeni pristanak oba supružnika odnosno vanbračna partnera zahteva se po čl. 23. st.1.t.6. Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, koji reguliše sadržinu medicinske dokumentacije koju vodi Centar za BMPO. Pristanak se daje u centru za BMPO, odnosno Banci gde učestvuju zdravstveni radnici i zdravstveni saradnici. Oni imaju i ovlašćenje da proveravaju ispunjenost zakonskih uslova i odobravaju ovakav vid oplodnje.

Saglasnost budućih roditelja za primenu ove metode prokreacije je osnov za uspostavljanje porekla deteta. Tako se uspostavlja neoboriva pretpostavka očinstva muža, odnosno vanbračnog partnera.⁶⁶ Prihvataju da će biti roditelji deteta koje je biološki vezano za njih (homologna) ili nije (heterologna inseminacija). U ovom drugom slučaju jasno je da pravna veza koja nastaje ne korenspondira sa biološkom istinom, već sa idejom odgovornosti za prokreaciju koja sve više postaje osnova uspostavljanja roditeljskopravnog odnosa. Poreklo deteta se, dakle, ne zasniva samo na biologiji već na datoj reči. Saglasnošću volja, ugovorom, ova lica su se odrekla i prava na tužbu za osporavanje ovako uspostavljenog roditeljskog odnosa. Ovo se odnosi i na dete, pa se ovim legalno ono onemogućava da sazna svoje poreklo, što je protivno čl.7. Konvencije o pravima deteta. Tako su svojim ugovorom, uz dozvolu zakonodavca, partneri onemogućili primenu jednog pravila koje je postalo deo međunarodnog pravnog poretka.⁶⁷

de doit civil, 1/2008, str. 91-92.

65 Prema Zakonu o biomedicinski potpomognutoj oplodnji ("Sl. glasnik RS", br. 40/2017 i 113/2017 - dr. zakon) u čl. 25 se predviđa, da „izuzetno, pravo na postupke BMPO ima i punoletna i poslovno sposobna žena koja živi sama i koja je sposobna da vrši roditeljsku dužnost i u takvom je psihosocijalnom stanju na osnovu koga se opravdano može očekivati da će biti sposobna da obavlja roditeljske dužnosti, u skladu sa zakonom, u interesu deteta“.

66 Uspostavljanje pretpostavke vanbračnog očinstva u slučaju oplodnje uz biomedicinsku pomoć stvara u pogledu uspostavljanja roditeljskopravnog odnosa jednu dodatnu razliku između dece rođene izvan braka: deca koja su začeta prirodnim putem nemaju uspostavljen pravni odnos sa ocem po rođenju pa se ono može ustanoviti priznanjem ili sudskim putem, dok deca rođena uz biomedicinsku pomoć imaju pretpostavljenog oca, onog koji je dao pristanak.

67 Ukoliko se u Građanski zakon Republike Srbije, čije se donošenje uskoro očekuje, ugrade predložena pravila surogat materinstva iz Prednacrta građanskog zakonika, biće to konačna potvrda kontraktualizacije porekla i odlučujući korak ka prihvatanju „prava na dete“, pretvarajući ga u puki proizvod želja.

6. Zaključak

Prožimanje porodice i osnovnih ljudskih prava dovelo je do transformacije porodičnog prava. Njegovu suštinu više ne čine institucije u kontekstu u kojem se promovisu nametnuta spoljna rešenja već sve više postaje stvar izbora njenih aktera. Ovo je dovelo do poznatog i u doktrini analiziranog fenomena, kontraktualizacije porodičnog prava. Ono više nije samo nacionalni već sve više postaje internacionalni fenomen, čiji su izvori norme usvojene od strane evropskih institucija, naročito odluke Suda za ljudska prava. U ovom kontekstu ugovori porodičnog prava postaju privilegovani instrumenti za supružnike, ali i za druge aktere porodičnih odnosa, koji žele da organizuju način njihovog vršenja, naročito u kriznim situacijama. Ova transformacija društvenog i pravnog konteksta je toliko radikalna da se već govori o „ugovaranju porodice“.

Postoji čitav spektar ugovora u porodičnom pravu Republike Srbije, sa različitim pravnim posledicama. Neki su dovoljni sami sebi, budući da se ne traži bilo kakva intervencija državnog organa da bi proizveli pravne posledice. Broj ovih autonomnih ugovora se povećava, ali još uvek se kod nekih ugovora zahteva intervencija državnog organa, najčešće suda. Zadatak suda je sve manje da reši konflikt, već da potvrdi postignuti sporazum. Potvrda najviše zavisi od njegove procene zaštićenosti interesa dece. Zaštita njihovih interesa predstavlja važnu granicu u širenju kontraktualizacije u punom obimu. Stoga se sudska kontrola i dalje javlja kao najbolja garancija zaštite prava deteta. Ova kontrola omogućava sistematsku institucionalnu prethodnu kontrolu usklađenosti sa zakonom i najboljim interesom deteta, za razliku od kontrole u oblasti obligacionih ugovora, koja se vrši tek nakon zaključenja i kada to traži jedna od stranaka.

Činjenica da pojedinac ima pravo na porodični život, pa i relativnu slobodu moduliranja obaveza koje preuzima, dovela je do pada institucionalnog karaktera porodice što stvara nesigurnost u vezi sa njenim obrisima i njenog pravnog definisanja, kao i ciljeva koje država postavlja u porodičnoj politici koju treba slediti. Pošto je postala stvar volje, porodica mora uzeti u obzir individualna prava svakog člana grupe, što dovodi do toga da je podložna većoj nestabilnosti. Moglo bi se stoga, na kraju, postaviti pitanje da li insistiranje na individualizmu nasuprot kolektivnih vrednosti predstavlja nametanje modela koji nije odraz vrednosti društva. Tim pre je čudnije što su u pravo Republike Srbije, bez potrebe, ugrađena neka rešenja u pogledu kojih ne postoji evropski konsensus, udaljivši se tako od uzora koji i dalje štite instituciju.

FAMILY LAW – FROM THE INSTITUTION TO A CONTRACT

(summary)

The ascending of human rights in previous three decades has created, not only a new vision of an individual, but of a family as well. After the first phase of indifference, the encounter between human rights and family has led to their interference resulting in the change of its concept. Legally speaking, family is no longer an institution imposed from outside, but rather a flexible choice from inside excluding any form of conformism based on the previously established model. This all could not be possible without a significant influence of European Convention of Human Rights on judicial and legislative practice. These supranational norms shape European laws on human rights, not by introducing strict rules, but rather important principles of freedom and equality which gradually establish European legal standards in the field of family law. This leads to the multiplication of different family models and wider protection of privacy and family life. A person now can create „a family of his own choice“. This interaction of family and basic human rights has led to the transformation of national family legislations reflecting much analyzed phenomenon of „family contractualization“. This phenomenon is based on the supremacy of the individual will, which creates a serious problem how it should be now defined. The provisions of the Republic of Serbia Family Law also favour the individual will in family life reflecting this transition process of a family, from the institution to a contract *sui generis*. The question remains whether this represents a risky jump from stability to instability which may call for a need to mark the boundaries of this process.

Key words: human rights, family, ECHR, individual will, contract

Dr. sc. Nenad Hlača, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Rijeci

ODVOJEN SUŽIVOT

U radu se razmatraju hipotetski pravni sadržaji nove društvene realnosti koja se podvodi pod model odvojenog suživota. Predmet istraživanja je pokušaj prepoznavanja i kvalifikacije tih odnosa koji u osnovi imaju emocionalni naboj potreban za suživot u zajedništvu kojem teže ljudska bića.

Čini se da je odvojen suživot prvi prijevod engleskog izvornika *'living together apart'*. Rezultati istraživanja objavljeni 2007. godine ukazali su promjene u kvaliteti odnosa bračnih drugova „Alone Together: How Marriage in America is Changing“ (Amato i suradnici, 2007.)

Nastojat će se dokazati hipoteza o ubrzanim trendovima individualizacije koji utječu na nastanak novih partnerskih, a time vremenom možda posljedično i do novih obiteljskopравnih odnosa. Tehnologija danas omogućava izravnu komunikaciju ljudskih bića i u slučaju odvojenog suživota. Istraživanja potvrđuju hipoteze o vrlo različitim povodima i različitim sadržajima emocionalnih veza ljudskih bića što ima za posljedicu nepredvidivost pravnih i socijalnih posljedica napose za nespremne *policy makers*-e. Rad je povod znanstvenoj raspravi budući je za očekivati da će se i u sudskoj praksi pojaviti problem kvalifikacije starih i/ili novih partnerskih veza u kojima je postojao odvojen suživot.

Ključne riječi: obitelj, brak, izvanbračna zajednica, odvojen suživot.

1. Materijalna neovisnost i mogućnost za samostalno osiguranje egzistencije pretpostavka su za ostvarenje osobnih individualnih težnji u izboru partnera i stila života. Povijesno važna imovinska baza obitelji koja se strogim nasljednim redom prenosila iz generacije u generaciju prestaje biti presudna osnova nastanka nove obitelji. Mirazni režim i isključivo pravo muških potomaka na nasljeđivanje zemlje u velikoj su mjeri tijekom povijesti utjecali na sklapanje braka i zasnivanje novih obitelji.

U drugoj polovici dvadesetog stoljeća posljedice industrijalizacije, zaposlenost žena izvan obitelji i materijalna neovisnost omogućili su sve učestaliji raskid braka razvodom. Na tržištu rada danas pojedinac, žena, može napose u razvijenim zemljama, osigurati materijalnu egzistenciju, pa čak i kvalitetan život što je povijesno bilo nezamislivo.

Drugi svjetski rat dokinuo je primat patrijarhalnog morala, a umjetnički krugovi i mediji započeli su s promicanjem sloboda i novih stilova života u emocionalnom smislu. Ubrzano se šire granice tolerancije i počinje prihvaćanje novih društvenih modela u kojima ljudska bića puno slobodnije ostvaruju potrebe za bliskim

emocionalnim odnosima. Doživotni zavjet vjernosti obvezuje sve manje osoba, ali je i dalje vjernost izuzetno bitan čimbenik u partnerskim odnosima.

Kraj rata donosi i nove nad standarde ljudskih prava, promiče univerzalizam i kida granice povijesno utemeljenih moralnih vrijednosti na kojima su se stoljećima gradili pravni instituti poput braka kao jedine osnove nastanka nove obitelji. Tako primjerice nestaju nepoželjna izvanbračna djeca, koja su do ne tako davno i u građanskim kodifikacijama bila etiketirana kao nezakonita, izjednačavanjem prava sve djece bez obzira na bračni ili izvanbračni status. Isprva u sudskoj praksi, pa posljedično i u teoriji preispituju se granice normativnog glede priznavanja učinaka izvanbračnim zajednicama. Slijede odgovori zakonodavaca i legalizacija različitih vrsta zajednica u kojima žive ljudska bića povezana emocionalnim sadržajima.

U analizi fenomena odvojenog suživota polazi se od pretpostavke da se on pojavljuje kod bračnih partnera, u odnosima roditelja i djece, u odnosima prema ostarjelim članovima obitelji, kod izvanbračnih zajednica, ali čini se danas i kao specifičan izbor stila života odvojenih ali emocionalno povezanih partnera. Ne tako davno u teoriji je kao apsolutna pretpostavka postojanja izvanbračne zajednice kao pravnog instituta naglašavana upravo činjenica vođenja zajedničkog života. „Vredno je podsetiti se, na primer, da u svim pravima činjenica vođenja zajedničkog života predstavlja *conditio sine qua non* postojanja vanbračne zajednice i prvu pretpostavku za priznavanje bilo kojeg pravnog efekta vanbračnim partnerima.“¹ U radu se preispituje hipoteza o potrebi preispitivanja te za sada konstitutivne pretpostavke za priznavanje učinaka izvanbračne zajednice. Pokušat će se dokazati hipoteza da postoji potreba priznavanja učinaka i u slučaju da partneri ne žive zajedno budući su se sociološki i tehnološki trendovi radikalno izmijenili omogućavajući održavanje emocionalne bliskosti ljudskih bića i u slučajevima odvojenog suživota.²

2. U osnovi svih obiteljskih veza leži emocionalna povezanost. Snažne emocionalne i materijalne potrebe kohezioni su faktori obitelji.³ Povijesno su strogi normativni okviri bili determinirani religijom, moralom i finalno strogim, prinudnim normativnim sankcijama koje su preventivno djelovale na obuzdavanje čisto emocionalnog, impulzivnog, promjenjivog i nestalnog ponašanja ljudskih bića baziranog samo i isključivo na osjećajima. Stupanj izbornih sloboda koje prihvaća suvremeni zakonodavac relativizira sva ta povijesna iskustva. Zakonodavac ne pokušava normirati osjećaje ljudskih bića, čak ni posredno. Gotovo svakodnevno pojavljivanje nekih novih kategorija osobnih veza ljudskih bića započelo je s borbom za priznavanje učinaka izvanbračnim zajednicama. Danas je gotovo nemoguće nabrojiti koji sve oblici osobnih odnosa ulaze u pozitivno zakonodavstvo pojedinih država. Kao prag nedodirljivosti za sada ostaje monogamija, zaštita djece

1 Draškić, Marija, Vanbračna zajednica, str.239, Naučna knjiga, Beograd, 1988

2 Klocker, Natascha, Gibson, Chris, Borger, Erin, Living together but apart: material geographies of everyday sustainability in extended family households, Environment & Planning, 44, 2012,9, str. 2240-2259.

3 Giada Meda, Stefania, Crespi, Isabella, Transnational and Mixed Families. Key Issues and Emerging Trends, I.Crespi et al. (eds.), Making Multicultural Families in Europe, Palgrave Macmillian Studies in Family and Intimate life, https://doi.org/10.1007/978-3-319-59755-3_1, (posjećeno 10.3.2019.)

od pedofilije i bliski stupnjevi srodstva. Te bazične civilizacijske vrijednosti štite se normama kaznenog prava, a onako gotovo usput spominju i u normama koje uređuju obiteljske odnose.

Prihvatanjem pluraliteta svih mogućih partnerskih veza nestaje klasična definicija obitelji. U komparativnoj analizi vidljiva je sloboda u izboru modela i trajanju odnosa koji pred sudom završava samo ako je došlo do nasilja, kaznenog djela ili nije postignut sporazum oko imovine. Međutim definicija obitelji u zapadnoj civilizaciji još uvijek glasi: „ *fizički su-prisutna (co-present) heteroseksualna nukleusna obitelj*“.⁴

Od onoga što su bili obiteljsko pravni instituti ostaju samo građanskopravne posljedice koje završavaju na sudu ako stranke nisu na vrijeme razmišljale i svoje odnose osigurale klasičnim građanskopravnim institutima: darovanjem, uzajamnim punomoćima, upisom suvlasništva, uzajamnim oporukama ili čak novijim instrumentima poput životnih oporuka (living will). Zakonodavac mora usklađivati pravni sustav jer ako su učinci priznati u jednom segmentu pravnog sustava prijeko je potrebno i kapilarno priznavanje istovjetnih učinaka i u ostalim granama, primjerice socijalna prava, fiskalna politika, radno pravne povlastice ili pravo na korištenje obiteljskog doma.

Emocionalni odnosi nisu primjereni normiranju, zadovoljavajući stupanj osobne sreće i ispunjenja u partnerskim vezama ne nameće se sudskom presudom, a i u postupku razvoda braka više se ne ispituju subjektivni razlozi koji su doveli do nezadovoljstva i kraha emocionalne veze. Gledano s vremenskim odmakom brak gubi značaj institucije i postaje dogovorna bračna zajednica. Znakovito je da u teorijskoj raspravi autori koji su 2007. godine objavili rezultate istraživanja pod naslovom „Alone Together - How Marriage in America Is Changing“ polaze od zaključaka koje su još 1939. godine objavili Burgess i Cottrell: „ *...each couple is on its own in marriage*.“⁵ Do zamjetnog porasta broja osoba koje žive same dolazi između ostalog zbog sve duže životne dobi, napose žena koje nastavljaju živjeti kao udovice. Jedan od razloga je i loše iskustvo s prethodnim razvedenim brakom ili neuspješnom izvanbračnom zajednicom. Osim toga velik je porast jedno roditeljskih obitelji s tzv. izvanbračnom djecom. Tržište rada omogućuje ono što je povijesno bilo neostvarljivo: materijalnu neovisnost koja posljedično omogućava visok stupanj privatnosti, odnosno s drugog kuta gledanja, socijalne neprilagođenosti.

3. Kulturološki i posljedično u politici i zakonodavstvu zamjetan je sraz ideala „svete nukleusne obitelji“ i s druge strane osobne komocije, prava na izbor, privatnosti, neovisnosti i nedodirljivosti. Brak se evolutivno, polako transformira iz formalne društvene i pravne institucije u privatni sporazum, dogovor dviju osoba koji se

4 Gaida, Crespi, op.cit., str.3

5 Amato Paul R, Booth Alan, Jonson R. Ravid, Rogers F. Stacy, Alone Together: How Marriage in America Is Changing, Harvard University Press, 2007.

Burgess Ernest W, Cottrell Jr, Leonard S, Predicting Success or Failure in Marriage, New York, Prentice-Hall, 1939.

temelji na partnerstvu i uzajamnim osjećajima.⁶ Sasvim neočekivano multipliciranje modela suživota ljudskih bića koji iskonski teže emocionalnim vezama omogućeno je tehnološkim inovacijama koje omogućavaju kontinuiran tijek osjećaja u realnom vremenu u virtualnoj komunikaciji. Obitelj kao proširena zajednica daje potreban osjećaj pripadnosti i identiteta. U domaćinstvu se zadovoljavaju neposredne životne, svakodnevne potrebe ljudskih bića. Još uvijek se u većini slučajeva te potrebe zadovoljavaju u obitelji, iako raste broj osoba koje žive u samačkim domaćinstvima.

Budući da pravni sustav vrlo teško može normirati ono emocionalno rješenje se traže u provjerenim, tradicionalnim „vječnim“ građanskopravnim institutima. Osim toga u sudsku praksu osim kaznenih ili prekršajnih predmeta u slučajevima eskalacije nasilja ne dolaze emocionalni problemi. Zanimljivo je pratiti ne tako davnu povijest i teorijsku klasifikaciju brakorazvodnih uzroka koja se pokazala neodrživom. I tradicionalne teorije o pravnoj prirodi braka postaju neučinkovite budući se razvod braka, primjerice u Portugalu ili Norveškoj, ostvaruje pred istim državnim tijelom pred kojim je brak sklopljen u vrlo pojednostavljenoj proceduri uzimanja na zapisnik izjave volje partnera koji ne vide kvalitetu i smisao daljeg održavanja emocionalne veze. Razumno je da zakonodavac prethodno traži dokaz da su temeljem isto tako suglasnih izjava volje prethodno postignut dogovor glede djece i riješeni imovinski odnosi ili zakonska obveza uzdržavanja koja osim za zajedničku maloljetnu djecu, gotovo i nestaje u lancu uzastopnih obitelji. Nestanak značaja zakonske obveze uzdržavanja, odnosno smanjivanje opsega i dužine trajanja, posljedica je upravo ekonomske samostalnosti partnera. U lancu uzastopnih partnerskih veza i preslagivanju obiteljskih odnosa ta bi obveza zamjetno opterećivala partnere u novim odnosima, posredno na neki način ograničavala njihovu slobodu i kvalitetu života u budućnosti.

Na nekim novim moralnim standardima gradi se isprva kulturološki, pa zatim postepeno i novi normativni standard uvažavanja istospolnih veza. Ono što je ne tako davno bilo psihijatrijski poremećaj i kazneno djelo postaje uobičajeno, možda pomodno, ali i gotovo normalno. Javno političke kampanje idu pod sloganom: „*Mariage pour tous!*“

Industrijalizacijom nestaju velike više generacijske proširene obitelji. Tržište rada vabi migrante obećanjima o boljem životu, a posljedično neki od članova obitelji, najčešće oni stariji, ponekad i djeca, ostaju ostavljeni negdje daleko. Transnacionalne obitelji sve su zamjetnije i sve ih je više. Istraživanja potvrđuju da primjerice migranti iz Italije održavaju čvrste obiteljske veze preko materijalne potpore do uključivanja u novi svijet rada, plaćanjem troškova puta za dolaske i trajnom emocionalnom podrškom održavajući osjećaj pripadnosti obitelji.⁷ Kod raspršenih, transnacionalnih obitelji pratimo razdoblja prilagodbe, integracije u novoj sredini do asimilacije u idućim generacijama. U tim prijelaznim fazama uporište identiteta su upravo oni, negdje iza, ostavljeni članovi obitelji, njihova povijest, stari materinji jezik, kućni rituali i recepti za pripremanje hrane.

Država koja prati te sociološke trendove razumno se priprema na šok budućnosti

6 Amatao i dr. op.cit, str.238.

7 Giada Meda, Crespi, op.cit, str.8.

poreznom i socijalnom politikom jer je očekivano da će se uskoro pojavljivati potrebe za socijalizacijom ranijih obiteljskih funkcija, primjerice glede skrbi za stare i nemoćne osobe koje žive same negdje ostavljene, djecu bez roditeljske skrbi ili osobe s posebnim potrebama.

Promjene u strukturi obiteljskih veza dovode i do novih trendova glede potražnje za stambenim prostorom. Manja obitelj ili osoba koja živi sama u potrazi je za manjim stambenim jedinicama koje zbog povećane potražnje postaju skuplje. Zanimljivo je da se u teoriji upozorava posljedično na ekološke probleme zbog povećane potrošnje energije raspršenih domaćinstava.⁸

4. U ovom istraživanju pošlo se od hipoteze kako pojasniti, definirati i eventualno otkriti pretpostavke onoga što se naziva odvojen suživot. Raščlamba fenomena kao pretpostavka za možebitno priznavanje nekih učinaka u sudskoj praksi dovela je do povezivanja s već postojećim rješenjima iz pravnih sustava. Tako primjerice djeca nakon razvoda braka roditelja žive odvojeno od jednog od roditelja, ali pravno gledajući ta fizička odvojenost ne bi smjela značiti kidanje veze već upravo specifičan oblik odvojenog suživota s poželjnim susretima i druženjima. Suvremena tehnologija koja unazad dvadesetak godina kapilarno ulazi i u pore osobnih, emocionalnih odnosa ljudskih bića dovela je do toga da se emocionalna veza može kontinuirano, bez posrednika, u potpunoj privatnosti održavati s roditeljem s kojim se ne živi. Istraživanja pokazuju koliko zaposlen roditelj dnevno provodi sa svojom djecom s kojom živi u istom domu u izravnoj, kvalitetnoj, toploj, iskrenoj komunikaciji. Podatci su poražavajući. Možda čimbenik odvojenosti pojačava osjećaj emocionalne odgovornosti, možda se u toj vrsti odnosa ne kumuliraju negativni naboji svakog stresnog radnog dana koji opterećuju odnose u obitelji u neminovnom neposrednom kontaktu.

Istovrsna kvalifikacija emocionalnih odnosa zamjetna je i kod ostarjelih roditelja ostavljenih negdje sa strane u potrazi za bolje plaćenim poslom. I u tom segmentu osobnih, emocionalnih odnosa koji su konstitutivni faktor osjećaja ispunjenja i zadovoljstva ljudskih bića tehnologija danas omogućava izravnu, jeftinu, neposrednu vezu koja daje osjećaj sigurnosti, blizine i uklanja destruktivni osjećaj samoće.

Tako se faktično odvojen suživot pojavljuje i kod odraslih ljudskih bića koje se emocionalno osjećaju bliskima i kao zajednica se percipiraju i u krugu srodnika, prijatelja, poznanika. Ne tako davna znanstvena rasprava o priznavanju učinaka izvanbračnim zajednicama od velike je koristi jer sva ona uporišta na kojima su postepeno priznavani pravni učinci izvanbračnim zajednicama primjenjivi si i na one koji su izabrali odvojen suživot. Tako primjerice „...odvojen suživot ali uz održavanje osjećaja jedinstva jedan je od izazova s kojim se susreću transnacionalne obitelji.“⁹

Pravni poredak mora osluškiivati sociološke trendove budući da svaka značajnija promjena u stilovima života koja predstavlja odmak od tradicionalne obitelji otvara niz „usputnih“ problema, primjerice koji će to biti zamjenski čimbenici kohezije,

8 Klocker, Gibson, Borger, op. cit.

9 Giada Meda, Crespi, op.cit, str.4

solidarnosti i skrbi za nemoćne što je bila primarna zadaća obitelji. Tko će skrbiti o starim i nemoćnim osobama koje žive same po mogućnosti što duže u psihološki poželjnom, uobičajenom okruženju. Da li će potreba za sve brojnijim pružateljima usluga socijalne skrbi u domaćinstvima dovesti do neke nove spolne ravnopravnosti koja će uključivati i muškarce kao njegovatelje i čistačice?

Tek su zamjetni pomaci u potrebi osmišljavanja nove stambene politike i cijene socijalnih stanova za samce i jedno roditeljske obitelji na tržištu nekretnina. Pitanje koliko je socijalna država svjesna potreba u promjenama porezne politike kako bi dugoročno mogla zadovoljavati nabujali opseg općeprihvaćenih socijalnih prava koja nisu ništa drugo nego posljedica urušavanja tradicionalnog modela više generacijske potpune obitelji. Statistike potvrđuju da osobe žive sve duže i to u pravilu same. Prema projekcijama za očekivati je u ne tako dalekoj budućnosti, oko 2030. godine, 40% samačkih domaćinstva primjerice u Francuskoj, Austriji, Njemačkoj, Nizozemskoj, Norveškoj, Švicarskoj, Danskoj.¹⁰

Za pretpostaviti je da će mnoge, napose tranzicijske zemlje, pogođene migracijom radno sposobnog stanovništva vrlo teško održavati očekivane socijalne standarde u narednim desetljećima. Bilo bi razumno pripremati javnost na vrlo izvjesne fiskalne šokove zbog povećanih troškova zdravstvene skrbi, isplate mirovina, skrbi za nemoćne članove nepotpunih obitelji ili socijalna davanja kojima se omogućuje ostvarivanje temeljnih ljudskih prava osoba s posebnim potrebama. Ishitrena politika uvažavanja prava na slobodan izbor dugoročno pred socijalnu državu stavlja viševrsne probleme. Problem se usložnjava budući se nerealno, neovisno od materijalne baze društva, diže letvica „ljudskih“ prava glede zdravstva ili socijalnih prava.

5. Spomenuta je važnost imovine akumulirane generacijama u obitelji koja je bila polazna osnova za nastanak i preživljavanje novih obitelji. S gotovo jednostranim promicanjem nekih apstraktnih sloboda i nekakvog prava na izbor osobnog stila života dolazimo do objektivnih pokazatelja o većem riziku od siromaštva i posljedično nižoj kvaliteti života kod samohranih roditelja, samačkih domaćinstava, razvedenih osoba ili obitelji u kojima ima više djece. Migracije i mamac slobodne cirkulacije radne snage u EU radi bolje zarade potiču odvojen suživot, a imovina se nalazi raspršena u više država. U tom neplaniranom srazu vrijednosti, zakonskih modela, tradicije i sudske prakse k tome još i nadržavnih sudova Vijeća Europe i Europske unije nastaje kakofonija u kojoj i iskusan pravni stručnjak ne raspoznaje jasne i čiste zvukove koji su temelj svake pravne sigurnosti.

Unutarnje migracije radne snage u schengenskim granicama EU potaknute su ponajprije nadom u bolji život, većim приходima i boljom uređenosti pravnog sustava kao učinkovitog garanta ljudskih prava. Osjećaj pripadnosti i identiteta u raspršenim

¹⁰ Stevens, Barrie, Schieb, Pierre-Alain, The future of families to 2030: an overview of projections, policy challenges and policy options, <https://www.oecd.org/futures/49093502.pdf>, (posjećeno 10.4.2019.)

Richter, Rudolf, On Families, Facts and Thoughts, <http://familiesandsocietes.univie.ac.at>

http://familiesandsocietes.eu/?page_id=477, (posjećeno 12.5.2019.)

obiteljima danas se nevjerojatno uspješno održava na virtualnoj svakodnevnoj razini.¹¹ Primjerice mobilna telefonija i sveprisutne društvene mreže omogućavaju u realnom vremenu izravno virtualno sudjelovanje u kupovini ili primjerice u konzumaciji hrane.

Iz povijesnog iskustva poznat nam je termin *privremeni rad u inozemstvu* koji je u naravi trajao desetljećima. Osobni odnosi se privremeno ili trajno prekidaju, obiteljske i emocionalne veze održavaju se tehnološkim putem, ali se neminovno grade i novi oblici ljudskih, pa posljedično i partnerskih veza.

Vrlo izvjesno u većoj mjeri dolazi do pravne nesigurnosti i mogućih zloporaba budući se uz postojeće obiteljsko pravne odnose iz zemlje podrijetla grade nove izvanbračne zajednice ili se istovremeno vodi paralelan odvojen suživot. U slučaju sporova koji će se zasigurno pojaviti u praksi trebalo bi poći od iskustava priznavanja učinaka izvanbračnim zajednicama koje su imale pravne učinke ako su bile isključive, slobodne, odnosno ako nisu postojali drugi obiteljskopравни odnosi s istovjetnim pravnim posljedicama, poput braka.

Novija istraživanja samo potvrđuju da se ni zemlje članice EU nisu približile sličnim pravnim standardima glede uvažavanja modela obiteljskih veza, vlasničkih odnosa, pravila o nasljeđivanju imovine, poreznih ili socijalnih prava za zajednice emocionalno povezanih osoba. Naravno, pametan će znati iskoristiti sigurnost klasičnih građanskopravnih instituta i unaprijed otkloniti potrebu parničenja i vođenja sudskih postupaka.¹²

Zahvaljujući tehnologiji danas je moguće izravno komunicirati i održavati emocionalne odnose na daljinu. Pokretljivost ljudi, učestala promjena mjesta rada, dovode do fizičke razdvojenosti emocionalno bliskih osoba. Ako primjerice zakonodavac, poput onog u Republici Hrvatskoj, postavi pretpostavku da izvanbračni partneri moraju živjeti zajedno najmanje tri godine da bi se toj zajednici priznala prava iz Obiteljskog zakona, a partner je primjerice zbog posla, dvije od te tri godine proveo na drugom kontinentu, s vrlo rijetkim viđanjima, otvara se pitanje kvalifikacije te izvanbračne zajednice¹³ Što će biti u slučaju da je poginuo u saobraćajnoj nesreći, a u tih nekoliko godina stekao ogromnu imovinu. Okolina i srodnici možda su dok je trajala i „prihvaćali“ takvu izvanbračnu zajednicu kao emocionalnu vezu, a pitanje je da li će te emocije opstati i kad treba primijeniti odredbe Zakona o nasljeđivanju? U tom slučaju odvojen suživot bio je uvjetovan „višom silom“ i pitanje je da li će se u sudskoj praksi toj zajednici, po osnovi izvanbračne zajednice, priznati neka prava.

11 Giada Meda, Crespi, op.cit, str.5.

12 Rezultati prve faze projekta Justice Programa (2014-2020) Europske unije PSEFS - Personalized Solution in European Family and Succession Law n. 800821-JUST-AG-2017/JUST-JCOO- AG-2017, dostupni su na:

ATLAS: <https://www.euro-family.eu/atlas>

E-BOOK: https://www.euro-family.eu/news-89-psefs_e_book_with_national_reports_from_28_member_states

Report: https://www.euro-family.eu/news-92-psefs_report_on_methodology_and_taxonomy

13 Obiteljski zakon, čl.11, Narodne novine službeni list RH, 103/2015.

Zaključno

U tom pluralitetu ljudskih veza zasigurno u praksi već postoje zajednice osoba istog ili različitog spola emocionalno bliskih osoba koje ne žive zajedno. Sociološka istraživanja potvrdila su da sve češće bračni drugovi žive u nekom obliku odvojenog suživota zbog subjektivnih ili objektivnih razloga. Bez obzira na kvalitetu odnosa brak barem za sada, dok formalno postoji, proizvodi pravne učinke i ima apsolutan primat nad drugim emocionalnim vezama. Pitanje je kako riješiti slučaj u kojem je odvojen suživot bračnih partnera doveo do faktičnog prestanka bračne zajednice i zasnivanja suživota u nekom paralelnom partnerskom odnosu koji je trajao niz godina.

Vrlo vjerojatno će u slučaju da nisu unaprijed građanskopravnim institutima riješeni odnosi doći do sporova napose glede nasljeđivanja imovine u slučaju iznenadnog prestanka zajednice, primjerice smrću jednog partnera. Do odgovora teorije i zakonodavaca, čini se, prijepori će se rješavati kao nekad kod izvanbračnih zajednica, predmnijevanim ortaštvom ili temeljem instituta stjecanja bez osnove. U slučaju postojanja braka, čini se za sada, otpada mogućnost priznavanja učinaka iz nekog drugog paralelnog partnerstva.

Ostaje dvojba kako procijeniti je li uz izvanbračnu zajednicu paralelno postojao i odvojen (paralelni) suživot s nekom drugom osobom koji bi se također mogao kvalificirati kao paralelna, naknadno nastala izvanbračna zajednica.

Smatramo da postoji osnova, polazeći od kvalitete novih oblika emocionalnih partnerskih odnosa, za zaključak da su ispunjene pretpostavke za postojanje izvanbračne zajednice i u slučajevima kad se radilo o odvojenom suživotu.

Mišljenja smo da će tehnologija radikalno zadirati u osobne, intimne odnose i osjećaje ljudskih bića stoga je za pretpostaviti da fizička prisutnost partnera neće biti zakonska pretpostavka za priznavanje učinaka iz zajednice života i da će se sve češće događati odvojen suživot. U slučaju prijepora nadležna će tijela procjenjivati od slučaja do slučaja o kakvoj se kvaliteti i intenzitetu odnosa radilo. Građane bi trebalo podučiti da je korisno ostvariti svoje želje glede imovinskih odnosa nekim od provjerenih građanskopravnih instituta budući da emocije ionako nisu pogodne za normiranje zakonom.

Nezahvalna je uloga prava, treba znati pronaći kompromis i postaviti granice preko okvira slobode određenog iskustvom koji će biti usklađen s promjenama koje nosi stvarni život. Dužnost je države promicati pro obiteljsku politiku budući da je obitelj korektiv emocija i važan čimbenik stabilnosti društva. Oni koji se bave obiteljskim pravom prate do kojih granica ide testiranje pravnog sustava radi ostvarenja autonomije fizičkih osoba. Obitelj je bila nukleus društvene kohezije u kojoj je nastajao i u kojoj se budno čuvao i njegovao ljudski život. Za sada nije izvjesno tko preuzima te važne kohezivne silnice. U životu svake autonomne fizičke osobe kao ljudskog bića neminovno dolazi do potrebe da se nekom trećem omogući makar i privremeno ostvarivanje njezinih ljudskih (socijalnih) prava umjesto članova obitelji kojih je sve manje, koji su negdje raspršeni i opterećeni sami sobom.

Izvrstan primjer je cijena kojom se ostvaruje dostojanstvo ljudskih bića s posebnim potrebama.

Država se preko pravnog poretka pojavljuje u ulozi nekog novog suverena koji skrbi o podanicima preko nečeg sličnog poput *parens patriae*. Ali, zaključno netko mora platiti to pravo na izbor autonomnog stila odvojenog suživota. Držimo da su razumne politike koje promiču važnost obitelji, pripremajući se na šok budućnosti društva samaca koji će tražiti svoja ljudska i socijalna prava, dosljednom fiskalnom i socijalnom politikom.

LIVING TOGETHER APART

(summary)

The paper discusses the hypothetical legal contents of a new social reality underlying the model of living together apart. The subject of the research is an attempt to recognize and qualify those relationships that have the basic emotional charge needed for coexistence in the communion that the human being strives for.

It seems that the separate coexistence (in croatian: odvojen suživot) is the first translation of the English original 'living together apart'. The results of the research published in 2007 have demonstrated changes in the quality of marital partners relationship: *Alone Together - How Marriage in America is Changing* (Amato et al., 2007).

The purpose of the article is to prove the hypothesis of accelerated individualization trends affecting the emergence of new partnerships and thus in time result in new family law relations. Technology today enables direct communication of human beings in the case of a living together apart. Research confirms hypotheses about the very different causes and different emotional relationships of human beings, resulting in the unpredictability of legal and social consequences, especially for unprepared policy makers. This paper serves as a base for further scientific discussion, as it is to be expected that court practice will also present a problem of qualification of old or new partnerships in which there was evident living together apart.

Key words: family, marriage, cohabitation, living together apart.

Dr. sc. Mirjana Nadaždin Defterdarević, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“, Mostar

SPREČAVANJE I BORBA PROTIV NASILJA NAD ŽENAMA I NASILJA U PORODICI – ODNOS NORMATIVNOSTI I DRUŠTVENE STVARNOSTI

Rad je posvećen pitanju odnosa međunarodnog standarda zaštite ljudskih prava i normi nacionalnog prava koje isti preuzimaju i primjenjuju na konkretnu društvenu stvarnost, razmatrajući ga na primjeru Konvencije Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Elaborirajući nužnost razlikovanja između cilja i društvene funkcije konvencijskih normi, ista se obrazlaže kao neminovnost koja uvijek prati postupak realizacije konvencijskog koncepta. Osvrtom na društvene funkcije konvencijskih normi rad pruža uvid u njihov uticaj i na konkretnu društvenu stvarnost i na norme nacionalnog prava, čime ono preuzima Konvencijom utvrđeni standard zaštite.

Teorijskopравни pristup temelji se na primjeni generalizacije, dogmatskog, teleološkog, aksiološkog i sociološkog metoda.

Ključne riječi: Norme međunarodnog i unutrašnjeg prava, ontološki i aksiološki aspekt međunarodnih normi o ljudskim pravima, Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, društveni efekti konvencijskih normi u domaćem pravnom poretku.

1. Uvod

Pitanje odnosa između međunarodnog i unutrašnjeg, nacionalnog, prava jedna je od onih složenih tema za koje interes trajno pokazuju i pravna teorija i pravna praksa. Tema postaje dodatno intrigantna ako je posmatramo kroz relaciju međunarodne norme o ljudskim pravima (međunarodnog standarda) i pojedinih grana nacionalnog prava na koje se sadržaj tih normi reflektuje.

Odnos između međunarodnog i unutrašnjeg prava dodatno usložnjava činjenica da sve grane u nacionalnom pravu nisu jednako otvorene uticaju izvana. Za razliku od jednih, koje su sklone preuzimanju međunarodnih standarda, kakav je slučaj sa ljudskim pravima u nacionalnom pravnom poretku, druge su duboko ukorijenjene u tradiciju, kulturu, nekada i dominantnu religiju zajednice, i nepovjerljive su i isključive prema rješenjima koja im se izvana nude.

Porodično pravo, obzirom na oblast koju uređuje, na društveni značaj privatnog života, braka i porodice, tradicionalna je grana unutrašnjeg prava koja je normirana uglavnom peremptornim normama heteronomnog prava. Duboka ukorijenjenost

porodičnog prava u društvenu stvarnost iz koje je poniklo opravdava velike, nekada i znatne, razlike u poimanju dopuštenog i nedopuštenog u ovoj oblasti u različitim unutrašnjim pravnim sistemima.

Uspostavljanje univerzalnog standarda zaštite ljudskih prava, utvrđenog normama međunarodnog prava ljudskih prava, a čiji sadržaj se referira na oblast porodičnog prava, i koji će emanirati univerzalne i temeljne principe ljudskih prava – jednakost i nediskriminaciju, zbog rečenih razlika odvija se sporo i uz savladavanje različitih i brojnih prepreka.

Različitoost konkretnih društvenih prilika u kojim nastaju i djeluju nacionalni pravni sistemi suočava nas sa spoznajom da su stvarni dometi univerzalnih rješenja, čak kada su ista utvrđena, u svojoj primjeni neujednačeni i da se njihova efikasnost kreće u širokom rasponu od njihove uspješne primjene do tek deklaratornog pristajanja praktično lišenog poštovanja.

Činjenica je da prava žena i pitanje njihove ravnopravnosti sa muškarcima, dostojanstvo i integritet njihove ličnosti, borba protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici utiču ne samo na sferu braka i porodičnih odnosa već se snažno reflektuju i u drugim aspektima života i da je utemeljen i opravdan zahtjev da se o tome odrede ne samo pojedinci, kojih se to neposredno tiče, već i država i društvo. Značaj ovog pitanja aktuelizirao ga je ne samo u okviru unutrašnjeg već i u okviru međunarodnog prava smještajući ga, potencirajući na taj način dodatno njegov značaj, u kontekst zaštite ljudskih prava.

Kako je sprečavanje i borba protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici istovremeno sadržaj kome su posvećeni i međunarodno pravo ljudskih prava i nacionalna porodična prava, to će odnos između normi međunarodnog i unutrašnjeg prava vezan uz ovo pitanje biti predmet analize koja slijedi, a u kontekstu rješenja Konvencije Vijeća Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici.¹

2. Odnos normativnosti i društvene stvarnosti

Društveni odnos koji je predmet pravnog normiranja u svom vlastitom sadržaju nema nikakvih posebnih svojstava koja bi ga činila predodređenim za pravno regulisanje. Ta svojstva dolaze izvana i to iz pravne norme i volje njenog autora - ljudsko ponašanje predmet je pravnog interesovanja tek ukoliko je predviđeno pravnom normom. Tradicionalni normativizam ne prikazuje i ne objašnjava sadržaj specifičnih društvenih odnosa koji uslovljavaju normativnost i time nužno ulaze u domen pravnosti.

Relacijske koncepcije napuštaju ovo polazište, i za razliku od normativističkih kriterij pravnosti traže, i nalaze, u društvenim odnosima koji su normom uređeni

¹ Konvencija je usvojena 11. maja 2011. u Istanbulu, Istanbulska konvencija. Na snagu je stupila 1. avgusta 2014. Do sad Istanbulsku konvenciju je ratifikovalo 28 država. Konvenciju je ratifikovala i EU. Tekst Konvencije dostupan na: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayD-CTMContent?documentId=090000168046031c>

i na koje se norma primjenjuje. Pravna norma je određena i svojom ontološkom i sociološkom uslovljenošću i svojim normativnim sadržajem. Tako pravna norma postaje zahtjev koji sa jedne strane odražava objektivne okolnosti, a istovremeno i zahtjev koji odražava interesno opredjeljenje i odluku normotvorca.

Stvaranje pravnih normi od njihovog autora zahtijeva određeni stepen racionalne svijesti i znanja o društvenoj situaciji. To se odnosi na poznavanje društvenih odnosa koji se karakterišu kao pravni, znanje o pravnim vrijednostima i ciljevima koje se pravnim normama žele ostvariti, znanje o društvenoj moći subjekta čije se ponašanje prisilno usmjerava, kao i znanje o podesnosti instrumenata kojima će se realizacija sadržaja pravnih normi ishoditi.

Normativni sadržaji nisu naprosto izraz volje suverena ili nekog drugog pravnog subjekta, već volje koja je svjesna da je prirodno i društveno uslovljena u svom razvoju i ostvarivanju.

Uslovljenost normativnog sadržaja u ovom smislu različita je kada su u pitanju norme međunarodnog prava i norme unutrašnjeg, nacionalnog prava.

Međunarodna pravna norma o ljudskim pravima podrazumijeva valorizaciju jednog društvenog odnosa i njegovo pravno normiranje. Po tome ona nije različita od bilo koje norme unutrašnjeg prava, uključujući i one iz oblasti porodičnog prava. Međutim, svaka norma nacionalnog prava, pa i porodičnog, nastaje iz konkretne društvene stvarnosti koja inicira njen nastanak i koja će se i sama, nakon njenog donošenja, njoj povinjavati. Ovaj relacijski aspekt, ontološka uslovljenost norme, njeno vezivanje uz društvenu stvarnost u međunarodnom pravu nije nužno uočljiv i nema odlučujući karakter za nastanak pravne norme.

Umjesto datosti međunarodni standard ljudskih prava determinisan je svojom zadatošću – inicijalno je određen svojim aksiološkim sadržajem – vrijednošću koja je njegov cilj.

Standard ljudskih prava nije refleksija bivanja i datosti - on je više od toga, on je oblik „egzistencijalnog trebanja“.² Relacijski sadržaj standarda nije „moći i biti“ već „treba i biti“. Čovjek ne postoji i ne djeluje mimo vrijednosti, a ljudska prava su vrijednost.

Aksiološki aspekt normi međunarodnog prava, u prvom redu onih koje se odnose na ljudska prava, za razliku od normi unutrašnjeg prava, nije opterećen nekom vladajućom dominantnom ideologijom koja je refleksija potreba i interesa društvene grupe sa ulogom normotvorca. U odnosu na nacionalne norme ovo je bitna razlika. Vrijednost, univerzalnost i ideološka neutralnost međunarodnog standarda ljudskih prava osigurava im izniman moralni kredibilitet koji daje snažnu legitimaciju njihovom sadržaju. Nacionalne pravne norme svojim vrijednostima odražavaju koncept valorizacije koji je svojstven dominantnoj društvenoj grupi koja u tim vrijednostima prije svega prepoznaje svoje sopstvene interese, pa im naknadno osigurava širi društveni legitimitet prikazujući ih i kao društveno poželjne, pa samim tim i opravdane.

Međunarodni standard ljudskih prava iako je aksiološki pouzdano koncipiran kao poželjno ponašanje ne mora da na jednak način korespondira sa društvenom

2 Nikola Visković, *Pojam prava*, Logos, Split 1981., 70.

stvarnošću svakog partikularnog društva u kome kao takav želi da bude primijenjen i poštovan. Unutrašnja pravna norma je determinisana relacijskom uslovljenošću njenog sadržaja - konkretnom društvenom stvarnošću. Standard ljudskih prava nadilazi konkretnu društvenu stvarnost, nadilazi relacijski aspekt pravnosti - on je usmjeren društvenoj vrijednosti. On i ne može poniknuti iz neujednačene i međusobno vrlo različite datosti jer percepcija onoga što jeste i onoga što treba da bude je, sasvim razumljivo, različita.

Neutemeljeno je tvrditi da nacionalni pravni sistemi normama svog pozitivnog prava tolerišu ili ohrabruju nasilje nad ženama u porodici, ali je istovremeno opravdano konstatovati da problem postojanja nasilja nad ženama i nasilja u porodici ne tretiraju na jednak način. U šarolikosti normativnih rješenja koja se bave ovim fenomenom važno je konstatovati da u svakoj državi postoje glasovi koji preporučuju da se interesovanje za nasilje u porodici poveća, da se takve postojeće prakse sankcionišu, a da se promocijom njihove društvene štetnosti prevenira njihova perpetuacija. Osjetljivost na nasilje nad ženama i porodično nasilje otvara široko polje djelovanja, a njegovi pravci su mnogostruki i uslovljeni su objektivnim okolnostima sredine u kojoj se poduzimaju. Mada neujednačena, nekada i bitno različita, upravo ta osjetljivost na fenomen nasilja nad ženama i nasilja u porodici klica je koncepta koji se kao jedinstven može utvrditi samo međunarodnim standardom.

Da bi se izbjegao i umanjio otpor prema novim i drugačijim rješenjima od onih već postojećih u nacionalnom pravnom poretku, važna je svijest da tako utvrđena rješenja međunarodnog standarda, međunarodnih normi o ljudskim pravima kojim se na jedinstven način uređuje jedno pitanje, u ovom slučaju to je sprečavanje i borba protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, predstavljaju optimalan i poželjan način za ostvarivanje garantovanih prava i zaštitu njihovih titulara kojima se, uz to, dodatno unapređuju i štite i ljudska prava. Opravdanost njegovog sadržaja proizlazi iz spoznaje da legitimitet standarda, iako nije podržan relacijskim konceptom, svojom ontološkom utemeljenošću, snažnu podršku ima u činjenici da je kao takav univerzalan i da vrijedi za sve ljude – žene i muškarce, bez obzira na razlike među nacionalnim pravnim sistemima pod čijim pozitivnim normama oni žive.

Valorizacijom međunarodnog standarda kao poželjnog, vrijednosti sa univerzalnom dimenzijom, čini opravdanim zahtjev za njegovim prihvatanjem i njegovom primjenom u nacionalnom pravu.

Međunarodni standard kao vrijednost, kao trebanje, je smjernica i putokaz kojim se konkretna normativna djelatnost u nacionalnom zakonodavstvu treba rukovoditi, argumentujući tako odricanje nacionalnog prava od dijela svog suvereniteta kao opravdan i poželjan ustupak u interesu svih.

3. Ontološka uslovljenost efikasnosti normativnog sadržaja

Pravne norme preuzimaju i valorizuju pravne ciljeve. Prema tome u kojoj mjeri norma uspijeva da ostvari svoj cilj ona se valorizuje kao neuspjela ili uspjela tehnika realizacije svog sadržaja. Uz to, pravne norme su sredstvo kojim se u društvenim odnosima, manje ili više, kroz utvrđene ciljeve ostvaruju interesi i vrijednosti

normotvorca, pa nas ova „instrumentalnost normativnosti“³ suočava sa potrebom razlikovanja cilja i funkcije kojoj ona služi, njenoj namjeravanoj i realizovanoj ulozi.

Namjeravana uloga norme, cilj njenog donošenja, predodžba je o očekivanom efektu norme u društvenim odnosima koji se pred subjekte norme postavlja kao zadatak za njihovo djelovanje. Cilj je najbolje moguće rješenje koje iz postupanja može da nastane, ali koje u realnom društvenom ambijentu u kome se ostvaruje ne mora imati i mogućnosti za svoju potpunu realizaciju.

Praktično ostvarivanje cilja, uslovljeno realnim društvenim ambijentom, izražava se kao efektivna uloga norme, kao njena funkcija - stvarni učinak norme kako na društvo generalno, tako i na njegove pojedine elemente.⁴

Odnos između cilja i funkcije pravne norme tako se preklapa tek u onim situacijama kada društveni ambijent može u cjelosti da odgovori postavljenom normativnom traženju. Puno češće realni ambijent nije podesan za potpunu realizaciju cilja, ali to se nadomješta tijesnom vezom koja postoji između ciljeva i funkcija normi. Funkcija je redovno sadržana u samom cilju, tako da stvarni učinak norme predstavlja, bar u izvjesnoj meri, i ostvarivanje cilja.

Ukoliko realizacija cilja pravne norme nije nužno praćena izvjesnošću, opravdano je posvetiti se onom aspektu norme koji taj kvalitet posjeduje, a to je stvarni učinak koji norma proizvodi.

Obzirom na činjenicu da u ovom kontekstu analiziramo norme Konvencije Vijeća Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, dva faktora su osobito važna – ovdje je riječ o normama koje emaniraju vrijednost ljudskih prava i riječ je o društvenim odnosima koji su snažno obilježeni realnim ambijentom u kome se ostvaruju.

Kako su ljudska prava tijesno povezana sa univerzalnim vrijednostima uvijek je opravdano postaviti pitanje koliko će se univerzalni standard stopiti sa vrijednostima konkretne društvene zajednice u kome se kao takav treba primijeniti i da li je konkretna društvena zajednica sposobna da taj standard podrži u pravnom smislu.

Pravnom sadržaju su, da bi se ostvario, zaista potrebne čvrste osnove u konkretnoj društvenoj stvarnosti. Norme koje su toga lišene, koje su nametnute samo autoritetom više volje, uvijek se doživljavaju kao besadržajna i bespotrebna kulisa.

Da bi se ova zamka pristajanja uz standard ljudskih prava bez njegovog stvarnog prihvatanja u unutrašnjem pravu izbjegla, i da bi se standard ljudskih prava iz međunarodne norme u nacionalnom pravu ostvario potrebno je zadovoljiti tri metodološka uslova.

Prvi od njih se utvrđuje na polju normativne analize. Nije rijetkost da se visoke strane ugovornice radi sticanja unutrašnjeg i međunarodnog legitimiteta povinuju spoljnim pritiscima i očekivanjima kojim se ne mogu oduprijeti i da deklaratorno i formalno podrže standarde ljudskih prava. U takvim slučajevima razvija se neka vrsta dvoslojne političke kulture – zakonodavni akti održavaju standarde ljudskih prava, ali je njihov uticaj na stvarni život zanemariv.

3 Visković, *ibid*, str. 258.

4 Stevan Vračar, *Socijalna sadržina funkcije državnopravnog poretka*, Savez udruženja pravnikâ Jugoslavije, Beograd 1965., str. 96.

Drugi metodološki zahtjev se odnosi se na utvrđivanje mjere saglasnosti između normativnog sloja i vrijednosnih pojmova koji nisu formalizovani. Dok se efikasnost pravnog pravila u unutrašnjem sistemu koje odražava ili preuzima standard ljudskih prava jednostavno može utvrditi kroz prizmu sekundarnih pravnih pravila istog pravnog sistema, puno je teže utvrditi da li jedno društvo prihvata vrijednosti koje standard odražava. Vrijednosti izmiču formalizaciji, i mada su promjenjive, mogu biti izrazito inertne u odnosu na eksterne uticaje.

Treći metodološki zahtjev usmjeren je na istraživanje društvene prakse. Realizacija ovog zahtjeva je sama suština realizacije međunarodne norme u unutrašnjem pravnom poretku – standard ljudskih prava postaje društvena stvarnost.

Mada ljudska prava svoju legitimaciju osiguravaju kvalitetom univerzalnosti, njihova realizacija je uvijek upućena na određeni konkretni, pravno-ideološki koncept, pa se moraju shvatiti u kontekstu dinamičnog razvojnog procesa stvaranja međunarodnih normi istovremeno imajući u vidu značaj nacionalnih i regionalnih posebnosti, i njihove različite historijske, kulturne i vjerske pozadine. Ovo uvažavanje specifičnosti društvenog ambijenta u primjeni međunarodne norme neće neminovno kompromitovati standard ljudskih prava koji je njom utvrđen. Ono će samo usloviti da se cilj norme podesno ostvari kroz njene društvene funkcije.

4. Konvencije Vijeća Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici – normativni okvir i svrha Konvencije

Nasilje nad ženama, uključujući tu i porodično nasilje kao oblik njegovog ispoljavanja, široko je raširena pojava i jedan je od najtežih oblika rodno utemeljenog kršenja ljudskih prava. Obim i intenzitet tog nasilja i pogubni efekti koje ono ima na ostvarivanje ljudskih prava motivisali su Vijeće Evrope da se upusti u borbu protiv takvog nasilja i njegovo sprečavanje.

Dva razloga snažno motivišu potrebu za jedinstvenim evropskim pristupom u sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici.

Prvi razlog je činjenica da su žene često žrtve fizičkog, seksualnog i psihičkog nasilja kome su izložene, kako u javnom tako i u privatnom životu, a da se za takva ponašanja opravdanje traži i nalazi u nejednakom tretmanu muškaraca i žena što se manifestuje kao duboko ukorijenjena institucionalizacija polnih razlika koja prožima čitavo društvo.

Drugi razlog je svijest da se društvena praksa razlikovanja muškaraca i žena manifestuje kao diskriminacija „de facto“ i da su dokumenti o ljudskim pravima neosjetljivi na pitanje rodne ravnopravnosti što navodi na zaključak da, obzirom na okolnosti, normativni okvir u ovom domenu ne može biti rodno neutralan, već da je njegova zadaća da uvođenjem rodne analize u ovu oblast dodatno senzibilizira na razlike između muškaraca i žena i osigura specifične načine kojim će se spriječiti kršenje ljudskih prava žena.

Odlučnosti Vijeća Evrope da se upusti u borbu i sprečavanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici doprinijelo je, prije svega, bogato i vrlo uspješno iskustvo primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenih

protokola, kao i rezultati primjene Evropske socijalne povelje⁵, Konvencije Vijeća Evrope o suzbijanju trgovine ljudima⁶ i Konvencije Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja⁷, i oslonac koje su mu pružale relevantne preporuke Odbora ministara državama članicama Vijeća Evrope.⁸

Svrha Konvencije⁹ je da zaštiti žene od svih oblika nasilja, da ukloni nasilje nad ženama i u porodici, da pridonese suzbijanju svih oblika diskriminacije žena i promovise osnaživanje žena i njihovu punu ravnopravnost sa muškarcima. Ovo podrazumijeva izradu sveobuhvatnog okvira, politika i mjera kojima će se osigurati pomoć svim žrtvama nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Uz ovo, svrha Konvencije je i promovisanje međunarodne saradnje u tom smislu, kao i pružanje pomoći organizacijama i tijelima nadležnim za provođenje zakona efikasnom saradnjom u cilju usvajanja sveobuhvatnog pristupa suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici.

Sadržaj Konvencije je strukturiran u XII poglavlja koja se uz Svrhu, definicije, ravnopravnost i nediskriminaciju i opšte obaveze (poglavlje I), odnose na Integrisane politike i prikupljanje podataka (II), Prevenciju (III), Zaštitu i podršku (IV), Materijalno pravo (V), Istrage, sudske postupke, procesno pravo i zaštitne mjere (VI), Migraciju i azil (VII), Međunarodnu saradnja (VIII), Mehanizam za praćenje i nadzor (IX), Odnos prema drugim međunarodnim instrumentima (X), Izmjene i dopune konvencije (XI) i Završne odredbe (XII).

Konvencija Vijeća Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici visokim stranama ugovornicama koje joj pristupe ne nameće obavezu da Konvenciju preuzmu u domaći pravni poredak, niti da na drugi način garantuju njenu primjenjivost i nadređenost domaćim zakonima.

Država je u tom smislu slobodna da izabere između dualističkog sistema, po kome međunarodna pravna norma da bi proizvodila efekte mora na podesan način da bude unesena u unutrašnje zakonodavstvo, i monističkog sistema, koji u tom smislu ne postavlja zahtjeve određujući da su norme međunarodnog prava neposredno važeće i uz to hijerarhijski nadređene unutrašnjem pravu.¹⁰ U praksi, međutim, ova čista rješenja se ne primjenjuju. Zapravo, sam način implementacije je irelevantan; bitno je da su pojedinci koji su titulari konvencijskih prava u mogućnosti da se na ta prava pozovu i da ih ostvaruju. Sve pravne tehnike koje se u tom smislu koriste služe samo tome da bi osigurale realizaciju cilja Konvencije – da se pojedincima osigura uživanje ljudskih prava koja su njom garantovana.¹¹

Suočeni sa obavezom da osiguraju realizaciju cilja Konvencije, a istovremeno

5 ETS. BR. 35, 1961., revidirana 1996., ETS. BR. 163.

6 CETS BR. 197, 2005.

7 CETS BR. 201, 2007.

8 Preporuka REC (2002)5 o zaštiti žena od nasilja, Preporuka CM/REC (2007)17 o standardima i mehanizmima ravnopravnosti spolova, Preporuka CM/REC (2010)10 o ulozi žena i muškaraca u sprečavanju i rješavanju sukoba i izgradnji mira.

9 Čl. 1.

10 Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007., str. 76.

11 Kristijan Tomušat, *Ljudska prava između idealizma i realizma*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2006., str. 148.

svjesni razlika između pravnih sistema država ugovornica koje onemogućavaju da to realizuje na jednoobrazan način, autori Konvencije mogućnost realizacije vide u društvenim funkcijama njenih normi koje cilj Konvencije realizuju u skladu sa mogućnostima – dimenzionirajući ih prema mogućnostima konkretnog društvenog i pravnog ambijenta.

5. Društvena funkcija kao ostvarivanje aksiološkog aspekta konvencijskih normi

Analizom normi Konvencije Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici „razmatranjem društvenih učinaka pravne normativnosti mi odlučno ulazimo u oblast povezivanja zbiljskih društvenih odnosa i aksiološko-teleološke svijesti i normativnosti po kojem se predmet pravnog iskustva pokazuje kao specifičan društveni proces“.¹²

Interesi, vrijednosti i ciljevi sadržani u normama Konvencije namijenjeni su konkretnoj društvenoj stvarnosti koja se, primjenjujući ih, sama mijenja. Cilj norme biće ostvaren samo u kontekstu društvene realnosti, kontekstualizacijom evropskog koncepta, kroz svoju društvenu funkciju koja mu osigurava realizaciju.

Društvena funkcija normi Konvencije nije usmjerena niti na pluralitet interesa, niti na interesne sukobe u društvu, već je sredstvo promocije i zaštite opšteg dobra shvaćenog u širem evropskom kontekstu, kojim se posredno ili neposredno ostvaruju potrebe i interesi svih, čime su, uostalom, principi jednakosti i ravnopravnosti u ostvarivanju ljudskih prava i sloboda i osigurali svoj najširi legitimitet.

Ovakav utilitaristički pristup, koji je nesporan sa aspekta legitimacije normi o ljudskim pravima na evropskom nivou, u kontekstu svoje konačne realizacije, koja se ostvaruje u okviru nacionalnog pravnog poretka, suočava se, međutim, sa društvenim odnosima koji su determinisani konfliktom interesa pojedinaca i društvenih grupa i gdje zadatak norme više nije samo da promoviše i štiti opšte dobro već i da razriješi konflikt osiguravajući konkretni interes.

Političko-pravne ideologije koje se odražavaju u pravnim odnosima u okviru unutrašnjeg pravnog poretka uvijek su ideologije društvenih grupa koje posjeduju ekonomsku i političku moć. Funkcija pravnih normi i rezultat njihovog djelovanja je, prema tome, zaštita tih interesa. Vrijednosno ideološki koncept na kome počiva normativna kvalifikacija i uređivanje društvenih odnosa u pravu uvijek pripada dominantnoj društvenoj grupi. Dok je pojam dominantne društvene grupe u okviru nacionalnog pravnog sistema relativno lako odrediv, u kontekstu konvencijskog sadržaja to je znatno teži zadatak. Istina, iza svake norme postoje interesi njenih donosilaca sa namjerom da normom, koliko god je to moguće, osiguraju dominaciju svog interesa i petrificiraju i prolongiraju za njih pogodno stanje u društvenoj stvarnosti.

Kada su evropski dokumenti za zaštitu ljudskih prava u pitanju, uključujući i Konvenciju o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, taj interesni motiv dominantne društvene grupe koja donosi pravne norme ovdje referira na Konvenciju kao ugovor visokih strana ugovornica, sklopljen

¹² Visković, *ibid.*, str. 261.

sa namjerom da vrijednost ljudskih prava promoviše kao jedinstven kvalitet u integrisanom evropskom javnom prostoru. Na ovaj način, u kontekstu ostvarivanja konvencijskog standarda, nacionalni politički voluntarizam zamijenjen je evropskim depersonaliziranim i depolitiziranim pravnim mehanizmom.

Konvencija je nastala sa ciljem da zaštiti žene od svih oblika nasilja, te spriječi, progoni i ukloni nasilje nad ženama i nasilje u porodici, da pridonese suzbijanju svih oblika diskriminacije žena i promoviše punu ravnopravnost žena i muškaraca, uključujući i osnaživanje žena. Svrha Konvencije je da izradi sveobuhvatni okvir, politike i mjere koji će osigurati postavljeni cilj, promovišući pri tome međunarodnu saradnju i pružajući pomoć i podršku svim subjektima čijim se radom i saradnjom taj cilj može ostvariti.

Vrijednosni koncept Konvencije, efektima koje proizvodi nakon ratifikacije u pravnom sistemu država ugovornica, ostvaruje integrativnu funkciju.

Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici refleksija je dominantnog ideološkog koncepta pravde kojim je legitimisan čitav normativni korpus kojim je Vijeće Evrope regulisalo oblast ljudskih prava.

Potreba da se uspostavi ravnoteža i ravnopravnost među polovima i osujeti svaki vid diskriminacije koji po tom osnovu može da se manifestuje izraz je ne samo principa pravednosti već je i njegova pretpostavka.

Mada kao svoj primarni cilj Konvencija određuje zaštitu žena od svih oblika nasilja i uklanjanje svih oblika nasilja i nasilja u porodici, njen je sadržaj jednako namijenjen i suzbijanju svih oblika diskriminacije žena i promovisanju pune ravnopravnosti polova.

Nasilje nad ženama Konvencija određuje kao kršenje ljudskih prava i oblik diskriminacije žena i tim pojmom označava sva djela rodno utemeljenog nasilja koja imaju za posljedicu (ili će vjerovatno imati za posljedicu) tjelesnu, seksualnu, psihičku ili ekonomsku štetu ili patnju žena, uključujući prijetnje takvim djelima, prisilu ili namjerno oduzimanje slobode, bilo da se pojavljuju u javnom ili privatnom životu.¹³

Definišući nasilje nad ženama na ovaj način Konvencija predviđa i odgovornost države za počinjeno nasilje. Istovremeno, Konvencija na međunarodnom nivou širi međunarodnopravni standard u pogledu osnova zabrane diskriminacije te određuje, u članu 4.(3), da će države potpisnice osigurati provođenje odredbi Konvencije bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su pol, rod, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnim manjinama, imovinsko stanje, rođenje, seksualna orijentacija, rodni identitet, dob, zdravstveno stanje, invaliditet, bračno stanje, migrantski, izbjeglički ili drugi status.

Obzirom da su konvencijske norme uslovljene vrijednostima Vijeća Evrope i prirodom odnosa koji su njima regulisani, one imaju ulogu mehanizma društvene kontrole.

13 Čl. 3(a).

Mada se društveni odnosi u pravu kontrolišu fizičkom prisilom, provođenje konvencijskih normi sa tim ne može da računa. Iako lišene mogućnosti iznuđivanja prijetnjom ili efektivnom primjenom prisile, norme Konvencije podliježu detaljno propisanom mehanizmu nadzora kome je posvećen sadržaj IX poglavlja Konvencije. Njegova četiri člana sadrže odredbe koje bi trebale osigurati jak i nezavisan mehanizam praćenja primjene Konvencije i biti njeno pouzdano uporište.

Sa ovom svrhom Konvencija utvrđuje Ekspertnu grupu za borbu protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, GREVIO. Uz GREVIO nadzorni mehanizam predviđa i postojanje Komiteta članica, tijelo primarno političkog karaktera, sastavljeno od predstavnika visokih strana ugovornica, članica Konvencije.¹⁴

Konvencijskim normama namijenjena je i funkcija kvalifikacije i kontrole pravnih odnosa.

Pristupanjem Konvenciji visoke strane ugovornice preuzimaju obavezu da poštuju i slijede utvrđeni konvencijski standard i da osiguraju da njihovo nacionalno pravo, koje reguliše sadržaj normiran Konvencijom, sa njom bude usaglašeno.

Konvencija, u svakom slučaju, ostavlja državi ugovornici da iznađe podesan način na koji će to realizovati.

Članom 69. Konvencije u nadležnost GREVIO-a stavljena je i mogućnost davanja opštih preporuka za provođenje Konvencije¹⁵, a, ukoliko to smatra primjerenim, GREVIO može usvojiti generalne preporuke, univerzalnog karaktera. Preporuke nemaju obavezujući karakter. Ipak one su važna referenca za bolje razumijevanje Konvencije i jasna su smjernica za djelotvorniju primjenu njenih odredaba.

Konvencija državu tretira kao subjekt kome daje ulogu najznačajnijeg garanta za poštovanje i ostvarivanje svojih prava, ali istovremeno i kao potencijalnu i najozbiljniju prijetnju za njihovo ostvarivanje.

Pristupanjem Konvenciji za državu ugovornicu, u domenu njene primjene, nastaju dvostruke obaveze i odgovornosti: pozitivne i negativne. Konvencija od država ugovornica prvo zahtijeva da poštuju prava koja ona garantuje – da ih ne krše. Konvencija državam ugovornicama nameće i pozitivne obaveze i to kao osiguravanje zakonskih i drugih pretpostavki za nesmetano korištenje njom garantovanih prava. Konvencijom su¹⁶ propisane obaveze za državu ugovornicu da poduzme zakonodavne ili druge mjere, u skladu sa unutrašnjim pravom, kako bi osigurale postojanje odgovarajućih mehanizama za djelotvornu saradnju svih nadležnih državnih tijela, uključujući sudstvo, tužilaštvo, tijela nadležna za provođenje zakona, lokalna i regionalna tijela, kao i nevladine organizacije i druge nadležne organizacije i subjekte, u zaštiti i pružanju podrške žrtvama i svjedocima svih oblika nasilja obuhvaćenih područjem primjene ove Konvencije.

Obzirom na materijalno pravo¹⁷, Konvencijom su propisane obaveze države ugovornice da žrtvama osiguraju povrijeđena prava i inkriminišu ponašanja koja

14 Procedura za praćenje i međusobni odnos GREVIO-a i Komiteta članica detaljno je propisana članom 68. Konvencije.

15 Autori Konvencije su ovim slijedili obrazac koji je utvrđen u članu 21. st.1. CEDAW-a.

16 Poglavlje IV, Zaštita i podrška, članovi 18. - 28.

17 Poglavlje V, Materijalno pravo.

se manifestuju ili doživljavaju kao nasilje u smislu sadržaja Konvencije.¹⁸ Kao što je slučaj i u ostalim konvencijama Vijeća Evrope o borbi protiv specifičnih oblika nasilja, zlostavljanja ili lošeg postupanja odredbe materijalnog prava su od posebnog značaja. Tvorcima Konvencije, u namjeri da harmoniziraju normativna rješenja i osiguraju ujednačen nivo zaštite, predložili su odgovarajuće krivične, građanske i administrativne mjere koje treba uvesti da bi se to postiglo. Posebno mjesto predstavljaju krivične sankcije za počinioca onih oblika nasilja koji spadaju u domen krivičnog zakonodavstva. Utvrđivanjem niza krivičnih dijela u Konvenciji, ne samo da se osigurava usklađivanje domaćih zakona sa konvencijskim standardom, već se olakšava i postupanje u skladu sa njima kako na unutrašnjem, tako i na međunarodnom nivou zaštite. Obaveze sadržane u članovima 33.-39. zahtijevaju od stranaka ugovornica da osiguraju da se određeno namjerno ponašanje inkriminiše/ kriminalizira. Cilj Konvencije je da se nasilje nad ženama kriminalizira i kazni na odgovarajući način.

Sadržaj navedenih članova, s druge strane, ne obavezuje države ugovornice da nužno uvedu u svoje nacionalno zakonodavstvo istovrsne odredbe kojima će se ponašanja navedena u Konvenciji inkriminisati, niti nužnost propisivanja za njih istih sankcija.¹⁹ No, bez obzira na znatnu mjeru slobode visokim stranama ugovornicama, Konvencija im postavlja obavezu da poduzmu potrebne zakonodavne ili druge mjere da propišu kao krivično djelo namjerno pomaganje ili poticanje počinitelja krivičnih dijela utvrđenih u skladu sa članovima 33., 34., 35., 36., 37., 38.A i 39. Konvencije.²⁰

Za visoke strane ugovornice Konvencija propisuje i obavezu da poduzmu potrebne zakonodavne ili druge mjere da propišu kao krivična djela namjerne pokušaje činjenja krivičnih dijela utvrđenih u skladu sa članovima 35., 36., 37., 38.A. i 39. Konvencije.²¹ Važno je naglasiti da su inkriminacije u ovom poglavlju rezultat minimalnog konsenzusa koji kao takav ne isključuje njihovu dopunu ili utvrđivanje viših standarda zaštite u nacionalnim zakonodavstvima.

Država ugovornica Konvenciju može povrijediti ili svojim postupcima ili svojim propustima. Polazeći od klasično-liberalne premise, koja u juridičkoj tradiciji slobodu shvata prije svega kao odsustvo državne prisile, upravo je državna vlast ta koja najopasnije prijete povredama ljudskih prava.

18 U ovom smislu Konvencija uz ostalo predviđa: Građanske tužbe i pravna sredstva, čl. 29., Naknadu štete, čl.30., Brigu o djeci i pravo na viđanje djece i sigurnost, čl. 31., Građanske posljedice prisilnih brakova, čl. 32., Psihičko nasilje, čl. 33., Uhođenje, čl. 34., Tjelesno nasilje, čl. 35., Seksualno nasilje, uključujući i silovanje, Prisilni brak, čl. 37., Sakaćenje ženskih polnih organa, čl. 38., Prisilni pobačaj i prisilna sterilizacija, čl. 39., Seksualno uznemiravanje, čl. 40., Pomaganje, poticanje ili pokušaj, čl. 41., Neprihvatljiva opravdanja za krivična djela, uključujući i krivična djela počinjena u ime takozvane „časti“, čl. 42., Primjenjivost krivičnih dijela, čl. 43., nadležnost, čl. 44., Sankcije i druge mjere, čl. 45.

19 U tom smislu član 78., Rezerve, st.3., propisuje da svaka država ili EU može, u vrijeme potpisivanja ili prilikom polaganja svoje isprave o ratifikaciji izjavom upućenom Generalnom sekretaru VE izjaviti da zadržava pravo da osigura nekrivične umjesto krivičnih sankcija za ponašanja iz čl. 33. i 34.

U članu 40. koji se odnosi na seksualno uznemiravanje, sloboda izbora sankcije je eksplicitno normirana: „...bude predmet kaznenih ili drugih pravnih sankcija“.

20 Čl. 41. st. 1.

21 Čl. 41. st. 2.

Efikasnost zaštite konvencijskog standarda koji predstavlja skup međusobno isprepletenih načela, vođenih njihovim međunarodnim kontekstom i konceptom ljudskih prava, osiguran je utvrđivanjem autonomnog koncepta značenja pojmovi i standarda iz Konvencije. Konceptom autonomnog značenja je na pojmovnom nivou osigurana pretpostavka komparabilnosti između unutrašnjeg prava i Konvencije, bez čega njena primjena ne bi bila moguća - jednoobrazna interpretacija je uslov jednoobrazne primjene svih prava iz Konvencije. Čak i u slučajevima kada se eksplicitno ne poziva na koncept autonomnog tumačenja pojmovi iz Konvencije tumačiće se u kontekstu njihove suštine, bez ograničenja koja bi mu u tom smislu mogla nametnuti značenja tih pojmovi u unutrašnjem pravu.²²

U svrhu tumačenja Konvencija daje definicije pojmovi koje: „rodno utemeljeno nasilje nad ženama“ označava kao „nasilje usmjereno na ženu zbog toga što je žena“ ili „nasilje koje nesrazmjerno pogađa žene“. U svrhu Konvencije, u prvom poglavlju (koje se bavi svrhom Konvencije, ravnopravnošću i nediskriminacijom i opštim obavezama), u članu 3, definicije, „uz nasilje nad ženama“, 3.(a), dato je autentično značenje terminima „nasilje u porodici“, 3.(b), „rod“, 3(c), „rodno utemeljeno nasilje nad ženama“, 3.(d), „žrtva“, 3.(e) i „žene“, 3.(f).

U tumačenju Konvencije mora se uzeti u obzir njen posebni karakter ugovora za provođenje ljudskih prava, te predmet i svrha Konvencije kao instrumenta za zaštitu pojedinačnih ljudskih bića koji traži da njene odredbe budu tumačene i primijenjene na takav način da zaštita koju Konvencija pruža bude praktična i efikasna. Uz ovo, svako tumačenje prava i sloboda koje ona garantuje mora biti konzistentno sa opštim duhom Konvencije, instrumenta koji za cilj imaju da održe i promovišu ideale jednakosti i ravnopravnosti među polovima u uživanju ljudskih prava. Konvencija, u tom smislu, postaje podesan instrument za usaglašavanje pravnih normi nacionalnih pravnih sistema sa konvencijskim standardom za ona prava koja ona u tom trenutku obuhvata.

Princip proporcionalnosti u Konvenciji se manifestuje kao osnova za utvrđivanje pozitivne obaveze aktivnog djelovanja država ugovornica obzirom na pravičnu ravnotežu između interesa zajednice i interesa pojedinca, a njegova realizacija podrazumijeva proporcionalan i racionalan odnos između upotrebljenih sredstava i cilja čijem ostvarenju su ona namijenjena.

Cilj utvrđivanja proporcionalnosti je utvrđivanje ravnopravno raspoređenih tereta kojim bi se interesi pojedinca zaštitili, odnosno postojanja podesnog instrumentarija u nacionalnom pravu koji bi to osigurao, bilo postojanjem primjerenih postupaka ili sistemom pravnih lijekova.

Primarna funkcija pravnih normi je zaštita postojećih i uspostavljanje novih društvenih odnosa koji, u granicama tih pravnih normi, služe ne samo disciplinovanju i održavanju postojećeg stanja već i njegovom unapređivanju i transformisanju.

U ovom kontekstu konvencijske norme su motivisane vrijednostima ravnopravnosti, jednakosti, slobode i vladavine prava koje su temeljni principi integracije u evropski javni prostor.

²² U ovom smislu u tumačenju člana 33. Konvencije, psihičko nasilje, pojam „namjerno“ ostavlja se nacionalnom zakonu, ali zahtjev za namjerno ponašanje povezuje se sa svim elementima prestupa definisanog Konvencijom.

Istraživanje koje je prethodilo Konvenciji pokazalo je kako određene uloge i ponašanja mogu doprinijeti stavu da je nasilje nad ženama i nasilje u porodici prihvatljivo.²³ Sprečavanje nasilja, zaštita žrtava i kažnjavanje počinitelaca glavne su karakteristike Konvencije koja uz to svojim odredbama „nastoji izmijeniti srca i mentalne sklopove pojedinaca pozivajući članove društva, posebno muškarce i dječake, da promijene svoje stavove“.²⁴

Obaveza visokih strana ugovornica je da osiguraju da se kultura, običaji, vjera, tradicija i takozvana „čast“²⁵ neće smatrati opravdanjem za bilo koje djelo nasilja obuhvaćeno područjem primjene ove Konvencije²⁶, te da će promovirati ili provoditi, redovno i na svim nivoima, kampanje i programe podizanja nivoa svijesti o opravdanosti i nužnosti sprečavanja i borbe protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici.

Ova funkcija konvencijskih normi može se imenovati promocijskom i reformatorkom.²⁷ Konvencijska norma svojim autoritetom i persuazivnim djelovanjem usmjerava percepciju javnosti prema vrijednostima koje zagovara, računajući sa izvjesnošću svojih društvenih efekata kojima će izvršiti uticaj na konkretnu društvenu stvarnost i prilagoditi je i približiti, a time i harmonizirati, sa evropskim standardom.

Proces harmonizacije normi međunarodnog i unutrašnjeg prava u unutrašnji pravni sistem pored postojeće političko-pravne ideologije internalizira i dominantnu evropsku političko-pravnu ideologiju konkretizovanu u evropskom pravnom sistemu.

Harmoniziranje nacionalnih pravnih normi sa normama Konvencije pretpostavlja internaliziranje vrijednosti eksternog evropskog standarda u domaće pravne sisteme.

Kod harmonizacije nacionalnog prava sa konvencijskim standardom posebno je značajno pitanje da li se, i uolikoj mjeri, specifičnosti nacionalnog prava, manifestovane kao odstupanja, odražavaju na koncept konvencijskog standarda i da li se on i pored toga održava. Različite, nekada i vrlo udaljene prakse kojima će nacionalno pravo realizovati sadržaj Konvencije treba cijeniti ne po odabranom metodi implementacije konvencijskog sadržaja već u kontekstu cilja i funkcije koju konvencijska norma u konkretnom ambijentu ostvaruje. Tamo gdje eksplicitno nije propisan uniformni koncept primjene konvencijskog pravila opravdano je prihvatanje različitih rješenja i pristupa u nacionalnim pravnim sistemima.

Ostvarivanje konvencijskog prava koje je postavljeno kao cilj relevantnije je od načina na koji se on postiže, a koji je uslovljen konkretnim i neujednačenim okolnostima u različitim pojedinačnim nacionalnim pravnim ambijentima.

Ukoliko je mjera domaćih vlasti usmjerena ka cilju pravne norme i ostvarivanju konvencijske vrijednosti, bez obzira na skroman društveni efekat koji to potvrđuje, takav način primjene Konvencije neće se uzimati kao njeno kršenje.

23 Vidjeti: Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Pojašnjavajući izvještaj, CM dokumenti, CM (2011) 49 addfinal, 7. IV 2011.

24 www.coe.int/conventionviolence, pristupljeno 12.V 2019.

25 Čl. 42.

26 Čl. 12. st. 5.

27 Nominalno određenje prema Viskoviću, *ibid.*, str. 267.

Sadržaj Konvencije Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici namijenjen je jedinstvenom evropskom javnom prostoru koji još nije sasvim integrisan i kome je još uvijek snažno prisutan autoritet državne suverenosti.

Spoznaja da su postojeća rješenja unutrašnjeg prava, u odnosu na sadržaj iz Konvencije, različito normirana i ostvaruju se, shodno tome, u različitom obimu nikako se ne može zanemariti. Iz tog razloga mora računati i na otpor prema primjeni konvencijskih rješenja.

Vijeće Evrope, u duhu svoje dosadašnje prakse, ostaje kod stava da državama ugovornicama pripada diskreciono pravo u izboru načina na koji će svoju obavezu primjene Konvencije realizovati, i ne pokušava da nametne univerzalno obavezujući način za ostvarivanje konvencijskog standarda. Iako se ovim potvrđuje činjenica je da visoke strane ugovornice Konvencije slobodnom voljom preuzimaju svoje međunarodno-pravne obaveze, sloboda odlučivanja u tom smislu ipak je limitirana, a njihove odluke su na izvjestan način iznuđene.²⁸

Svoj cilj Konvencija štiti ustanovljavajući minimum koji određeni pravni sistem treba da dostigne, uvažavajući različite društvene funkcije kojima će se konvencijski standard praktično realizovati držeći se zadatog okvira.

Konvencija uvažava činjenicu da se njen sadržaj odnosi na prava za koje su suverene vlasti država ugovornica osobito zainteresovane i koja su na različite načine regulisana u okviru njihovog unutrašnjeg prava.

Utvrđivanjem obaveza i ovlaštenja Konvencija determiniše oblast slobode pravnih subjekata u okviru njom normiranog društvenog odnosa potvrđujući tako svojstvo prava da organizuje slobodu razgraničavajući je i ograničavajući je istovremeno²⁹ - ograničavajući oblast slobode nacionalnom zakonodavcu istovremeno se osigurava i omogućuje proširivanje prava i sloboda titularima prava u skladu sa konvencijskim standardom.

6. Zaključak

Sprečavanje i borba protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici sadržaj je kome su posvećeni i međunarodno pravo ljudskih prava i nacionalna porodična prava. Razlika u ontološkoj i aksiološkoj uslovljenosti njihovih normi suočava nas sa vrlo vrlo složenim međusobnim odnosom otvarajući niz pitanja koja ne daju jednoznačne odgovore.

Međunarodni standardi za zaštitu ljudskih prava, jednako kao i sve međunarodne norme, svoju neposrednu primjenu doživljavaju tek u nacionalnom pravnom sistemu. No, bez obzira što je njegov sadržaj aksiološki čvrsto zasnovan kao poželjno ponašanje, on ne mora da na jednak način korespondira sa društvenom stvarnošću svakog partikularnog društva u kome kao takav želi da bude primijenjen i poštovan. Dok je unutrašnja pravna norma determinisana relacijskom uslovljenošću

²⁸ Vidjeti šire: Boris Krivokapić, *Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava*, Strani pravni život, 2/2013, Beograd 2013., str. 86.

²⁹ Imanuel Kant, *Metafizika čudoređa*, Matica hrvatska, Zagreb 1999., str. 32.

svog sadržaja - konkretnom društvenom stvarnošću, standard ljudskih prava nadilazi konkretnu društvenu stvarnost, nadilazi relacijski aspekt pravnosti - on je usmjeren društvenoj vrijednosti. On i ne može poniknuti iz neujednačene i međusobno vrlo različite datosti jer percepcija onoga što jeste i onoga što treba da bude je, sasvim razumljivo, različita. Opravdanost njegovog sadržaja proizlazi iz spoznaje da legitimitet standarda, iako nije podržan relacijskim konceptom, svojom ontološkom utemeljenošću, snažnu podršku ima u činjenici da je kao takav univerzalan i da vrijedi za sve ljude – žene i muškarce, bez obzira na razlike među nacionalnim pravnim sistemima pod čijim pozitivnim normama oni žive.

Sadržajem Konvencije Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici kreiran je jedinstven normativni dokument regionalnog karaktera čiji se ciljevi realizuju se u skladu sa mogućnostima visokih strana ugovornica. U nacionalnim pravnim sistemima ovo je značajno jer se konvencijske norme, koje emaniraju vrijednost ljudskih prava, primjenjuju na društvene odnose koji su snažno obilježeni realnim ambijentom u kome se ostvaruju.

Društvene funkcije normi Konvencije nisu usmjerene niti na pluralitet interesa, niti na interesne sukobe u društvu, već su one sredstvo promocije i zaštite opšteg dobra shvaćenog u širem evropskom kontekstu, kojima se posredno ili neposredno ostvaruju potrebe i interesi svih. Obzirom na činjenicu da je cilj Konvencije da zaštiti žene od svih oblika nasilja, da ukloni nasilje nad ženama i u porodici, da pridonese suzbijanju svih oblika diskriminacije žena i promoviše osnaživanje žena i njihovu punu ravnopravnost sa muškaracima u okvirima nacionalnog prava visokih strana ugovornica, a da to nije moguće realizovati na jednoobrazan način, cilj Konvencije zbog toga nije kompromitovan i iluzoran. Realizacija se ostvaruje u različitim aspektima, manifestujući se kao kontekstualizacija konvencijskog koncepta osiguravajući tako sa izvjesnošću, ako ne identičan nivo realizacije garantovanih prava, značajnu ujednačenost međusobno različitih nacionalnih praksi, što je, obzirom na objektivne faktore koji do toga dovode, i najviše što se u kontekstu ostvarivanja Konvencije može postići.

Osvrtom na društvene funkcije konvencijskih normi rad pruža uvid u njihov uticaj i na konkretnu društvenu stvarnost i na norme nacionalnog prava, čime ono preuzima Konvencijom utvrđeni standard zaštite.

PREVENTING AND COMBATTING VIOLENCE AGAINST WOMEN AND FAMILY VIOLENCE - RELATIONSHIP BETWEEN NORMATIVE AND SOCIAL REALITY

Summary

Preventing and combatting violence against women and domestic violence is a content that is devoted to both international human rights law and national family rights. The difference in ontological and axiological conditionalities of their norms confronts us with a very complex relationship between them, opening up a series of questions that do not give unambiguous answers.

While the internal legal norm is determined by the relational conditionality of its content, the concrete social reality, the standard of human rights transcends a concrete sociological reality, it supersedes the relation aspect of fairness - it focuses on the social values. As such, it cannot stem from the very differing essence, because the perception of what is and what ought to be is, quite understandably, is distinct. The universality of its content refers to all people – women and men, regardless of differences between national legal systems under whose positive norms they live.

The content of the Council of Europe's Convention on Preventing and Combating violence against women and domestic violence created a unique normative document of a regional scope whose goals are realised in accordance with the possibilities of high parties.

This justifies the conclusion that the recognition and acceptance of the perceived difference between the ontological and the axiological aspect of the standard constitutes the possibility that the actual effect of the Convention standards would achieve the set goal by adapting it in its realization to specific social realities, thus making the application easier and the success of applying the standard more substantial.

Through the review of the social functions of the Convention, this piece provides an insight into their influence on the concrete social reality and the norms of national law which takes over the standard of protection defined by the Convention.

The theoretical approach is based on the application of generalisation, dogmatic, teleological, axiological and sociological methods.

Keywords: Council of Europe's Convention on Preventing and Combating violence against women and domestic violence, the objective and function of the Convention norms, the effects of the Convention norms in the domestic legal order.

Dr. sc. Dušica Palačković, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

ZAŠTITA PRAVA DECE U GRAĐANSKIM SUDSKIM POSTUPCIMA U REPUBLICI SRBIJI (da li je naše pravosuđe prilagođeno deci?)

Supstancijalna prava dece, priznata međunarodnim dokumentima (obavezujućim i upućujućim), odnosno njihova povreda ili ugrožavanje, uslovljavaju neophodnost priznanja i ostvarenja, na najvišem mogućem nivou, procesnih prava deteta. Standard "pravosuđe prilagođeno deci" ili "prava po meri deteta" definisan Smernicama Komiteta ministara Saveta Evrope predviđa garantije za efikasnu i efektivnu implementaciju procesnih prava dece na nacionalnom nivou u skladu sa načelima participacije, najboljeg interesa deteta, digniteta, učešća u postupcima pred nadležnim organima i zaštite od diskriminacije. Osnovni problem nacionalnih zakonodavstava su okviri za samostalno učešće dece u sudskim, pa i građanskim sudskim postupcima koji se neposredno ili posredno tiču prava dece. Pri tome su ograničavajući faktori uzrast i nivo sposobnosti za razumevanje na strani deteta u svakom konkretnom slučaju. U radu su analizirani međunarodni standardi koji imaju za cilj obezbeđenje "pravosuđa prilagođenog deci" i nivo koji je dostignut u nacionalnim zakonodavstvima, posebno Republike Srbije, u realizaciji ovog cilja.

Ključne reči: prava deteta, participativna prava, mišljenje deteta, Porodični zakon RS, Zakon o pravima deteta.

1. Uvodne napomene

Pojam "pravosuđe po meri deteta" ili "pravosuđe naklonjeno deci" uvode Smernice Komiteta ministara Saveta Evrope,¹ a posledica je etabliranja dečijih prava kao posebnog segmenta u oblasti ljudskih prava, odnosno prava ljudskih prava. Nesporno je, svakako, da priznata prava, bilo dečija ili odraslih, moraju biti ne samo normativno formulisana, već i efektivno i efikasno zaštićena, što uslovljava potrebu da se i deci prizna niz procesnih prava. Naime, nacionalni pravni sistemi moraju biti

¹ Termin "*child-friendly justice*" može se prevesti kao "pravo", "pravda" или "pravosuđe" prijateljsko, odnosno naklonjeno deci, ili možda, najpre, prilagođeno deci, odnosno njihovim specifičnim osobinama, sposobnostima i potrebama, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, <https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/GuidelinesChild-FriendlyJusticeE.pdf>, 2010. (u daljem tekstu "Smernice"), 15.06.2019. Ideja vodilja Smernica su reči Albera Kamija: "*Nemoj ići ispred mene; neću moći da te pratim. Nemoj ići iza mene; neću moći da (pred)vodim. Idi pored mene i budi mi prijatelj*". O Smernicama videti šire Liefaard, T., *Child-friendly justice: Protection and participation of children in the justice system*, Temple Law Review, vol.88, 2016, <https://www.templelawreview.org/lawreview/assets/uploads/2016/08/Liefaard-88-Temp.-L.-Rev.-905.pdf>, 15.06.2019, 905-928.

pristupačni i prikladni deci, prilagođeni i fokusirani na potrebe i prava dece, takvi da obezbeđuju postupanje i odlučivanje koje je i efikasno i sa neophodnom pažnjom, da se, pri tome, od strane svih koji vode postupke i donose odluke koje se tiču dece respektuju dečija prava, pa i procesna, kao i privatni i porodični život i integritet deteta.²

Krovni međunarodni dokument u ovim okvirima svakako je Konvencija UN o pravima deteta,³ koja, pored niza supstancijalnih prava, odredbom čl.12, formuliše pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja iz koga se izvodi pravo da bude saslušano u svim sudskim i administrativnim postupcima koji se na njega odnose (st.2). Ograničavajući faktor iz Konvencije UN je "sposobnost da formira svoje sopstveno mišljenje" koja se povezuje uz uzrast i stepen zrelosti. Dete ne mora sopstveno mišljenje izraziti neposredno, već to može učiniti preko zastupnika ili odgovarajućeg organa pri čemu se ovi modaliteti primenjuju u skladu sa nacionalnim procesnim pravom. Opšti komentar čl.12 pravo deteta da bude "saslušano i ozbiljno shvaćeno" svrstava u osnovne vrednosti Konvencije UN.⁴ Uz to, Opšti komentar govoreći o cilju, svrsi čl.12, navodi i da njime nije isključivo garantovano pojedinačno pravo dece već da se on mora "uzimati u obzir prilikom tumačenja i primene svih drugih prava", čime se proširuje domen primene i ukazuje na potencirani značaj ovog prava - države ugovornice obavezuju se da "teže tome da se tumačenje i primena svih ostalih prava iz Konvencije UN zasnivaju na ovom pravu"⁵

Pojam "pravosuđa po meri deteta" upućuje na neophodnost da se garantuje i obezbedi efektivna implementacija prava dece na najvišem mogućem nivou i u skladu sa nizom osnovnih načela. Reč je o načelu participacije,⁶ najboljeg interesa

2 Palačković, D., *The child-friendly justice (the application of the international standards in the civil court cases)*, u: Law in the process of globalisation, (ed.:Djordjević,S. et al.), u daljem tekstu "The child-friendly justice", Kragujevac, 2018, 429.

3 Usvojena i otvorena za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 44/25 od 25. novembra 1989, a stupila na snagu 2. septembra 1990, ratifikovana je u SFRJ 1990, "Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 15/90 i "Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori", br. 4/96 i 2/97, u daljem tekstu "Konvencija UN".

4 Opšti komentar čl.12: Pravo deteta da bude saslušano, UN, OCRC/C/GC/12, 20. juli 2009 (u daljem tekstu "Opšti komentar") već u Uvodu, kao ostale vrednosti navodi: pravo na nediskriminaciju, pravo na život i razvoj i prvenstvo najboljeg interesa deteta, https://www.pravadeteta.com/attachments/288_OK%20CRC-12a.pdf, 14.05.2019, 247.

5 Opšti komentar, *op. cit.*, A. Pravna analiza, 249.

6 Savremeno shvatanje tumači participativna prava kao "razvojni proces" čija je suština "razmena informacija i dijalog dece i odraslih zasnovan na međusobnom uvažavanju", Korać Graovac, A., *Pravo djeteta da bude saslušano - Opći komentar br.12 Odbora za prava djeteta (2009)*, y: Dijete u pravosudnom postupku - primjena Europske konvencije o ostvarivanju dječijih prava (ur. Filipović, G; Osmak Franjić, D.), Zagreb, 2012, <http://www.dijete.hr/joomdocs/Dijete%20u%20pravosudnom%20postupku.pdf>, 20.06.2016, 119; Različite stepene na lestvici (ne)participacije navodi Hart, R.A., *Children's Participation: From Tokenism to Citizenship*, UNICEF International Child Development Centre, Florence, 1992, https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/childrens_participation.pdf, 09.06.2019, 8.

deteta,⁷ digniteta, učešća u postupcima i zaštiti od diskriminacije.⁸ Insistira se na informacijama i savetima, koji su veoma precizno razrađeni, zatim zaštiti privatnog i porodičnog života, bezbednosti, obuci stručnih lica i multidisciplinarnom pristupu.⁹ Smernicama je obuhvaćeno vreme pre, za vreme i posle okončanog postupka, kao i alternativno rešavanje sporova. Za tok sudskog postupka insistira se na pravu na pristup sudu za decu koja u dovoljnoj meri razumeju svoja prava i korišćenju pravnih sredstava u cilju zaštite prava, a posebno na otklanjanju svih prepreka koje deci stoje na putu realizacije prava na pristup sudu kao što su troškovi postupka ili odsustvo pravnog zastupnika, zatim na neophodnosti zastupanja od strane posebnog zastupnika (poseban zastupnik, staratelj za posebne slučajeve) ako u postupcima postoji sukob interesa između deteta i zastupnika (roditelja ili drugih zainteresovanih strana). Pristup besplatnoj pravnoj pomoći mora biti pod istim ili povoljnijim uslovima u odnosu na odrasle, advokati dece treba da budu edukovani u oblasti prava dece i komunikacije sa decom, moraju im pružiti sve relevantne informacije u vezi njihovih stavova i mišljenja i moraju prezentovati mišljenje deteta, a ne svoje.¹⁰ Mada su neobavezujući dokument, Smernice su usvojene sa ciljem da postanu osnova nacionalnih politika u oblasti dečijih prava, da ohrabre države da pravne sisteme prilagode specifičnim potrebama dece i eliminišu razlike između međunarodno prihvaćenih načela i standarda i stvarnosti.¹¹

Oslonac Smernicama, pored Konvencije UN, svakako je i Konvencija EU o zaštiti prava dece¹² (koja u Republici Srbiji nije ratifikovana). Ona predviđa upravo procesna prava deteta, ali je domen ograničen na porodičnopravne stvari kao što su vršenje roditeljskog prava, prebivalište i pristup deci. Kao obavezna procesna prava, koja dakle države potpisnice moraju garantovati, na osnovu odredaba čl.3 i 4, predviđena su pravo na informisanje, da bude konsultovano i da izrazi mišljenje, da bude informisano o mogućim posledicama iznesenog mišljenja i bilo koje odluke i pravo da traži imenovanje posebnog predstavnika (lično ili posredstvom drugih lica ili tela) u slučaju sukoba interesa sa zastupnicima.¹³ Značajno je da se ovde kao "predstavnik", na osnovu odredbe čl.2, smatra lice koje je "lawyer", što se uobičajeno prevodi kao "advokat" i što svakako obezbeđuje viši stepen kompetencija potrebnih u sudskim postupcima.

Mada različitog stepena obaveznosti, sva ova dokumenta imaju nesumnjiv

7 Svi, pa i sud, podređeni su ovom principu u svim svojim aktivnostima, Palačković, D., *Istražno načelo u porodičnim sporovima kao izraz najboljeg interesa deteta*, u daljem tekstu "Istražno načelo", u: Najbolji interes deteta u zakonodavstvu i praksi (ur. Bubić, S.), Univerzitet "Džemal Bijedić", Pravni fakultet, Mostar, 2014, 146.

8 Smernice, *op. cit.*, II Definicije (c), III Fundamentalni principi.

9 Smernice, *op. cit.*, Opšti elementi pravosuđa po meri deteta, par. 1-18.

10 Smernice, *op. cit.*, Pravosuđe po meri deteta u toku sudskog postupka, 26.27.

11 Bubić, S., *Usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa acquis-em radi jačanja procesnog položaja deteta*, <http://eprints.ibu.edu.ba/3164/2/01%20Prof.%20dr.%20Suzana%20Bubic.pdf>, 09.06.2019, 60,61.

12 European Convention on the Exercise of Children's Rights, Council of Europe, u daljem tekstu "Konvencija EU", Strasbourg, 1996, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cdaf>, 09.06.2019.

13 O tome više Palačković, D., *Procesna prava deteta prema Evropskoj konvenciji o ostvarivanju dečijih prava*, Pravni život, br. 9, 2000, 541, 542.

značaj u prilagođavanju sudskog i vansudskog sistema zaštite prava pravima, interesima i potrebama dece.¹⁴

Nesporno je da se pravo deteta da izrazi svoje mišljenje, u svoj svojoj složenosti, mora dovesti u vezu sa čl.6 Evropske konvencije o zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda,¹⁵ odnosno pravom *svih*, pa dakle i dece, na pravično suđenje. Praksa Suda za ljudska prava pokazuje insistiranje na potrebi fleksibilnog i deci prilagođenog pristupa u procesnopravnom smislu.¹⁶

2. Pravo deteta da izrazi svoje mišljenje

Pravo deteta da slobodno izrazi svoje sopstveno mišljenje ima složenu strukturu, odnosno niz konstitutivnih elemenata. Njegova pravna priroda se, pre svega, prepoznaje u obavezi država ugovornica da svojom legislativom priznaju ovo pravo i obezbede njegovu primenu u svim postupcima koji se tiču deteta mehanizmima koje predviđi nacionalno pravo uz poštovanje minimuma međunarodnih standarda. Sa druge strane, dete nema obavezu da vrši ovo pravo - to je njegov izbor, odnosno sloboda. Ipak, slobodna volja deteta da vrši ili ne vrši ovo pravo podrazumeva, između ostalog, da se detetu, prethodno, daju sve neophodne informacije i saveti kako bi donelo odluku o tome, a koja je u njegovom najboljem interesu.¹⁷ Pravo deteta da bude saslušano odnosi se na sve sudske i administrativne postupke, kako one koje je dete pokrenulo, ukoliko mu to nacionalno pravo priznaje, tako i sve druge koji su pokrenuti od strane drugih lica ili organa, ali koji utiču na dete, kao u slučaju prestanka braka roditelja.¹⁸

Pravo na sve relevantne informacije,¹⁹ odnosno da ih traži, prima i daje, što svakako podrazumeva i one koje se tiču sudskih postupaka i odluka koje se u njima donose, sledi i iz čl.13 Konvencije UN. Države su u obavezi da obezbede da se informacije daju na način adekvatan uzrastu, zrelosti i ukupnim individualnim i društvenom prilikama u kojima dete živi, a reč je o informacijama "o svim aspektima

14 Palačković, D., *The child-friendly justice*, op. cit., 430, 431.

15 *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Rome, 4.XI 1950, vid. Zakon o potvrđivanju Evropske konvencije o zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda, "Službeni list SCG - Međunarodni ugovori", br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 - ispr. i "Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 1/2010.

16 U odluci u slučaju *Hokkanen v Finland*, 23.09.1994, <http://www.c-g.org.uk/camp/hr/hokkanen.htm>, 13.06.2019, par.41, ukazuje se na neophodnost da se u pravosudnim postupcima uvek, koliko je god to moguće, poštuju želje deteta. Primer nivoa do koga se pri tome mora ići daju odluke u slučajevima *T v United Kingdom* i *V v United Kingdom*, u kojima je utvrđena povreda prava na pravično suđenje stoga što deca nisu, u odnosu na zastupnike po zakonu, bila na dovoljnoj distanci u sudnici ("whispering distance"), što je, po oceni suda, omogućilo "šaputanje" i moglo uticati na njihove izjave, videti Burtnard, A., *The Right to a Fair Trial: Young Offenders and the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities*, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/CICrimJust/2008/24.html>, 11.06.2019.

17 Palačković, D., *Istražno načelo*, op. cit., 146.

18 Opšti komentar izričito navodi postupke razdvajanja roditelja, dakle prestanka braka i usvojenje, A.1. (b)(I) Pravo deteta "da bude saslušano u svim sudskim i upravnim postupcima koji se tiču deteta", 252.

19 Opšti komentar, op. cit., A.1.(a)(II) "Sposobno da formira svoje sopstveno mišljenje", 250.

pitanja koje ga se tiče²⁰ i u meri koja je dovoljna da formira svoje mišljenje. Sastavni elemenat su svakako i informacije o načinu (neposredno ili preko zastupnika - roditelja, jednog ili oba, advokata ili neke druge osobe uključujući i socijalnog radnika) i okolnostima u kojima će izraziti mišljenje (mesto i vreme davanja izjave, kome će je dati, ko će biti prisutan). Posebno je važno dati detetu informacije o tome kako će njegovo mišljenje uticati na ishod određenog postupka, na njegov život i život članova njegove porodice, odnosno njemu bliskih osoba, kao i tome ko će sve saznati njegovo mišljenje.

Obaveza pružanja relevantnih i prilagođenih informacija, ²¹kako bi dete formiralo i izrazilo svoje mišljenje, ima za pretpostavku prethodnu obavezu države da se proceni sposobnost deteta da primi, odnosno shvati informacije koje su od značaja u pravnoj stvari koja ga se tiče. Jedino tako dete može doneti i odluku da bude saslušano.²² Deca, roditelji i zastupnici, prema Smernicama, moraju dobijati informacije neposredno, a obaveštavanje roditelja ne sme biti alternativa. Pri tome, zastupnik svakako mora izneti mišljenje deteta, a to znači i da mora biti stručan, odnosno kompetentan da mišljenje ustanovi. Uz usmene informacije očekuje se da su pripremljeni i pisani materijali koji ih sadrže, dostupni i prilagođeni deci, a od država se očekuje i osnivanje posebnih službi kao što su linije za pomoć, internet stranice, udruženja i sl. ²³ Naglašena je hitnost u informisanju, a posebno se, mada svakako ne i taksativno, nabroja sadržina informacija²⁴ ali se vrsta i sadržina informacija određuju *in concreto*. ²⁵ Uopšteno, međunarodna dokumenta o pravima dece predviđaju isključivo individualiziran pristup u okviru realizacije svih participativnih prava dece.²⁶

Informacije daju organi koji vode postupak, pa, dakle, i sud(ija), ali i svi drugi koji su u neposrednom kontaktu sa decom - roditelji, hranitelj, staratelj, organ starateljstva i posebni zastupnici ako ih nacionalno pravo predviđa. ²⁷U ovom procesu moguće je, a najčešće i neophodno, angažovanje stručnih lica, s obzirom da sudije (bez obzira na neophodnu edukaciju u oblasti dečijih prava koju predviđaju nacionalna zakonodavstva), a često i druga involvirana lica, nemaju nužan nivo znanja i sposobnosti.

20 Ibid.

21 Tako, npr., Aras Kramar, S. *et al.*, *Vodič za ostvarivanje prava djeteta na informacije, izražavanje mišljenja, zastupnika i prilagođen postupak u sudskim postupcima razvoda braka i o roditeljskoj skrbi*, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 2015, <http://www.hpc.hr/dokumenti/Razno/Vodiczaostvarivanjepravadjetetarazvodbrakaroditeljskaskrb-27-11-15.pdf>, 26.06.2019, 18, navode da nije u najboljem interesu deteta davanje informacija o neprijatnim okolnostima koje su uslovile razvod braka ili odvajanje deteta od roditelja, odnosno iz porodice.

22 Opšti komentar, *op. cit.*, A. 2. Koraci u primeni prava deteta da bude saslušano, 252.

23 Aras Kramar, S. *et al.*, *op. cit.*, 17.

24 Smernice, *op. cit.*, IV, A 1. Informacije i saveti.

25 Više, Aras Kramar, S. *et al.*, *op. cit.*, 19, 20.

26 Lansdown, G., *The realisation of children's participation rights (The realisation)*, A Handbook of Children and Young People's Participation - Perspectives from Theory and Practice, 2010, http://nmd.bg/wp-content/uploads/2013/02/Routledge-A_Handbook_for_Children_and_Young_Peoples_Participation.pdf, 26.06.2019, 12.

27 Aras Kramar, S. *et al.*, *op. cit.*, 19; za kolizijskog staratelja i privremenog zastupnika u pravu Srbije u čl.267 PZ

Obaveza je država ugovornica da obezbede i adekvatne mehanizme kako bi dete bilo saslušano pošto je formiralo svoje mišljenje na osnovu relevantnih informacija. Komitet za prava deteta preporučuje Opštim komentarom čl. 12 neposredno saslušanje od strane sudija - u sudnici ili privatnom razgovoru u posebnoj prostoriji (opremljenoj u skladu sa uzrastom deteta), odnosno u okolnostima koje su ohrabrujuće i podsticajne za dete. Saslušanje se ne sme svesti na ispitivanje, već se mora obavljati u formi razgovora, a neposrednim se smatra i pisana izjava sudiji. Dete samo određuje i osobu koja će prisustvovati razgovoru, a dopušteno je i da se mišljenje sasluša u saradnji sa odgovarajućim stručnim licima. Mišljenju koje dete saopšti, neposredno ili preko odgovarajućeg lica ili organa koji ga reprezentuje, mora se pridati odgovarajući značaj.

”Sposobnost deteta da formira svoje mišljenje” je fundamentalna pretpostavka participativnih prava i ne sme biti apstraktno ograničena uzrastom deteta već se mora utvrđivati *in concreto* polazeći od uzrasta i zrelosti, a nacionalni pravni sistemi, pri tome, ne smeju poći od pretpostavke da dete nije sposobno da izrazi svoje sopstveno mišljenje već, naprotiv, da takvu sposobnost ima,²⁸ i to od najranijeg uzrasta.²⁹ Opšti komentar br. 7 naglašava, tako, da deca imaju prava od najranijeg uzrasta, a istraživanja pokazuju da je dete sposobno da oblikuje mišljenje od najranijeg doba, čak i kada možda nije u stanju da ga verbalno izrazi, pa, shodno tome, primena čl.12 zahteva i ”priznavanje i poštovanje neverbalnih oblika komunikacije (npr., za decu sa poteškoćama u razvoju) koji obuhvataju igru, govor tela, izraze lica i crtanje i slikanje, kojima i veoma mala deca pokazuju razumevanje, izbore i sklonosti”.³⁰ Moguć je i poželjan bilo koji odgovarajući način komunikacije, bez unapred postavljenih ograničenja, a države su u obavezi da ga obezbede. To podrazumeva i garantije za decu koja ne poznaju jezik na kome se postupak vodi. ”Sloboda” izražavanja mišljenja podrazumeva da se spreči svaki vid manipulacije decom, sprečavanje prekomernog pritiska i uticaja i okruženje u kome se oseća bezbedno i poštovano.³¹

Operacionalizacija brojnih obaveza koje pravo na izražavanje mišljenja podrazumeva prepuštena je nacionalnim pravnim sistemima, uz poštovanje usvojenih međunarodnih standarda. Sa aspekta sudskih postupaka države moraju obezbediti deci pristup sudu, dobijanje neophodnih informacija, da dete bude pripremljeno za dolazak pred sud i da ima odgovarajuću pomoć i podršku tokom postupka, što predstavlja minimum standarda. Pravo na pristup sudu ovde ima širi kontekst, odnosno podrazumeva već navedenu obavezu obaveštavanja o ishodu postupka i

28 Opšti komentar, *op. cit.*, A.1.(a)(II) ”Sposobno da formira svoje sopstveno mišljenje”, 249,250.

29 Preporuka Komiteta ministara CRC/C/GC/Rev.1, st.14. O tzv. razvojnim kapacitetima” dece videti više Gerison Lansdown, *The evolving capacities of the child*, Innocenti Research Centre, UNICEF/ Save the Children, Florence, 2005.

30 Convention on the Rights of the Child, General Comment No 7 (2005),) Implementing child rights in early childhood, III General principles and rights in early childhood, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf>, 24.06.2019, 14. Videti i *Prava deteta u međunarodnim dokumentima* (ur. Vučković Šahović, N.), Beograd, 2011, 249.

31 Opšti komentar, A.1.(a)(III) ”Pravo slobodnog izražavanja mišljenja”, 250.

tome kako je njegovo mišljenje uticalo na ishod, ali i pravo pravo na pravni lek ukoliko detetu nije data mogućnost da izrazi svoje mišljenje.

Nesumnjivo je, dakle, da se međunarodnopravno dete priznaje kao subjekt prava, pa dakle i procesnih prava. Sva prava, i za svu decu, koncipirana su kao ljudska prava polazeći od autonomije deteta kao subjekta prava i njegove samostalnosti kao nosioca ljudskih sloboda i prava.³² Reč je o fundamentalnom ljudskom pravu koje se smatra merom ljudskog dostojanstva - omogućiti svima da budu uključeni u donošenje odluka koje ih se tiču, u skladu sa nivoom (razvoja) i kompetencijama i da izraze stav o svim stvarima koje ga se tiču.³³ Pravni položaj dece, kao ranjive kategorije zahteva, svakako, brojna specifična rešenja u ostvarenju prava da izraze svoje mišljenje.

3. Učešće deteta u građanskim sudskim postupcima u Republici Srbiji

Procesni položaj deteta u građanskim sudskim postupcima u Republici Srbiji regulišu odredbe Porodičnog zakona³⁴ i većeg broja procesnih zakona. U toku je i donošenje Zakona o pravima deteta i Zaštitniku prava deteta³⁵ kojim se kao osnovni ciljevi (čl. 2 t. 7,8 i 9) predviđaju i: utvrđivanje posebnih prava deteta u postupcima u kojima deca učestvuju pred sudovima i drugim nadležnim državnim organima i organizacijama koje vrše javna ovlašćenja, utvrđivanje osnovnih načela u ovim postupcima koja se tiče dece i ustanovljavanje Zaštitnika prava deteta kao nezavisnog i samostalnog državnog organa.

PZ RS koji, u pogledu supstancijalnih prava dece, prihvata međunarodne standarde, ima izvesne manjkavosti u odnosu na njihova procesna prava. Odredbom čl.6 st.1 utvrđuje se opšta obaveza "svakoga" da se u "svim aktivnostima" rukovodi najboljim interesom deteta, ali i obaveza države, takođe generalna, da "poštuje, štiti i unapređuje prava deteta" (čl.6 st.3). Za operacionalizaciju ove opšte obaveze od posebnog je značaja odredba čl.65, kojom je garantovano pravo deteta koje je "sposobno da formira (svoje) mišljenje da ga slobodno izrazi"(st.1),³⁶ kao i da blagovremeno dobije sva "obaveštenja" koja su mu neophodna za formiranje mišljenja (st.2). Pravo da neposredno izrazi mišljenje u postupku u kome se odlučuje "o njegovim pravima" ima dete koje je navršilo 10 godina, kao i pravo da se samo, odnosno preko drugog lica ili ustanove, obrati sudu (ili organu uprave) i zatraži

32 Petrušić, N., *Austrijski model pomoći i podrške detetu u postupku za uređivanje roditeljskog staranja i ličnog kontakta*, u daljem tekstu "Austrijski model", Zbornik radova PF u Nišu, br. 65, 2013, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadržaj/zbornici/z65/09z65.pdf>, 13.06.2019, 163.

33 Aras Kramar, S. *et al.*, *op. cit.*, 17.

34 Porodični zakon RS, u daljem tekstu "PZ RS", *Službeni glasnik RS*, br 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015.

35 Nacrt Zakona o pravima deteta i zaštitniku prava deteta, u daljem tekstu "Nacrt ZPD" dostupan je na <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/070619/070619-vest15.html>, 20.06.2019.

36 Praksa revizijskih sudova, međutim, potvrđuje da prvostepeni sudovi imaju problem priznavanja prava iz čl.65, npr., VSS, Rev.2393/07, od 12. 09.2007, gde se u obrazloženju navodi da za sud nije presudna samo motivacija roditelja da se staraju o deci, već je dužan da utvrdi i pribavi mišljenje deteta koje je sposobno da ga formira i izrazi, kako bi odluka bila u najboljem interesu deteta.

pomoć u ostvarenju ovog prava (st.4,5). Mišljenje se "utvrđuje"³⁷ u saradnji sa školskim psihologom, odnosno organom starteljstva, porodičnim savetovalištem ili drugom ustanovom specijalizovanom za posredovanje u porodičnim odnosima, a u prisustvu lica koje dete samo izabere (st.6), a mora mu se posvetiti "dužna pažnja u skladu sa godinama i zrelošću deteta"(st.3).

Analiza odredbe čl. 65, posebno st.3, potvrđuje stav da dete ima pravo na izražavanje svog mišljenja samo u postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima, dakle kada su ona predmet spora. Odrednica iz istog stava da se mišljenju deteta mora posvetiti dužna pažnja "u svim pitanjima koja ga se tiču" zapravo se ne odnosi na postupke. To, u praksi, znači da sud nije dužan da utvrdi mišljenje deteta i da mu posveti dužnu pažnju u skladu sa godinama i zrelošću, u svim drugim situacijama u kojima pravo deteta nije neposredan predmet spora, ali se prepoznaje involviranost interesa deteta, što je *prima facie* podložno kritici.

Procesni položaj deteta ni u postupcima u kojima su predmet zaštite njihova prava nije generalno normiran već se pravi razlika sudskih postupaka u kojima se deci priznaje položaj stranke, preko zakonskog ovlašćenja za pokretanje postupaka, i ostalih, u kojima to nije slučaj pa su deca tzv. "prikrivene" ili "pritajene" stranke.³⁸ Manir PZ RS je, zapravo izričito priznanje aktivne procesne legitimacije detetu u nizu situacija.³⁹ No, isključivo u situacijama kada je dete nužni jedinstveni suparničar (kao što su postupci radi utvrđivanja ili osporavanja roditeljskog statusa), ono ima položaj stranke,⁴⁰ o čemu se posredno zaključuje na osnovu čl. 256 st.6 PZ RS, o odbacivanju tužbe kojom nisu obuhvaćeni svi nužni suparničari. U svim ostalim situacijama, bez obzira na zakonsku legitimaciju, položaj stranke stiče tek ukoliko pokrene postupak. Ukoliko ga, međutim, pokrenu druga, po zakonu legitimisana lica, ili organi, dete nema položaj stranke. Tada jedino ima, pod zakonskim uslovima, pravo da izrazi svoje mišljenje i to, *stricto sensu*, samo ako su predmet spora supstancijalna prava priznata deci. Stoga se kao moguće rešenje predlaže proširenje primene instituta nužnog suparničarstva na druge situacije, npr. u postupku za zaštitu od nasilja u porodici, za lišenje ili vraćanje roditeljskog prava i za zaštitu prava dece.⁴¹

U nizu situacija PZ RS predviđa da dete "može" imati položaj stranke i u postupcima u kojima nema izričito zakonsku legitimaciju. Tako, iz stilizacije

37 VSS, Rev.2393/07, koristeći formulaciju "i pribavi mišljenje" asocira na neadekvatnu primenu zakonske odredbe da je sud dužan da "utvrdi", dakle sam, mišljenje deteta, a ne da se redovno obraća "drugima". "Drugi" su samo u ulozi pomoćnog sudskog organa.

38 Stanković, G., *Dete kao stranka u parničnom postupku*, u: Prava djeteta i ravnopravnost polova - između normativnog i stvarnog (ur. G. Marković), Istočno Sarajevo, Pravni fakultet, 2012, 31 i 113; Petrušić, N., *Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja - materijalnopravni i procesni aspekt*, Bilten sudske prakse VSS, 2007, 512-531.

39 Tako, u postupku za utvrđivanje materинства (čl. 249 st.1), osporavanje materинства (čl. 250 st. 1), utvrđivanje očinstva (čl. 251 st.1), osporavanje očinstva (čl.252 st.1), za zaštitu prava deteta (čl. 263 st.19 i u postupku u sporu za vršenje odnosno lišenje roditeljskog prava (čl.264 st.1,2).

40 Poznić,B; Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015, 559.

41 *Analiza zakonodavstva Republike Srbije sa aspekta prava deteta*, Centar za prava deteta i UNICEF, Beograd,

decembar 2010-januar 2011, 16, u daljem tekstu "Analiza zakonodavstva", http://www.unicef.rs/files/FINAL_Analiza%20zakonodavstva%20RS_9_2_11.pdf, 21.06.2019.

odredbe čl.278 st.2, kojom se pravo na tužbu za izdržavanje priznaje poveriocima i dužnicima izdržavanja kao i u postupku poništenja izjave o saglasnosti sa priznanjem očinstva (čl.49) stoga što izjavu mora dati dete starije od 16 godina koje je sposobno za rasuđivanje, a pravo pokretanja postupka ima "lice koje je dalo izjavu"(čl.253 st.1). Kao "član porodice prema kome je nasilje izvršeno" dete može pokrenuti i postupak u sporu za zaštitu od nasilja u porodici, kao i za produženje mere zaštite od nasilja u porodici (čl.284 st.2). Sve su to situacije kada dete stiče položaj stranke takođe samo ukoliko pokrene postupak, dakle kao i kada ima zakonsku legitimaciju izvan slučajeva nužnog suparničarstva.

Posebno su, međutim, karakteristični postupci u kojima dete nema ni mogućnost pokretanja postupka, a reč je o postupcima u kojima će odluka izvesno tangirati njegova prava ili, češće, interese. Tipični su, u tom smislu, bračni sporovi u kojima se ne može osporiti njegov interes za sudbinu braka roditelja, a time i njegov budući položaj, prava, interesa, ukupne životne prilike.⁴² U teoriji se ukazuje na okolnost da je, s obzirom da se u bračnom sporu mora odlučiti i o vršenju roditeljskog prava (čl. 226 st.1 PZ RS), ovde reč o jedinstvenoj situaciji u kojoj se licu koje ima pravni interes u određenom sporu ne priznaje procesna legitimacija.⁴³ Procesne reperkusije ovakvog normativnog pristupa su za dete izuzetno nepovoljne, npr., nemogućnost pobijanja odluke pravnim lekovima. Ovakav zaključak sledi bez obzira na okolnost da se o vršenju roditeljskog prava odlučuje *ex officio*, dakle ne primenjuje se dispozitivna maksima u ovom slučaju, kao i na to da se primenjuje načelo najboljeg interesa deteta stoga što njegovo etabliranje ne znači i da je prvostepeni sud zaista preduzeo sve neophodne radnje kako bi ga i utvrdio, odnosno da je zaista utvrđen s obzirom na izuzetnu složenost primene ovog standarda u praksi.⁴⁴ Nesporno je i u ovakvim postupcima pravo deteta, pod uslovima iz zakona, da izrazi svoje mišljenje, odnosno obaveza suda da ga utvrdi, ali se procesni položaj deteta suštinski svodi na "izvor informacija" ili "saznanja" za sud, dakle jedno, unekoliko specifično dokazno sredstvo. Mišljenje deteta, predstavlja samo deo činjenične podloge za buduću odluku stoga što se uvažava samo uz procenu najboljeg interesa, odnosno niza faktora koji interes To, takođe, znači i da utvrđivanje najboljeg interesa deteta ukazuje na mogućnost odluke kontra njegovom mišljenju. Dete nema mogućnost pobijanja ovakve odluke jer nije stranka u bračnom sporu. Bračni drugovi, odnosno roditelji mogu odluku pobijati, što upućuje na procesnopravno "zavisan" položaj deteta. Suprotno tome, prema čl. 264 st.1, dete je izričito legitimisano za podnošenje tužbe za vršenje roditeljskog prava, pa dete koje je postupak pokrenulo može koristiti

42 Interesantno je, u tom smislu rešenje iz Obiteljskog zakona RH, *Narodne novine*, br. 103/15, od 01.11.2015, čl. 325, gde se u postupku obaveznog savetovanja pre razvoda braka detetu može obezbediti izražavanje mišljenja uz pristanak oba roditelja, ali je upitan značaj tog mišljenja za odlučivanje, http://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon_27.06.2019.

43 Uzelac, A.; Rešetar, B., *Procesni položaj i zastupanje djeteta u sudskom postupku prema hrvatskom i komparativnom pravu - neka otvorena pitanja*, u: "Dijete i pravo" (ur. Rešetar, B.), Pravni fakultet Sveučilišta "J.J.Štrossmayer", Osijek, 2009, http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A24proc_pol_djete-ta_Os.pdf, 27.06.2019, 176.

44 O ovom načelu, faktorima za njegovo utvrđenje i teškoćama, Palačković, D., *Istražno načelo*, op. cit., 145-154.

svoja procesna ovlašćenja, pa i izjaviti pravni lek. Moglo bi se, prema trenutnom stanju regulative u Srbiji, dakle, zaključiti, da u adhezionom postupku sud mora da primeni čl. 65, utvrdi i eventualno prihvati mišljenje deteta, a u postupku koji dete pokrene radi odluke o vršenju roditeljskog prava ono ima položaj stranke i sva procesna prava koja tome slede. Pri tome, reč je o postupcima sa istim predmetom spora - vršenje roditeljskog prava. Ili, i kada neko drugi pokrene postupak za vršenje roditeljskog prava (roditelj ili organ starateljstva) dete, opet, nije stranka, već samo ima pravo na izražavanje mišljenja. Nedoslednosti regulisanja procesnog položaja deteta su prepoznatljive.

Izuzetak od pozicije u kojoj je mišljenje deteta samo specifičan izvor informacija za sud su normativna rešenja koja se odnose na pravo deteta određenog uzrasta i sposobnog za rasuđivanje da odluči o održavanju ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi, što je, prema formulaciji norme zakona obavezujuće za sud.⁴⁵ Ipak, ni ovo supstancijalno pravo deteta nije na pravi način zaštićeno procesnim normama PZ RS. Tako, npr., ukoliko dete nije pokrenulo postupak za vršenje, odnosno lišenje roditeljskog prava (čl. 264 st 1,2) te nema položaj stranke, a ima navršenih 15 godina i sposobno je za rasuđivanje može "odlučiti" o održavanju pomenuih ličnih odnosa, ali, kako nema položaj stranke, nema ni mogućnost pobijanja odluke donesene potencijalno kontra njegovog stava koji zakonodavac upravo tretira kao "odluku". I tada pobijanje odluke zavisi od stranaka. Ovde PZ RS predviđa postavljanje kolizijskog staratelja ili privremenog zastupnika detetu za slučaj da između deteta i njegovog zakonskog zastupnika postoje suprotni interesi, što bi trebalo da znači i mogućnost da ova lica pobijaju odluku suda donesenu kontra izraženoj volji deteta u pogledu održavanja ličnih odnosa.⁴⁶ Preko kolizijskog staratelja interesi deteta su generalno gledano zaštićeni, ali je adekvatnost načina na koji ova lica vrše radnje u sudskim postupcima problematizovana okolnošću da to mogu biti svi koji "imaju lična svojstva i sposobnosti potrebne za obavljanje dužnosti staratelja", prvenstveno srodnicima, što ne daje garantije u pogledu neophodnih znanja i sposobnosti za vođenje sudskih postupaka, odnosno preduzimanje procesnih radnji. Uz to, i mogućnost deteta preko desete godina i sposobnog za rasuđivanje da predloži određeno lice za staratelja ukazuje na prenisko određenu granicu i svodi predlog deteta na krug njemu bliskih lica, što, opet, ne daje garantije za adekvatnu zaštitu prava deteta već samo za odnos poverenja između deteta i staratelja.

Sve upućuje na zaključak da je dete "zainteresovana strana" u najvećem broju postupaka iz oblasti porodičnopravnih odnosa, da se oni u većoj ili manjom meri, neposredno ili posredno, dotiču, odnosno da utiču na prava i interese dece, te da se odluke koje se u njima donose, odnosno ishod postupka svakako tiču dece,⁴⁷ ali da normativno ovo nije na odgovarajući način sprovedeno. Deca u nizu situacija nemaju položaj stranke i lišena su mogućnosti korišćenja procesnih instrumenata u cilju zaštite svojih prava i interesa. Oni su "zavisni" od procesnog ponašanje roditelja, organ starateljstva i dr., odnosno stranaka u postupku ili kolizijskog staratelja koji,

45 Videti, npr. čl.60 st.4 i čl. 61 st.4. PZ RS

46 Up. čl. 137, 132, 265 i 267 PZ RS

47 *Analiza zakonodavstva, op. cit.*, 16.

uz to, ne mora biti pravnik, a naročito ne i advokat. Ovakav zaključak delimično koriguju pravila ZPP⁴⁸ o postavljanju privremenog zastupnika, koji mora biti advokat. Bez obzira na okolnost da se na osnovu ove odredbe privremeni zastupnik postavlja tuženom, kako drugih odredbi o tome nema, širim tumačenjem moralo bi se zaključiti da to treba da bude advokat i kada ga sud postavlja detetu u postupku u sporu za vršenje odnosno lišenje roditeljskog prava i u sporu za zaštitu prava deteta, što su, opet, paricijalna rešenja.

Podsećamo još jednom na već izrečen stav, koji se može i krajnje generalizovati, da opšta obaveza vođenja računa o najboljem interesu deteta od strane svih, pa i organa koji vode postupke i odlučuju, koriguje u izvesnoj meri nedosledno regulisan procesni položaj deteta, ali da je primena ovog standarda u praksi uslovljena brojnim teškoćama što je može relativizovati.⁴⁹

Čini se da analiza normativnog pristupa procesnoj poziciji deteta ukazuje da je opravdano na opštem nivou regulisati da je dete stranka u svim postupcima koji se odnose na njegova prava i interese. Ipak, takav pristup tesno je povezan uz problem samostalnog preduzimanja procesnih radnji i zaslužuje komentar u kontekstu opšteg stava teorije građanskog procesnog prava da parnična sposobnost može biti samo potpuna, neograničena.⁵⁰ Naime, načelu pravne sigurnosti direktno se protivi dopuštenje preduzimanja samo nekih parničnih radnji - "delimična", "posebna" procesna (parnična) sposobnost, kao što bi, npr., bilo pravo na pravni lek, pa se ovakva zakonska rešenja u teoriji osnovano kritikuju.⁵¹ Parničnu sposobnost deteta PZ RS ne reguliše već se primenjuju opšta pravila Zakona o parničnom postupku,⁵² iz kojih sledi zaključak da je dete parnično sposobno u granicama svoje poslovne sposobnosti. Takođe, PZ RS nema posebnih, specifikovanih pravila o mogućnost da se detetu, pod određenim uslovima i po dopuštenju suda, omogući da samostalno preduzima parnične radnje, kako to za "učesnike" predviđa npr., Zakon o vanparničnom postupku.⁵³ Pri tome se pod učesnicima podrazumevaju, pored lica koje je postupak pokrenulo i svi oni "o čijim se pravima ili interesima odlučuje (čl.7). Dozvola suda odnosi se na sve radnje na koje učesnik nije ovlašćen po zakonu, uz ocenu uslova da su sposobni da shvate značenje radnje i njene pravne posledice. Ipak, u teoriji se ova mogućnost tumači tako da i u parničnom i u vanparničnom postupku poslovno nesposobno lice mora zastupati zakonski zastupnik, a da će u

48 Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US, 55/2014 i 87/2018, u daljem tekstu "ZPP", čl. 81., up. sa čl. 265 st.3 PZ RS, o postavlja privremenog zastupnika od strane suda.

49 O ovom standardu i problemima u primeni, Palačković, D., *Najbolji interes deteta - "izjava težnje" ili dužnost?*, U:Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima EU (ur. Vlašković, B.), Kragujevac, Pravni fakultet, 2007, 287-297

50 Tako, Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, 308; Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *op.cit.*, 199; Jakšić, A., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2012, 216; Palačković, D., *Parnično procesno pravo*, Kragujevac, 2004, 106, 107.

51 Uzelac, A., Rešetar, B., *op. cit.*, 172- 174

52 Čl. 75 i 76 ZPP

53 Zakon o vanparničnom postupku RS, *Službeni glasnik SRS*, br. 25/82 i 48/88 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i 106/2015 - dr. zakon.

vanparničnom sud samo "uzeti u obzir" radnje poslovno nesposobnog lica na koje ga ovlašćuje zakon ili koje je preduzeo po ovlašćenju suda, dok je u parničnom ovakva mogućnost isključena.⁵⁴ Neka uporednopravna rešenja ovog problem, posebno u Obiteljskom zakonu i Porodičnom zakonu Federacije BiH⁵⁵ mogla bi biti predmet analize u procesu donošenja Zakona o pravima dece u Srbiji, koji je u toku. Naime, odredbe PZ RS o zakonskom zastupanju dece od strane roditelja (čl. 72) zapravo predstavljaju smetnju učešće dece u sudskim i drugim postupcima izvan granica njihove poslovne sposobnosti. Čak i kada su u pitanju poslovi i postupci «u granicama» poslovne, odnosno procesne sposobnosti, «pravo i dužnost» roditelja je da zastupaju decu, kao tzv. voljni zastupnici, ali bez bližih objašnjenja šta se pod tim podrazumeva.⁵⁶ Deca su, dakle, i u postupcima u kojima su stranke po zakonu "prikrivene", "pritajene", "posredne" stranke u smislu da ne preduzimaju neposredno procesne radnje.

U odnosu na pravo deteta da bude informisano, treba reći da ga PZ RS prihvata, odnosno normira⁵⁷ širokom formulacijom da "dete ima pravo da blagovremeno dobije sva obaveštenja koja su mu potrebna za formiranje svog mišljenja", a zapravo bi trebalo da mu se daju "odgovarajuće" i informacije "prilagođene" uzrastu i sposobnosti razumevanja (činjenica i okolnosti).⁵⁸ Iz ove odredbe se, pre svega, zaključuje da je obuhvaćen samo aspekt učešća deteta u sudskom postupku preko prava da izrazi mišljenje. Informisanost, međutim, mora biti obezbeđena i kada se dete pojavljuje kao stranka, bez obzira da li nacionalno zakonodavstvo dopušta samostalno preduzimanje procesnih radnji ili ne. Čak i kada je reč o situacijama kada se priznaje procesna poslovna sposobnost u granicama poslovne sposobnosti deteta, dakle kada dete ima pravo po zakonu da pokrene i vodi samostalno određene sudske postupke, nema odrednice o informisanosti o okolnostima relevantnim za njegovu stranačku poziciju, već se pretpostavlja da je informisano. To takođe ukazuje na neadekvatan normativni pristup, odnosno nedovoljno vođenje računa o okolnosti da su deca ranjiva kategorija čiji pravni položaj, pa i u vezi prava na pristup sudu podrazumeva niz specifičnosti.

4. Nacrt Zakona o pravima dece i Zaštitniku prava deteta i procesni položaj dece

Pomenutim Nacrtom ZPD, pored opštih ciljeva već navedenih u ovom radu, kojima se nastoji na uvođenju pravosuđa po meri deteta, u pogledu procesnog položaja deteta interesantne su norme u delovima koji se odnose na sudsku i drugu zaštitu prava deteta, položaj deteta u sudskim i upravnim postupcima, načela postupaka za zaštitu prava deteta, pravo deteta na pristup sudu i organima nadležnim

54 Poznić, B.; Rakić-Vodinelić, V., *op. cit.*, 685.

55 Porodični zakon Federacije BiH, "Narodne novine F BiH", br. 35/05 i 31/14, https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/porodicni_zakon_Federacije_BiH.pdf, u daljem tekstu "Porodični zakon F BiH"

56 Nepodeljen stav teorije građanskih sudskih postupaka je da dete samostalno i punovažno preduzima sve radnje u sporovima koji su proistekli iz materijalno-pravnih odnosa koje mogu samostalno punovažno zasnovati, umesto svih Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *op. cit.*, 200.

57 Čl. 65 st.2, čl. 266 st. 3

58 Konvencija EU, čl.2d, A.S. Kramar *et al.*, *op. cit.*, 18.

za zaštitu dečijih prava, dužnost obaveštavanja o povredama prava deteta i Zaštitniku prava deteta.⁵⁹ Posebno treba istaći kao napredak sa aspekta efikasne zaštite dečijih prava i izgradnje pravosuđa po meri deteta unošenje generalne odredbe (čl.7) kojom je predviđeno da je dete stranka u svim postupcima ”u kojima se odlučuje o njegovim pravima”. Ipak, ono što, *prima facie* sledi iz ove odredbe jeste da su to i dalje samo postupci u kojima su neposredno predmet spora dečija prava. Time se, međutim ne rešavaju brojne situacije u praksi kada predmet spora nije ni jedno konkretno pravo iz korpusa dečijih prava, a dete je svakako zainteresovano za ishod postupka. Uporednopravno takva su rešenja prihvaćena, pri čemu se ne insistira čak ni na postojanju ”pravno” već je, dakle, relevantan svaki interes deteta.⁶⁰ Pomenuto je već da pravo deteta na izražavanje mišljenja i njegov položaj stranke imaju sasvim različite posledice procesnopravno gledano, što vodi zaključku da se preko uvažavanja prava deteta da izrazi svoje mišljenje u nedovoljnoj meri štite njegova procesna prava.

U odnosu na procesnu poslovnu sposobnost treba pomenuti dva uporednopravno prihvaćena pristupa. Jedan je onaj iz Obiteljskog zakona koji precizira da dete sa navršenih 14 godina, ako je sposobno da shvati značenje i pravne posledice tih radnji, može, u postupcima o ličnim pravima i interesima da: iznosi činjenice, predlaže dokaze, podnosi pravne lekove i preduzima druge radnje, na sopstveni zahtev i po odobrenju suda.⁶¹ Na ovaj način se položaj deteta, svakako pod zakonskim uslovima jer se radi o licu koje nema potpunu poslovnu, pa ni procesnu poslovnu sposobnost, približava položaju stranke u svim postupcima o ličnim pravima i interesima. Ipak, navedeno je već da ovakvo rešenje trpi opravdanu kritiku u teoriji sa aspekta opštih učenja o parničnoj sposobnosti.⁶² Drugi je rešenje iz Porodičnog zakona F BiH, iz čl. 271 st.1,⁶³ da dete koje je navršilo 14 godina i za koje sud utvrdi da je sposobno shvatiti značenje i pravne posledice svojih radnji može, kao stranka ili učesnik postupka, samostalno preduzimati parnične radnje koji odgovara opštem stavu da parnična sposobnost može biti samo potpuna, a uvažava i stav teorije o tzv. evoluirajućoj poslovnoj,⁶⁴ a onda i procesnoj poslovnoj sposobnosti

59 Videti čl.6-10, kao i čl. Nacrta ZPD

60 U tom smislu Obiteljski zakon, čl. 358, odnosno da je dete stranka u svim sudskim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim ”pravima i interesima”. Videti više u Šantek, R., Parać Garma, M., *Sudjelovanje djeteta u sudskim postupcima te zaštita prava i dobrobiti djeteta u tim postupcima*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2016, <http://pak.hr/cke/obrazovni%20materijali/Sudjelovanje%20djeteta%20u%20sudskim%20postupcima%20te%20za%20C5%A1tita%20prava%20i%20dobrobiti%20djeteta.pdf>, 34-38.

61 Čl. 359 st.1 Obiteljskog zakona.

62 Videti str. 12 i 13. ovog rada

63 Slično i austrijsko pravo, par. 176/1 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, a više o ovim rešenjima videti Petrušić, N., *Austrijski model*, op. cit.,163-173.

64 U literaturi se navodi da je razvoj dece u psihičkom, kognitivnom i emocionalnom smislu najintenzivniji u periodu između desete i osamnaeste godine, Brink, D.O., *Immaturity, Normative Competence and Juvenile Transfer: How (not) to Punish Minors for Major Crimes*, University of San Diego, School of Law, Legal Studies Research Paper Series, No. 07-01, September 2005, 1571, kao i literatura na koju autor upućuje u nap. br. 62, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=800692, 28.06.2019; Takođe videti Milosavljević-Đukić, I., Tankosić, B., *Psihološki aspekti dečijeg razvoja od značaja za sudski postupak*, TEMIDA, 2018, vol.21, br.1, 23-40.

i predstavlja u mnogome revolucionaran pristup. Istovremeno je i u skladu sa potrebom prilagođavanja pravosuđa deci u najvećoj meri.

Nacrt ZPD, odredbom čl.7 st.3 u pogledu procesne sposobnosti deteta daje krajnje uopšten stav da "dete koje je procesno sposobno može samo ili preko punomoćnika koga samo izabere preduzimati radnje" u postupcima u kojima se odlučuje o njegovim/njenim pravima. Pri tome se ne uređuje na drugačiji način u odnosu na pozitivno pravo njegova procesna sposobnost što upućuje na primenu opšteg, već pomenutog stava, da je dete parnično (procesno) sposobno u granicama svoje poslovne sposobnosti. Kao opšti stav nije ni morao da se nađe u ovom, posebnom, zakonu, jer se prosto podrazumeva, a ne predstavlja poboljšanje procesnog položaja dece. Treba pomenuti da je Prednacrt ZPD⁶⁵ sadžao sasvim drugo rešenje, odnosno da dete u svim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim/njenim pravima i u kojima je stranka "može samo ili preko punomoćnika koga samo izabere preduzimati radnje"(čl.4 st.3), a nisu nam poznati motivi izmene ove formulacije. Pri tome je ostala neizmenjena formulacija čl. 6 st.1 da se u svim slučajevima povrede prava deteta moraju uspostaviti efikasna pravna sredstva kojima se omogućava detetu čije razvojne mogućnosti to dozvoljavaju da "samostalno traži zaštitu svojih prava", što se očigledno ne sprovodi u daljem tekstu Nacrta ZPD.

Nastojanju da se ustanovi pravosuđe po meri deteta svakako odgovara obezbeđenje nezavisnog zastupanja deteta (čl.6 st.2 t.4 Nacrta ZPD), kao i obaveza da se za kolizijskog zastupnika u slučaju suprotnih interesa deteta i njegovog zastupnika postavi advokat koji je stekao posebna znanja iz oblasti prava deteta (čl.7 st.4,5). Isti zaključak važi kada je reč o ovlašćenju suda da postavi detetu "lice za podršku" u postupcima u vezi sa porodičnim odnosima u kojima roditelji ističu suprotstavljene zahteve (čl.7 st. 10). No, i ovde je u odnosu na tekst Prednacrt ZPD učinjena izmena pa ovakva lica nisu više ona "sa liste stručnjaka koja se vodi u sudu" (čl. 4 st.6) već je reč uopšteno o licima koja pružaju psihološku podršku detetu tokom trajanja postupka, a zakonima i podzakonskim aktima će se regulisati uslovi, način postavljanja, obaveze i ovlašćenja ovih lica (čl.7 st.10,11). Opšta "dužnost" za "svakoga" da o povredi prava deteta obavesti centar za socijalni rad (čl.10 st.1 Nacrta ZPD) više je, međutim, proklamacija jer neispunjenje ne povlači odgovarajuće pravne konsekvence.

Nesporno je da su odredbe o obavezi suda i drugog nadležnog organa da, ukoliko odredi uzimanje izjave od deteta, mora da mu, pre saslušanja, da odgovarajuća objašnjenja i obezbedi pomoć i podršku od strane stručnog lica kako bi razumelo svoju ulogu u postupku i pripremio se za davanje izjave, kao i poštovanje prava deteta bez obzira na uzrast da "slobodno" izrazi mišljenje, ako to želi, širi pristup pravu deteta da izrazi svoje mišljenje u odnosu na važeću regulativu.

Odredbom čl.12 Nacrta ZPD ustostavljaju se i kriterijumi za ocenu najboljeg interesa deteta, veoma detaljno, uz navođenje i opšte formulacije o svim drugim okolnostima, ličnim svojstvima i stanjima koja mogu da utiču na dobrobit deteta, što je svakako od koristi sudovima i drugim organima, ali i u skladu sa opštim stavom na

65 <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/190718/190718-vest14.html>

međunarodnom nivou o individualiziranom pristupu u njegovom utvrđenju, odnosno oceni *in concreto*.

Obaveza organa javne vlasti da u svojoj odluci obrazlože kako su utvrdili mišljenje deteta i razloge zbog kojih su ga uvažili, odnosno nisu uvažili, i da o tome obaveste dete na način prilagođen uzrastu, razvojnim mogućnostima i komunikacionim i drugim sposobnostima i potrebama dece (čl.13 st.6 Nacrta ZPD) posebno je važna, s obzirom na to da se u praksi često dešavalo da obrazloženje odluka ne pominje ove okolnosti. Time se unekoliko razrađuje mera da se obezbede detetu "dostupne⁶⁶ sudske, upravne, nezavisne, žalbene i druge procedure"(čl.6 st.2 t.2 Nacrta ZPD).⁶⁷ Uz to pristup ovoj obavezi je veoma rigidan - propuštanje organa vlasti da postupi u skladu sa ovom obavezom predstavlja bitnu povredu odredaba parničnog postupka. Kako se ne kvalifikuje, međutim, o kakvoj povredi je reč ostaje da se procesnim zakonima odredi da li je reč o apsolutnoj ili relativnoj, kao i da li će o njoj sud u parničnom postupku voditi računa po službenoj dužnosti, što bi išlo u pravcu ostvarenja zahteva za pravosuđe po meri deteta, ili samo ako je navedena u žalbi.

Takođe, treba reći da se uvođenjem posebnog instituta Zaštitnika prava deteta⁶⁸ nesporno doprinosi i zaštiti prava dece i dostupnosti pravosuđa deci. Posebno je bitno da se iz smisla odredbe čl.94 st.5 može zaključiti da svako dete ima pravo na podnošenje pritužbe zaštitniku, da svako dete ima pravo da izrazi mišljenje u postupku po pritužbi i da se u slučaju kada mišljenje nije uzeto u obzir detetu mora na način prilagođen uzrastu objasniti zašto to nije učinjeno. Svakako da mišljenja i preporuke koje donosi zaštitnik imaju uticaja u sistemu zaštite prava dece, ali i da nisu takve pravne snage kao odluke sudova i drugih nadležnih organa.⁶⁹

Zaključak

Zaštita prava dece u sudskim (i upravnim) postupcima podrazumeva usvajanje, odnosno normativno prihvatanje kopusa supstancijalnih prava dece, ali i ništa manje važne mehanizme kojima se deci, kao posebno osetljivoj kategoriji lica koja su stoga i pod, u mnogome posebnim, pravnim režimom, omogućava učešće u postupcima u kojima se štite njihova prava, ali i interesi. Pravni sistem Republike Srbije u procesu realizacije oba ova cilja čini svakako značajne pomake, čime se približava zahtevima, odnosno standardima usvojenim na međunarodnom nivou. Aktuelnost zahteva za pravosuđem koj je prilagođeno deci uslovlila je niz izmena u porodičnom

66 Dostupnost se svakako odnosi i na specifičnosti u korišćenju sistema pravne i posebno besplatne pravne pomoći, ali je to složeno pitanje koje biu zahtevalo dublju analizu odredaba Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, "Službeni glasnik RS", br. 87/2018, što nije moguće u ovom radu usled ograničenog obima.

67 I Obiteljski zakon, čl. 361, npr. predviđa ovakvu obavezu za sud: dostavljanje odluke posebnom staratelju, odnosno zakonskom zastupniku deteta i upoznavanje deteta sa sadržajem odluke i pravom na izjavljivanje pravnog leka lično ili uz pomoć stručnog lica, osim ako bi to uslovlilo posledice po zdravlje ili razvoj deteta.

68 Od 2008. god u Republici Srbiji postoji Zamenik zaštitnika građana za prava deteta

69 Videti čl. 104 i 105 Nacrta ZPD

zakonodavstvu kojima se nastoji na realizaciji ovog cilja, ali se, ipak, može reći da implementacija obaveznih i preporučenih mere u ovoj oblasti zaštite ljudskih prava iz međunarodnih dokumenata nisu još uvek dostigle neophodan nivo. Na to posebno ukazuje okolnost da dete, prema domaćem zakonodavstvu, nije stranka u svim sudskim (i drugim) postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima i interesima, kao i da ne postoje specifična rešenja u odnosu na procesnu poslovnu sposobnost dece. Analiza Nacrta Zakona o pravima deteta i zaštitniku prava deteta, ukazuje da se ni u procesu njegovog donošenja nije učinio napor da se ova pitanja regulišu na način koji bi obezbedio dostupnost pravosuđa i njegovo neophodno prilagođavanje ovoj posebno ranjivoj kategoriji.

Dr. sc. Dušica Palačković, Full professor
University of Kragujevac Faculty of Law

PROTECTION OF THE CHILDREN'S RIGHTS IN CIVIL LAWSUITS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

(is the jurisdiction in Serbia adjusted to suit children's needs?)

Summary: The substantial rights of children, recognized by the international documents (binding and referential), that is their violation or endangerment, entail the necessity of the recognition and implementation of children's procedural rights at the highest levels. The standard "justice adjusted to children" or "child-friendly justice", defined in the Council of Europe Guidelines adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, foresees the guarantees for efficient and effective implementation of procedural rights of children at the national level according to the principle of participation, the best interest of the child, dignity, participation in the procedures before relevant bodies and protection from discrimination. The basic problem of national legislations is the framework for independent participation which affect children's rights in a direct or indirect way. The child's age and the understanding capacity always represent the limiting factors for children in every single case. In this paper the author analyzes the international standards which ensure "child-friendly justice" and the level attained by individual national legislations, particularly in the Republic of Serbia, in the realization of this goal.

Key words: the rights of the child, child participation, child's opinion, Family Law of the Republic of Serbia, the Law on the rights of the child.

Dr.sc. Anita Duraković, vanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

JAVNI POREDAK – UTJECAJ LJUDSKIH PRAVA NA MEĐUNARODNO PORODIČNO PRAVO

Utjecaj koji ljudska prava, preko instituta javnog poretka, imaju na primjenu stranog prava i priznanje strane odluke, smatra se značajnom i interesantnom temom međunarodnog porodičnog (privatnog) prava. Ona su garantirana ustavima država te brojim međunarodnim dokumentima donesenim pod okriljem različitih organizacija. Radi se o temeljnim vrijednostima domaćeg pravnog poretka, koje moraju biti zaštićena pod svaku cijenu. U radu ćemo se osvrnuti na institut javnog poretka, njegovu funkciju, a posebno na sadržaj, koji je u velikoj mjeri determiniran upravo ljudskim pravima sadržanim u Europskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine i Povelji EU o osnovnim pravima iz 2009. godine. Ukazati ćemo i na praksu Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije. Stavovi zauzeti u sudskim odlukama nesumnjivo će utjecati na europski i nacionalni pravni okvir, sadržaj javnog poretka te posljedično i na odluke domaćih sudova.

Ključne riječi: javni poredak, ljudska prava, međunarodno porodično pravo.

1. Uvodna razmatranja

Institut javnog poretka prisutan je u svim pravnim sistemima; neodvojivi je dio koncepta međunarodnog privatnog prava koje bez njega, vjerojatno, ne bi moglo postojati. Razvio se kao posljedica nemogućnosti države da prihvati svako dejstvo stranog prava ili strane odluke, pa makar to bilo i u interesu efikasnije međunarodne suradnje. Pozivajući se na institut javnog poretka domaći organ će u konkretnom slučaju odstupiti od primjene stranog prava na koje ga upućuje domaća koliziona norma i umjesto mjerodavnog prava primijeniti ili domaće pravo ili prilagođeno strano pravo. Isto tako, strana sudska odluka neće biti priznata, ako je u suprotnosti sa javnim poretkom države priznanja. Posebno značajnu ulogu ovaj institut danas ima kada su u pitanju porodično pravni odnosi sa međunarodnim obilježjem, jer upravo u ovoj oblasti se nacionalna zakonodavstva razlikuju daleko više, nego u bilo kojoj drugoj oblasti privatnopravnih odnosa.

Institut javnog poretka je, kao uostalom i cjelokupno međunarodno porodično (privatno) pravo, izložen eurointegracijskim procesima, koji imaju za posljedicu da se javni poredak, kao pravni standard pojedinih država ne određuje samo prema vlastitom „nacionalnom poimanju“, već i prema međunarodnim standardima. Ovi međunarodni standardi sadržani su u multilateralnim konvencijama ratificiranim od strane evropskih država kao i komunitarnom pravu Evropske unije. Poseban

značaj i utjecaj imaju norme o ljudskim pravima sadržane u Europskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine (u daljem tekstu EKLJP)¹ i Povelji EU o temeljnim pravima iz 2009. godine (u daljem tekstu PTP).² Radi se o osnovnim vrijednostima koje predstavljaju bazu našeg pravnog sistema i temelj društvenog suživota.³ U osnovi, radi se o „napetom odnosu“ između, s jedne strane težnje za međunarodnom privatnopravnom harmonijom i, s druge strane insistiranju na nacionalnom suverenitetu.⁴

Nakon što se osvrnemo na institut javnog poretka i njegovu funkciju, posebnu pažnju posvetit ćemo sadržaju javnog poretka koji je u značajnoj mjeri determiniran ljudskim pravima sadržanim u navedenim dokumentima. S obzirom da je utjecaj ljudskih prava preko instituta javnog poretka najsnažniji u oblasti porodičnog prava, izdvojit ćemo one norme, koje se odnose na oblast porodičnog prava i oblikuju pojedine njegove institute te konkretizuju nacionalni javni poredak. U tom procesu značajnu ulogu ima Europski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESJLP) i Sud EU, koji svojim stavovima zauzetim u sudskim odlukama utječu na europski i nacionalni pravni okvir, sadržaj javnog poretka, a posljedično i na odluke domaćih sudova.

2. Javni poredak

Prihvatanje kolizionopravnog sistema, tj. prihvatanje mogućnosti da domaći sudovi primijene strano materijalno pravo, odnosno da priznaju učinke strane odluke, povezano je s rizikom da će konkretna norma stranog prava, odnosno određena strana odluka voditi ka rezultatima koji su nespojivi sa temeljnim vrijednostima domaćeg pravnog poretka. Njemački autor Raape opisao je ovu situaciju, kasnije često citiranim riječima „skok u mrak“.⁵ Stoga kolizionopravna otvorenost prema stranom pravu i stranim odlukama zahtjeva postojanje određenog korektivnog mehanizma kako bi se izbjegli neželjeni rezultati. Pojedini autori govore o javnom poretku kao *condotio sine qua non* emancipacije kolizionog od materijalnog prava.⁶ U svim modernim pravnim sistemima nailazimo na institut javnog poretka,⁷ kojim se štiti temeljne vrijednosti domaćeg pravnog poretka. Radi se o vrijednostima od kojih se ne može odstupiti čak ni onda kada domaća pravila međunarodnog privatnog prava prihvaćaju kompetentnost stranog prava, odnosno kada smatraju adekvatnim procesne uvjete pod kojim je strana odluka donesena.

1 Potpisana je u Rimu 4. 11. 1950. godine, a stupila je na snagu 3. 9. 1953. godine.

2 Povelja EU o temeljnim pravima (2016/C 202/02), Službeni list Europske unije C 202/389 od 7. 6. 2016.

3 Sonnenberger, H.J. *Wandlungen und Perspektiven des familienrechtlichen oredre public* u: Freitag, R., Leible, S., Sippel, H., Wanitzke, (Ur.) *Internationales Familienrecht für 21. Jahrhundert, München*, 2006., str. 29.

4 Oster, J., *Public policy and human rights*, Journal of Private International Law, Vol. 11, 2015., str. 544.

5 “Spring ins Dunkele”, Raape, IPR, str. 90. u: Voltz, M., *Menschenrechte und ordre public im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt, 2002., str. 1.

6 Von Br, Ch, IPRI, Rn. 631., u Voltz, M., op. cit., str. 1.

7 Javlja se kao pojam: *ordre public*, *public policy*, *öffentliche Ordnung*, *exception d’ordre public*, *ordine pubblico*.

Prilikom primjene ovoga instituta treba imati na umu par općeprihvaćenih pravila. Riječ je o neophodnosti postojanja veze pravne situacije s *lege fori*, te potrebi uvažavanja samo efekata primjene strane norme, odnosno učinaka strane odluke. Veoma je važan i moment relevantan za ocjenu protivnosti stranog prava domaćem javnom poretku. Njemački autor Voltz govori o relativizaciji javnog poretka, tj. javni poredak ima relativan karakter s obzirom na prostor, sadržaj i vrijeme.⁸ Stoga se ocjena protupravnosti stranog prava domaćem javnom poretku donosi u trenutku donošenja odluke o meritumu. Institut javnog poretka se mora restriktivno tumačiti, što znači da će se organ primjene prava pozvati na institut javnog poretka samo ako je došlo do povrede temeljnih vrijednosti domaćeg javnog poretka. Koje su to temeljne vrijednosti određuje svaka država sama za sebe tako što bira one norme domaćeg prava koje smatra fundamentalnim načelima i daje im karakter normi javnog poretka.⁹

Javni poredak, kao instrument međunarodnog privatnog prava ima relativno neodređen sadržaj, što je u skladu sa prirodom njegove funkcije. Države obično propisuju opću formulaciju – strano pravo se neće primijeniti, odnosno strana odluka neće se priznati ako je suprotna domaćem javnom poretku – a u praksi prepuštaju svojim organima primjene prava da taj pojam utvrđuju prema konkretnim okolnostima. Otuda njegova zakonska definicija ima apstraktan karakter. Kao oruđe prakse, javni poredak dobiva svoje potpuno obličje i sadržaj u postupku rješavanja raznovrsnih odnosa međunarodnog privatnog prava.¹⁰ Slobodno možemo reći da je glavni kreator njegovog sadržaja praksa nacionalnih sudova i drugih državnih organa.

U Bosni i Hercegovini je Zakonom o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih država u određenim odnosima iz 1982. godine koji je donijela bivša SFRJ¹¹ (u daljnjem tekstu ZMPP) propisano da se strano pravo neće primjenjivati ako su njegovi učinci u suprotnosti s Ustavom utvrđenim osnovama društvenog uređenja (čl. 4.), odnosno strana odluka se neće priznati ako je suprotna Ustavom utvrđenim osnovama društvenog uređenja (čl. 91.). Upućivanje na odredbe Ustava donekle je bilo prihvatljivo u vrijeme donošenja ZMPP s obzirom na sveobuhvatnost tadašnjeg Ustava SFRJ. Mada je doktrina i tada smatrala da javni poredak ne može biti vezan isključivo odredbama Ustava: „Izabranom formulacijom željelo se nagovijestiti sadržaj javnog poretka, a ne ograničiti njegov domašaj.“¹² Vremenom su se ustavni tekstovi u državama sljednicama SFRJ u mnogome promijenili u odnosu na ustav koji je vrijedio u vrijeme donošenja zakona.¹³ Uzimajući u obzir sadržaj Ustava

8 Voltz, M., op.cit., str. 28 – 33.

9 Staudinger, A., *Der ordre public-Einwand im Europäischen Zivilverfahrensrecht*, EuLF 5, 2004., str. 274.

10 Ročkomanović, M., *Međunarodno privatno pravo*, 1988, Niš, str. 78.

11 Službeni list SFRJ br. 43/1982, 72/1982. ZMPP je preuzet u pravni poredak BiH: Službeni list RBiH br. 2/1992. Uredba je potvrđena Zakonom o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom, objavljen u Službenom listu RBiH, br. 13/1994.

12 Dika, M., Knežević, M., Stojanović, S., *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1991., str. 16

13 Živković, M., *Opšte ustanove međunarodnog privatnog prava i Zakonom o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja – pogled dvadeset godina kasnije i de lege ferenda*, u Živković, M., (ur.) *Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu*, Niš, 2004., str. 26.

Bosne i Hercegovine jasno je da je nomotehnički izričaj klauzule javnog poretka naših propisa postao preuzak. Stoga, članove 4. i 91. ZMPP treba shvatiti kao generalnu klauzulu javnog poretka kojom se štite osnovne vrijednosti domaćeg pravnog poretka regulirane ustavnim pravom, zakonima, opštim pravnim načelima i međunarodnim dokumentima.¹⁴

Primarno mjesto u europskom kontekstu zauzimaju EKLJP, koja predstavlja korektiv pravnih normi svih država ugovornica, i PTP, koja je integrirana u korpus obavezujuće pravne stečevine EU.¹⁵ Stoga se sve otvorenije i glasnije govori o europeizaciji javnog poretka.¹⁶ Ideja o jednom zajedničkom „europskom javnom poretku“¹⁷ prvi put se javila sredinom 50-ih godina, a iznio ju je njemački pravni teoretičar Neuhaus.¹⁸ Bila je revolucionarna, jer je u to vrijeme javni poredak imao isključivo nacionalni karakter, te se smatralo da u svijetu ima onoliko javnih poredaka koliko ima država. Danas se pod tim pojmom podrazumijevaju zajednička temeljna pravna načela koja čine neodvojivi dio pravnih poredaka europskih država, uključujući i država članica Europske unije, a ljudska prava predviđena EKLJP, koja je na snazi u svim europskim državama, imaju prvenstveni značaj.¹⁹ EKLJP predstavlja zajednički europski zaštitni sistem temeljnih prava, a ona ljudska prava koja sadrži možemo danas promatrati kao jezgru temeljnih prava²⁰ iz koje će se razviti, odnosno razvija se europski javni poredak.²¹ Pored EKLJP, europski javni poredak obuhvata i vrijednosti koje proizlaze iz prava Europske unije, prije svega PTP, što implicira „postepeno spajanje vrijednosti „dviije Europe“, sjedišta ljudskih prava i zajednice privrednih interesa.²² Težnja za europeizacijom javnog poretka povezana je s nadom da će se kriteriji za primjenu instituta javnog poretka u Europi korak po korak približavati, te da će, barem na regionalnom nivo, dovesti

14 Meškić, Z., Đorđević, S., *Međunarodno privatno pravo – Opći dio*, Sarajevo, 2016., str. 131; Stanivuković, M., Živković, M., *Međunarodno privatno pravo, opšti deo*, Beograd, 2004., str.347-349; Kostić-Mandić, M., *Međunarodno privatno pravo*, Podgorica, 2017., str. 100; Kecskés, L., Kovács, K., Župan, M., *Javni poredak u nacionalnom i europskom međunarodnom privatnom i procesnom pravu u: Župan, M., Vinković, M., (ur.), Suvremeni pravni izazovi: EU – Mađarska – Hrvatska*, Pečuh-Osijek, 2012., str. 439.

15 Župan, M., *Temeljna ljudska prava i prekogranične životne zajednice – registrirano partnerstvo u fokusu u: Varady, T., Mitrović, D., Hiber, D., i dr. (ur.), Liber Amicorum Gašo Knežević*, Beograd 2016., str. 145.

16 Helms, T., *Ordre public – Der Einfluss der Grund- und Menschenrechte auch das IPR*, IPRax 2/2017, str. 156.

17 Duraković, A., *Institut „javni poredak“ u konvencijskom međunarodnom privatnom pravu i komunitarnom pravu Europske unije*, Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar 2008, str. 513.

18 Neuhaus, P.H., *Grundbegriffe des Internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1962., str. 263.

19 Renfert, M., *Über die Europäisierung der ordre public Klausel*, Berlin, 2002., str. 118.

20 Looschelders D., *Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationales Privatrecht*, RabelsZ 2001., str. 483.

21 Pfeiffer, T., *Einheitliche unmittelbare und unbedingte Urteilsgeltung in Europa*, FS für Erick Jayme, 2004., str. 684.

22 H.M.Watt, *Evidence of an Emergent European Legal Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness under the Brussels and Lugano Conventions*, 36 Texas International Law Journal, 2001., str. 539., u Kecskés, L., Kovács, K., Župan, M., op. cit., str. 461.

do harmonije u procesu donošenja odluka.²³ Europski javni poredak bi u budućnosti trebao biti instrument ujednačavanja različitih materijalnih normi u europskim državama, posebno državama Europske unije te doprinijeti procesima integracije i osigurati implementaciju komunitarnog prava.²⁴

Utjecaj ljudskih prava preko instituta javnog poretka naj snažnija je u oblasti porodičnog prava.²⁵ To je sasvim razumljivo jer je ova oblast bila, i danas jeste, jedna od onih u kojima su postojeće razlike u njenom pravnom reguliranju rezultat ne samo različitih društveno – ekonomskih uvjeta u pojedinim državama, već su nastale kao plod djelovanja, drugih vanpravnih činilaca, kao što su moral, običaji, religija, tradicija i dr. Upravo stoga i ne postoji tako snažno zanimanje država za jednom globalnom unifikacijom u ovoj materiji kao što postoji npr. kada se radi o ugovornim odnosima. Pojedini autori govore o „emocionalno opterećenoj“ pravnoj oblasti²⁶, o „jezgri nacionalnih pravnih vrijednosti“.²⁷

O izmjenama i perspektivi javnog poretka u oblasti porodičnog prava pisao je 2006 godine *Sonnenberger* poentirajući da „porodičnopравни javni poredak“ uopće više ne postoji,²⁸ te da su njegovo mjesto „zauzela“ individualna prava pojedinih članova porodice, kao što je pravo na jednakost bračnih partnera, pravo na brak,²⁹ zaštita interesa djece.³⁰ Ovakav stav je sa aspekta porodičnog prava razumljiv: U jednom pluralističkom društvu, u kojem se zakonodavac odmakao od krute slike porodice i braka, ljudska prava imaju centralno značenje, posebno ako se žele precizirati temeljne vrijednosti porodičnog prava.³¹ Unoseći klauzulu javnog poretka u međunarodno porodično (privatno) pravo, zakonodavac ne treba imati u vidu samo zaštitu sebe i svojih pravnih interesa, već voditi računa o tome što odgovara samim strankama.³² Ovakav pristup znači raskidanje sa „slijepom“ kolizijom pravičnošću i približavanje „*result selective*“ metodu, prema kojem na odluku o tome koje će pravo biti mjerodavno presudno utječe upravo materijalna sadržina kolidirajućih zakona. Institut javnog poretka kao da nastoji premostiti jaz između „slijepe“ kolizije pravičnosti, kojoj je cilj da se izbor mjerodavnog prava vrši pomoću objektiviziranih faktora lokalizacije koji mjerodavno pravo čine predvidivim, a

23 Helms, T., IPRax 2/2017, str. 156.

24 Reichelt, G., *Zur Kodifikation des Europäischen Kollisionsrechts – am Beispiel des ordre public* u: Reichelt, G., (ur.), *Europäische Gemeinschaftsrecht und IPR – Ein Beitrag zur Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts*, Wien 2007., str. 11.

25 Stoga ne čudi što su Hess i Pfeiffer u velikoj usporednopravnoj studiji o ulozi instituta javnog poretka u europskom kolizionom i procesnom pravu imali vrlo malo relevantne sudske prakse vezane za povredu javnog poretka iz Uredbi Rim I i Rim II. Hess, B., Pfeiffer, T., *Auslegung des in EU-Instrumenten des internationalen Privatrechts und Verfahrensrechts enthaltenen Ordre public-Vorbehalts*, 2011, str. 45-47.

26 Bangemann, M., *Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union*, ZEuP 3, 1994., str. 378.

27 Luther, G., *Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft*, RabelsZ 45, 1981., str. 256.

28 Sonnenberger, H.J., op. cit. str. 53.

29 Ibidem, str. 45.

30 Ibidem, str. 52.

31 Holms, T., op. cit., str.156.

32 Mänhardt, F., Posch, W., *Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitprivatrecht*, SpringerWienNewYork, 1999, str. 35.

bez obzira na meritorni ishod spora, i materijalne pravičnosti *in concreto*.³³ Treba, ipak, primijetiti da do ovih korekcije dolazi samo izuzetno i to radi zaštite temeljnih vrijednosti domaćeg pravnog poretka.

Materijalnopravni instituti porodičnog prava, koji potenciraju potrebu za pozivanjem na institut javnog poretka jer narušavaju suvremeno poimanje jednakosti muškarca i žene, slobodu sklapanja braka, zaštitu najboljeg interesa djeteta kao i poštivanje privatnog i porodičnog život, vezani su za pitanja poligamnih brakova, otpusta žene - repudijacija, dječjih brakova, istospolnih zajednica života,³⁴ te surogat materinstva. Upravo je u ovim slučajevima potrebno naći kompromis između poštivanja kulturne različitosti s jedne strane i standarda zaštite ljudskih prava s druge.³⁵

3. Standardi EKLJP

EKLJP je vodeći instrument za zaštitu ljudskih prava u Europi, a njene najvažnije odredbe u kontekstu međunarodnog porodičnog prava jesu čl. 8. – pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života i čl. 12. – pravo na sklapanje braka i na njih ćemo se posebno osvrnuti. Međutim, značajne su i druge odredbe, posebno čl. 14. – zabrana diskriminacije i čl. 5. Protokola 7 – jednakost među supružnicima. Zabrana diskriminacije ima karakter akcesornog prava, jer je svrha čl. 14. da se pojedinci zaštite od diskriminacije u uživanju materijalnih prava garantiranih odredbama EKLJP i pripadajućih joj protokola. Dakle, zabrana diskriminacije nije usmjerena protiv diskriminacije generalno, već samo protiv diskriminacije u odnosu na prava i slobode koje jamči EKLJP, te ćemo je i razmatrati u okviru spomenutih članova – čl. 8. i 12. Čl. 5 Protokola 7. garantira jednaka prava bračnim partnerima pri sklapanju braka, za vrijeme braka i u slučaju raskida. Ovo pravilo normira specijalni oblik zabrane diskriminacije. Kod primjene instituta javnog poretka, čl. 5 Protokola 7. EKLJP postao je relevantan u oblasti repudijacije kao posebnog oblika prestanka braka prema islamskom pravu i u oblasti imovinskih bračnih odnosa. Kasacioni sud u Francuskoj je 1994. godine primjenom instituta javnog poretka odbio priznati repudijaciju izrečenu prema marokanskom pravu kao validan razvod braka, jer je, prema mišljenju suda, došlo do povrede čl. 5. Protokola 7 EKLJP.³⁶ U odluci od 11. 3. 1997. godine³⁷ francuski sud je otišao i korak dalje, te je konstatirao da je, općenito, institut repudijacije suprotan čl. 5. Protokola 7., jer

33 Muminović, E., *O uzajamnom odnosu načela najuže veze, autonomije volje i favorabilnosti mjerodavnog prava u vezi s potrebom zakonodavnog djelovanja države BiH u materiji međunarodnog privatnog prava*, Separat iz Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu XLI, Sarajevo, 1998., str. 12.

34 Kecskés, L., Kovács, K., Župan, M., op. cit., str. 463.

35 Vidjeti: Resolution of the Institut de droit international, Rapporteur: M. Paul Lagarde, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_02_fr.pdf; (29. 5. 2019.); Declaration: Third Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues Hosted by the Government of Malta in Collaboration with the Hague Conference on Private International Law, 26 March 2009, https://assets.hcch.net/upload/maltadec109_e.pdf; (29. 5. 2019.).

36 Cass. Civ. 1, 1. 6. 1994, D. 95, 263 – RC 95, 103, Ferrand, F., *Das französische Privatrecht und die Europäische Menschenrechtskonvention*, *RabelsZ* 63, 1999., str. 668, Renfert, M., op. cit., str. 108.

37 Cass. Civ. 1, 11. 3. 1997, D. 1997, 400, Ferrand, F., op. cit. str. 669.

se krši pravo na jednakost bračnih partnera prilikom prekida braka. Na isti način je postupio i belgijski sud u vezi s repudijacije izrečenom prema marokanskom pravu, te potvrdio da su odredbe EKLJP kriterij za primjenu instituta javnog poretka.³⁸ U oblasti imovinskih bračnih odnosa značajna je odluka francuskog Kasacionog suda³⁹ prema kojoj je pozivom na institut javnog poretka otklonjena primjena švicarskog porodičnog prava jer je u suprotnosti sa čl. 5 Protokola 7 EKLJP.

Najvažnije tijelo u zaštitnom sistemu EKLJP jeste Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP), koji je tokom četiri desetljeća djelovanja donio više od četrdeset presuda u kojima je odlučivao o tome je li uređenje i primjena porodičnopravnih instituta u skladu sa zahtjevima iz EKLJP.⁴⁰ Svojom djelatnošću ESLJP unaprijedio je spoznaju o tome kako bi trebalo pravno urediti neki društveni odnos. Obveznost odluka ESLJP djeluje na usklađivanje nacionalnih pravnih sistema i na taj način doprinosi stvaranju općih pravnih standarda i načela.⁴¹

3.1. Čl. 8. EKLJP

Čl. 8. EKLJP garantira prava na poštivanje privatnog i porodičnog života. Radi se o pravu, koje je prema stavu ESLJP izrečenom po prvi put prije više od trideset godina u predmetu *Olsson p. Švedske*,⁴² od fundamentalnog značaja. Od tada zaštita porodičnog života predstavlja imperativ koji mora biti garantiran u državama ugovornicama EKLJP. To znači da pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života predstavlja dio nacionalnog javnog poretka, te se neće primijeniti strano pravo, odnosno neće biti priznata strana odluka ukoliko to ima za posljedicu ugrožavanje ovoga prava.

Jasna i precizna definicija privatnog života ne postoji te je Europska komisija za ljudska prava pokušala odrediti sadržaj ovoga pojma. Ona smatra da privatni život predstavlja privatnu sferu, pravo čovjeka da živi kako želi, zaštićen od javnosti, a do izvjesne mjere obuhvata i pravo na uspostavljanje i njegovanje odnosa sa drugim ljudskim bićima, naročito u emocionalnoj sferi, radi razvijanja i zadovoljenja vlastite ličnosti.⁴³ Pojam „porodični život” iz čl. 8. nije ograničen samo na porodice zasnovane na braku te može obuhvatiti i druge *de facto* odnose. U odlučivanju da li se za neki odnos može reći da ulazi u domenu „porodični život”, niz činjenica može biti relevantno, uključujući živi li par zajedno, koliko traje njihova veze i jesu li prikazali privrženost jedno drugom tako što su zajedno rodili djecu, ili na drugi način.⁴⁴ U

38 Pintens, W., *Menschenrechtskonvention und Privatrecht – Auswirkung in Belgien*, *RabelsZ* 63, 1999, str. 696-707, Renfert, M., *op. cit.*, str. 107.

39 Cass. Civ. 1, 24.02.1998, Rev. trim.dr.civ. 1998, str. 521, Renfert, M., *op.cit.*, str. 110, Ferrand, F., *op. cit.*, str. 669.

40 Jakovac-Lozić, D., *Europsko obiteljsko pravo – šanse i perspektive*, Hrvatska pravna revija 6, 1995., str. 54.

41 Schulze, R., *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europisches Privatrecht*, *ZEuP* 8, 1993., str. 455.

42 Odluka ESLJP u predmetu *Olsson p. Švedske*, 24. 3. 1988., (Predstavka br. 10465/83), Brötel, A., *Schutz des Familienlebens*, *RabelsZ* 63, 1999, str. 580.

43 Izvještaj Europske komisije od 11. 3. 1979. godine, Drzemczewski, A., *The right to respect for private and family life, home and correspondence*, *Human Rights Files*, Strasbourg 1984, str. 7-8.

44 Odluka ESLJP u predmetima *Johnston* i drugi p. Irske od, 18. 12. 1986., (Predstavka br. 9697/82), *X,Y,Z p. Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. 4. 1997., (Predstavka br. 21830/93).

stavu 2. člana 8. EKLJP propisana je obaveza države da se uzdrži od miješanja u vršenje ovoga prava, osim „ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.“ Čl. 8., dakle, nameće dvije vrste obaveza državama: “negativnu” obavezu da se uzdrže od miješanja u bilo koja od prava navedenih u čl. 8. st. 1. osim ako nisu ispunjeni uvjeti iz čl. 8. st. 2., i “pozitivnu” obavezu da se preuzmu koraci u cilju zaštite privatnog života pojedinaca, posebno od miješanja od strane drugih.⁴⁵ U posljednjih deset godina ESLJP značajno je proširio zaštitni opseg čl. 8. Ovakav razvoj razumljiv je ako se uzme u obzir da primjena prava iz EKLJP zahtjeva nalaženje ravnoteže između zaštite ljudskih prava i polja slobodne procjene država ugovornica, posebno u onim oblastima, kao što su npr. istospolne zajednice života i surogat materinstvo, „gdje ne postoji konsenzus na evropskom nivou o pitanjima od dubokog društvenog i kulturnog značaja, za koja se iz tog razloga države ugovornice smatraju najkompetentnijima da procjenjuju i odgovaraju na potrebe društva.“⁴⁶

Vrlo dinamičnu oblast u praksi ESLJP, u kontekstu prava iz čl. 8., predstavljaju istospolne zajednice života. Istospolni par koji živi u stabilnom odnosu obuhvaćen je pojmom privatnog i porodičnog života na isti način kao i heteroseksualni par. To je načelo prvi put izloženo u predmetu *Schalk i Kopf protiv Austrije* iz 2010. godine⁴⁷ u kojem je ESLJP smatrao umjetnim ustrajanje na stavu da, za razliku od raznospolnog para, istospolni par ne može uživati u „porodičnom životu“ u smislu čl. 8. Slijedom toga, suživot istospolnog para koji živi u stabilnom *de facto* partnerstvu, obuhvaćen je pojmom „porodičnog života“ baš kao i zajednica života osoba suprotnog spola u istoj situaciji. ESLJP je stoga zaključio da je došlo do povrede i čl. 14. u vezi s čl. 8. U predmetu *Pajić protiv Hrvatske* iz 2016. godine,⁴⁸ podnositeljica zahtjeva (državljanica BIH) zatražila je u decembru 2011. odobrenje za privremeni boravak u svrhu spajanja porodice, a budući da godinama ima stabilnu vezu s istospolnom partnericom iz Hrvatske. Policija je zahtjev odbila pozivajući se na Zakona o strancima kojim se takva zajednica ne smatra „porodičnom zajednicom“. ESLJP stavio je ovakve stabilne veze u domašaj pojma porodice, nije našao opravdanja diskriminirajućim odredbama Zakona o strancima te zaključio da je došlo do povrede čl. 14. u vezi s čl. 8. Recentan je stav ESLJP u predmetu *Oliari i drugi protiv Italije*⁴⁹ u kojem je konstatirao da su nedvojbeno istospolni parovi jednako sposobni ući u stabilnu i trajnu vezu, potvrdio je temeljno pravo istospolnih parova na pravno priznanje, te zaključio da je došlo do povrede čl. 14. u vezi s čl. 8. Također, tražio je donošenje zakona o istospolnim partnerstvima koje i donesen 10. 6. 2015. godine.

45 Moreham, N.M., *The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination*, *European Human Rights Law Review* 1/2008, str. 46.

46 Više u: Roagna, I., *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj Konvenciji o ljudskim pravima*, Priručnici Saveta Evrope za ljudska prava, Strasbourg 2012, str. 9-10.

47 Odluka ESLJP u predmetu *Schalk i Kopf p. Austrije*, 24. 6. 2010., (Predstavka br. 30141/04).

48 Odluka ESLJP u predmetu *Pajić p. Hrvatske*, 23. 2. 2016., (Predstavka br. 68453/13).

49 Odluka ESLJP u predmetu *Oliari i drugi p. Italije*, 21. 10. 2015., (Predstavke br. br. 18766/11 i 36030/11).

Nedugo zatim uslijedila je odluka ESLJP u predmetu *Orlandi i drugi protiv Italije* iz 2017. godine⁵⁰ koja se ticala odbijanja registracije istospolnih brakova sklopljenih u inozemstvu. ESLJP je najprije naglasio kako su države još uvijek slobodne ograničiti brak samo za heteroseksualne parove, ali da ipak, istospolni parovi moraju imati pravno priznanje i zaštitu svog odnosa. Odlukama kojima se odbijaju priznati takve zajednice *u bilo kojem obliku*, podnositelji zahtjeva lišeni su bilo kakvog priznanja i zaštite, a ne postoji prevladavajući interes javnosti koji bi opravdao takvo stanje. Do donošenja novog zakona podnositelji zahtjeva nisu imali na raspolaganju zakonski okvir koji bi osigurao priznavanje i zaštitu njihovih istospolnih zajednica, čime je država povrijedila njihovo pravo na porodični život garantiran čl. 8. S obzirom da u državama koje ne uređuju istospolne zajednice života neće ni moći doći do njihovog osnivanja bez obzira što npr. personalno pravo partnera daje tu mogućnost, osnovni problem jeste priznanja strane istospolne zajednice. Uzimajući u obzir odluke ESLJP, jasno je da je prostor u kojem se može djelovati institutom javnog poretka u pogledu nepriznavanja stranih istospolnih zajednica života znatno sužen. Odbijanje priznanja samo iz razloga što domaće pravo ne poznaje istospolne brakove bez uzimanja u obzir svih činjenica konkretnog slučaja, intenziteta veze i efekata strane norme ili odluke ne bi bilo opravdano.⁵¹ Odnosno, „predstavljat će pravu umjetnost za onog suca, čija bi spontana reakcija bila da se suprotstavi dejstvu takvih presuda na domaćoj teritoriji, da obrazloži odbijanje priznanja“.⁵²

U novije vrijeme, posebno aktualno je pitanje uloge instituta javnog poretka u kontekstu prava na poštivanje privatnog i porodičnog života iz čl. 8. EKLJP u oblasti prekograničnog surogat materinstva. Odluka ESLJP u predmetima *Mennesson protiv Francuske i Labassee protiv Francuske* iz 2014. godine,⁵³ utjecala je na sadržaj javnog poretka, te posljedično i na odluke nacionalnih sudova.⁵⁴ U oba predmeta radi se o bračnom paru – francuski državljani, koji su u Kaliforniji/Minnesoti sklopili sporazume sa surogat majkom prema kojem će ona nositi i roditi dijete/djecu začeto *in vitro* korištenjem sjemenih ćelija namjeravanog oca i doniranih jajnih ćelija. Američki sudovi su donijeli odluku koja utvrđuje da će roditelji djece koju surogat majka bude rodila biti namjeravani roditelji – francuski bračni par. Nakon rođenja, djeca su na temelju te odluku upisane u matične knjige rođenih u SAD-u. Francusku sud odbio je priznanje te odluke kao i upis namjeravanih roditelja u francuske matične knjige rođenih pozivajući se na institut javnog poretka. Ovakvo

50 Odluka ESLJP u predmetu *Orlandi i drugi protiv Italije*, 14. 12. 2017., (Predstavke br. 26431/12, 26742/12, [44057/12](#) i [60088/12](#)).

51 Duraković, A., *Kolizionopravna problematika istospolnih zajednica života*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar 2014., str. 151.

52 Knežević, G., Pavić, *Homoseksualni brakovi u međunarodnom privatnom pravu Srbije*, Zbornik radova Evropski sodni prostor, Maribor, 2005., str. 88.

53 Odluka ESLJP u predmetima *Mennesson p. Francuske*, 26. 6. 2014., (Predstavka br. 65192/11) i *Labassee p. Francuske*, 26. 6. 2014., (Predstavka br. 65941/11).

54 Šest mjeseci nakon donošenja ovih odluka, njemački savezni sud pozvao se na njih odlučujući o pravnom roditeljstvu namjeravanih roditelja djece koju je rodila surogat majka u inostranstvu. BGH, Beschluss v. 10. 12. 2014 – XII ZB 563/13, FamRZ 2015, str. 240-242.

ponašanje, posebno u odnosu na namjeravanog oca koji je i biološki otac djece, prema odluci ESLJP predstavlja kršenje prava na privatni i porodični život iz čl. 8.⁵⁵ ESLJP stoga smatra da je „s obzirom na posljedice ovakvih ozbiljnih ograničenja u pogledu identiteta i prava na poštivanje privatnog života djece, koja predstavljaju prepreku priznanju i uspostavljanju njihovog porijekla prema biološkom ocu u unutrašnjem pravu, Francuska prekoračila granice koje joj dozvoljava polje njene slobodne procjene“. Ovim odlukama ESLJP je po prvi put zauzeo stav o temeljnom pitanju sadržaja instituta javnog poretka i to u trenutku kada se u mnogim državama članicama Vijeća Europe još uvijek vode ozbiljne diskusije o pitanju prekograničnog surogat materinstva i njegovim efektima u domaćem pravu. Kod surogat materinstva najčešće postoji genetska veza između jednog ili oba namjeravana roditelja s djetetom koje je rodila surogat majka, a nakon predaje djeteta uspostavlja se bliska osobna veza između djeteta i namjeravanih roditelja. S druge strane, sama trudnoća i rađanje djeteta ne bi se moglo nazvati vezom između surogat majke i djeteta koji genetski ne potiče od nje u smislu zaštite iz čl. 8., ako surogat majka nije željela preuzeti ulogu majke te je dijete, prema dogovoru, nakon rođenja predala namjeravanim roditeljima. Situacija bi bila drugačija ukoliko surogat majka ne želi predati dijete namjeravanim roditeljima, jer je za vrijeme trudnoće razvila blisku vezu s njim i želi se o njemu brinuti kao o svom vlastitom djetetu. U činjeničnom smislu jamči čl. 8. s jedne strane namjeravanim roditeljima pravo na poštivanje odluke da se postane roditelj djeteta koje od njih genetski potiče,⁵⁶ a s druge strane članovima porodice pravo da žive zajedno, iz kojeg proizlazi “pozitivna” obaveza države da preuzme sve potrebne mjere kako bi to omogućila, a sve u cilju zaštite njihovog privatnog i porodičnog života.⁵⁷ Nepriznavanje strane statusne odluke predstavlja ugrožavanje prava na poštivanje porodičnog života, jer ometa ili čak sprječava članove porodice da zajedno žive i stoga je opravdano pozivanje na „pozitivnu“ obavezu iz čl. 8. st. 2.⁵⁸

3.2. Član 12. EKLJP

Čl. 12. EKLJP garantira pravo na sklapanje braka muškarcu i ženi i zasnivanje porodice u skladu sa nacionalnim pravima kojima se regulira ostvarivanje tih prava. Iako su sklapanje braka i zasnivanje porodice usko povezani, jer se zasnivanje porodice *per se* može shvatiti kao posljedica braka, radi se o dva samostalna pravna sadržaja.⁵⁹ Naime, postojanje porodice kao zajednice života nije uvjetovano i ne ovisi o postojanju braka. U ovom dijelu govorit ćemo o pravo na sklapanje braka.

Izuzimajući različitost spolova kao jedini konstitutivni element pojma braka, u čl. 12. nedostaju dalja konkretna činjenična obilježja. Također, nisu eksplicitno navedena ni neka ograničenja. Iz njegovog sadržaja jasno je da obim njime utvrđenih prava u velikoj mjeri zavisi od rješenja nacionalnog zakonodavca. To ima za

55 Usporediti s odlukom ESLJP u predmetu *Paradiso i Campanelli p. Italije*, 27. 1. 2015. i 24. 1. 2017., (Predstavka br. 25358/12).

56 Odluka ESLJP u predmetu *S.H. i drugu p. Austrije*, 3. 11. 2011., (Predstavka br. 57813/00).

57 Mayer, C., op. cit., str. 576.

58 Odluka ESLJP u predmetima *Elsholz p. Njemačke*, 13. 7. 2000., (Predstavka br. 25735/94).

59 Voltz, M., *Menschenrechte und ordre public im Internationalen Privatrecht*, Frankfur am Main, 2002., str. 330.

posljedicu postojanje značajnih razlika u njegovom ostvarivanju, kako u vrijeme donošenja EKLJP tako i danas – ne postoje jedinstvena rješenja po pitanju uvjeta ili pretpostavki za sklapanje braka. To, međutim, nikako ne znači da je područje nacionalnog prava neograničeno.⁶⁰ U tom slučaju bi čl. 12. bio suvišan. Upravo je uloga nacionalnog prava prema čl. 12., reguliranje ostvarivanja ovog prava.⁶¹ Naime, u svim državama uz pravo na sklapanja braka vezana su određena ograničenja, formalne i materijalne prirode.⁶² Međutim, ta ograničenja ne smiju ograničiti ili smanjit pravo na takav način da se ugrozi sama suština ovoga prava.⁶³

Brak se zasniva na slobodnoj volji budućih bračnih partnera, odnosno slobodno izražena volja oba partnera smatra se konstitutivnim obilježjem braka.⁶⁴ Iako to nije izričito navedena u čl. 12., općeprihvaćeno je stanovište da se slobodna volja vjerenika⁶⁵ podrazumijeva i implicira njegovim sadržajem.⁶⁶ Bilo kakva vrsta prisile ili sklapanje braka protiv volje jednog bračnog partnera predstavlja kršenje čl. 12. EKLJP, te bi se primjena stranog mjerodavnog prava, koje kao npr. pojedina islamska prava predviđaju da starija muška osoba – staratelj (najčešće otac) zastupa volju buduće mlade pri izboru partnera i daje umjesto nje pristanak na brak, otklonila pozivom na institut javnog poretka.⁶⁷ Prisilni brak, brak protiv volje jednog bračnog partnera, bez sumnje suprotan je minimumu standarda ljudskih prava i kao takav protivan je domaćem javnom poretku. U kojoj mjeri volja vjerenika da stupe u brak ovisi o pristanku treće osobe, procjenjuje se u zavisnosti od svih činjenica konkretnog slučaja. U pojedinim situacijama respektira se volja partnera, ali valjanost braka ovisi o pristanku ili dozvoli treće osobe, npr. dozvola roditelja na brak njihovog maloljetnog djeteta. Ukoliko se ograničenjem koje predviđa nacionalno pravo, što je često slučaj s maloljetnicima, nastoji osigurati sklapanje braka temeljem odgovorne odluke budućih bračnih partnera, utoliko se ta ograničenja trebaju respektirati, jer se time ne ugrožava sama suština prava na brak.

Čl. 12. ne navodi dobnu granicu za stupanje u brak, već je to pitanje prepušteno nacionalnom zakonodavcu. Jasno je da budući bračni partneri samostalnu i svjesnu odluku o ulasku u brak mogu donijeti samo ako posjeduju određeni stupanj zrelosti,

60 Nadaždin Defterdarević, M., *Evropska konvencija prema praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Mostar, 2007., str. 316.

61 Izvještaj Komisije u predmetu Hamer (1981.) u: Van Dijk, P., G.J.H. van Hoof at al., *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001., str. 568.

62 Procesnopravna ograničenja odnose se na javnost i svetost braka, materijalnopravna na sposobnost, suglasnost i određene smetnje. Odluka ESLJP u predmetu *F. p. Švicarske*, 18. 12. 1987, Serija A broj 128, Dutertre, G., *Izvodi iz sudske prakse Evropski sud za ljudska prava*, Sarajevo, 2002., str. 307-308.

63 Odluke ESLJP u predmetima *B. i L. p. Ujedinjenog Kraljevstva*, 13. 9. 2005., (Predstavka br. 36536/02), stav 34., i *F. p. Švajcarske*, 18. 12. 1987., Serija A broj 128.

64 Čl. 8. Porodičnog zakona FBiH: (1) Za postojanje braka potrebno je: b) da su budući bračni partneri izjavili pristanak za sklapanje braka.

65 Pausus „with free and full consent“ je u toku izrade same EKLJP izostavljen iz teksta čl. 12. Palm-Risse, M., *Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie*, Berlin, 1990., str. 105.

66 Ibidem, str. 106.; Van Dijk, P., G.J.H. van Hoof at al., op. cit., 2001., str. 561; Voltz, M., op. cit., str. 343.

67 Više u: Trenczek, A.M., *Muslimische Kinderehen in Deutschland. Kulturelle Tradition, islamisches Recht und deutsche Gesetzgebung*. In: GISCA Occasional Papers, No. 19. Göttingen, 2018., str. 11.; Voltz, M., op. cit., str. 339.

koji se u pravila veže za punoljetstvo. Tako u većini europskih država brak ne može sklopiti osoba koja nije navršila 18 godina života, s tim da se, pod određenim uvjetima, ta granica spušta na 16 godina.⁶⁸ U drugim državama, posebno onima koje njeguju islamsku pravnu tradiciju, gdje sposobnost za brak nije vezana za određene godine već biološku zrelost – nastupanje puberteta, ta granica je znatno niža: za dječake 12 godina, za djevojčice 9 godina.⁶⁹ Primjena stranog mjerodavnog prava koje dozvoljava osobama mlađim od 16 godina, prema nekim autorima osobama mlađim od 15 godina,⁷⁰ da stupe u brak, odnosno priznanje takvog stranog dječjeg braka očigledno je protivno institutu javnog poretka. Praksa ESLJP po ovom pitanje ne postoji, ali za očekivati ju je, s obzirom na vrlo razvijenu novija praksa evropskih država, koje su se, uslijed rastuće migracije porijeklom iz islamskih država, susrele s problematikom priznanja dječjih brakova zaključenih u državama porijekla bračnih partnera.⁷¹

Ograničenje prava na brak osobama koje su već u braku predviđeno u nacionalnim zakonodavstvima,⁷² ne predstavlja ograničenje u ostvarivanju ovoga prava. Mogli bismo reći da se prije radi o podršci u Europi općeprihvaćenom načelu monogamije, nego o ograničenju. To je jasno izraženo stavom Europske komisije za ljudska prava koji zabranu bigamije tretira kao dozvoljeno ograničenje prava na brak,⁷³ a potvrđeno odlukama ESLJP iz kojih proizlazi da čl. 12. slijedi model monogamnog braka.⁷⁴ Stoga bi se primjena stranog mjerodavnog prava koje dopušta bigamiju otklonila pozivom na institut javnog poretka. Čak što više neudata žena u Bosni i Hercegovini ne bi mogla stupiti u brak sa oženjenim muškarcem, iako njegovo nacionalno pravo to dopušta.⁷⁵ Također, ovi brakovi zaključeni u inostranstvu ne bi

68 Čl. 15. Porodičnog zakona FBiH: (1) Brak ne može sklopiti osoba koja nije navršila 18 godina života. (2) Izuzetno, sud može u vanparničnom postupku 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.

69 Više u: Trenczek, A.M., op. cit., str. 11.; Voltz, M., op. cit., str. 345.

70 Voltz, M., op. cit., str. 354.

71 Njemačka je čak donijela Zakon o borbi protiv dječjih - Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderhehen od 17. 7. 2017 (BGBl. I S. 2429), stupio na snagu 22. 7. 2017 u kojem propisuje da svi su svi u inostranstvu sklopljeni brakovi nevažeći, ako jedan od bračnih partnera nije navršio 16 godina starosti. Pogledati i Odluku njemačkog Saveznog suda - Beschluss des BGH vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=90440&pos=0&anz=1> (14. 6. 2019.).

72 Čl. 10. Porodičnog zakona FBiH propisuje da brak ne može sklopiti osoba koja je već u braku. Ista rješenja nalazimo i u Porodičnom zakonu RS (čl. 31.) i Porodičnom zakonu BD BiH (čl. 21.).

73 Pogledati: Berichte der EKMR zu den Beschwerden, Draper, DK 24, str. 72, prema Voltz, M., op. cit., str. 365.

74 Odluke ESLJP u predmetima *Johnston i drugi p. Irske*, 28. 10 1986., Serija A broj 112 i *F. p. Švajcarske*, 18. 12. 1987., Serija A broj 128.

75 Čl. 32. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih država u određenim odnosima iz 1982. godine koji je donijela bivša SFRJ (Službeni list SFRJ br. 43/1982, 72/1982), a koji je u bosanskohercegovački pravni sistem preuzet Uredbom sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona (Službeni list RBiH br. 2/1992. Uredba je potvrđena Zakonom o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom, objavljen u Službenom listu RBiH, br. 13/1994) propisuje da i kad postoje uvjeti za zaključenje braka po pravu države čiji je državljanin osoba koje želi da zaključi brak pred nadležnim organom SFRJ neće se dozvoliti zaključenje braka ako, u pogledu te osobe, postoje po pravu SFRJ smetnje koje se odnose na postojanje ranijeg braka, srodstvo i nesposobnost za rasuđivanje.

bili priznati u domaćoj državi. Na taj način sud ili drugi organ primjene prava štiti temeljne vrijednosti domaćeg prava – monogamiju i jednakost spolova.

Široko prihvaćeno ograničenje prava na brak prisutno u nacionalnim zakonodavstvima jeste zabrana braka sa krvnim srodnicima i srodnicima po tazbini.⁷⁶ Radi se o neophodnoj bračnoj smetnji⁷⁷, kojom se želi spriječiti sklapanje tzv. incestnih brakova. Evropska komisija za ljudska prava uzima srodstvo, krvno ili tazbinsko, između budućih bračnih partnera kao široko prihvaćenu zabranu, koju nacionalni zakonodavac može predvidjeti ne ugrožavajući pravo na sklapanje braka propisano čl. 12.⁷⁸ Pozivom na institut javnog poretka neće se dozvoliti sklapanje braka između muškarca i žene, koji su u trećem stupnju pobočnog srodstva u državi u kojoj je taj stupanj srodstva bračna smetnja. Također, priznanje braka između srodnika zaključenog u inostranstvu odbit će se pozivom na institut javnog poretka.

U vrijeme donošenja EKLJP, pravo na brak podrazumijevalo je vezu između osoba suprotnog spola, te je i ESLJP svoju praksu zasnivao na takvom gledištu. U međuvremenu su se promijenila društvena shvaćanja, što je dovelo do zahtjeva osoba koje su promijenile svoj biološki spol i osoba istoga spola da im se prizna pravo na brak. To je imalo utjecaja na stav i odluke ESLJP. U brojnim predmetima istaknuto je pitanje da li odbijanje dozvole post - operativnoj transseksualnoj osobi da zaključi brak sa osobom spola suprotnog njegovom novostečenog spolu predstavlja kršenje člana 12. U ranijoj praksi, ESLJP ustanovio je da tradicionalni koncept braka, koji pojačava član 12., daje dovoljno razloga državi ugovornici za kontinuirano prihvaćanje bioloških kriterija u pravcu utvrđivanja spola osobe u svrhu braka. Posljedično, to se smatralo okolnošću koja je obuhvaćena ovlaštenjima države ugovornice da nacionalnim zakonom uredi ostvarivanje prava na sklapanje braka.⁷⁹ U presudi *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁸⁰ ESLJP odstupio je od svoje prakse, imajući u vidu činjenicu da većina država ugovornica dozvoljava takve brakove: smatrao je da se pojmovi iz člana 12. koji se odnose na pravo muškarca i žene da zaključe brak, više ne moraju shvaćati kao utvrđivanje spola temeljem isključivo bioloških kriterija.⁸¹ Većina europskih pravnih poredaka

76 Čl. 12, 13. i 14. Porodičnog zakona F BiH, čl. 33. 34. i 35. Porodičnog zakona RS i čl. 23., 24. i 25. Porodičnom zakoni BD BiH.

77 Katičić je naziva lažnom dvostranom bračnom smetnjom, koja je ustvari jednostrana, ali se po svojoj prirodi nalazi na obje strane, i na strani vjerenika i na strani vjerenice. Ona djeluje na oba buduća bračna partnera, zato što činjenice postoje i za jednog i za drugoga, a smetnje su bar za jednog. Katičić, N., *Međunarodno privatno pravo*, Bilješke s predavanja, Zagreb 1976., str. 88, prema Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2010., str. 291.

78 Pogledati *Berichte der Kommission im Fall Draper*, DK 24, Tz. 48 i *Fall Hamer*, DR 24, Tz. 61, prema Voltz, M., op. cit., str. 369.

79 Odluke ESLJP u predmetima *Sheffield i Horsham p. Ujedinjenog Kraljevstva*, 30. 7. 1998. (31-32/1997/815-816/1018-1019) (Izveštaji o presudama i odlukama 1998-V), *Cossey p. Ujedinjenog Kraljevstva*, 27. 9. 1990., Serija A broj 184 i *Rees p. Ujedinjenog Kraljevstva*, 17. 10. 1986. godine, Serija A broj 106.

80 Odluka ESLJP u predmetu *Christine Goodwin p. Ujedinjenog Kraljevstva*, 11. 6. 2002. (Predstavka br. 28957/95).

81 ESLJP je predložio da se ispita situacija u državama ugovornicama, kao i izvan njih, da bi se „u svjetlu današnjih uvjeta“ procijenilo kakvo bi tumačenje i primjena EKLJP sada bili odgovarajući. Naime, ova odluka predstavlja jedan od primjera načela europskog konsenzusa i argumenta „zajedničke

omogućavaju promjenu spola medicinskom intervencijom, te dozvoljavaju promjenu osobnog imena, te identifikacijskih dokumenata.⁸² Međutim, nije u svim državama moguće unijeti promjenu spola u matične knjige rođenih, te je upravo to sprječavalo transseksualce da nakon promjene svog spolnog identiteta, stupe u brak sa osobama suprotnog spola.⁸³ Spomenute odluke ESLJP rezultat su rješenja koja su bila prisutna u engleskom pravu, prema kojima je bio mjerodavan biološki spol koji je osoba imala u momentu rođenja.⁸⁴ Time je vjenčanje jednog muškarca koji je promjenom spol postao žensko sa drugim muškarcem bilo pravno nemoguće. S druge strane u Njemačkoj je još 1981. godine stupio na snagu Zakon o transseksualcima,⁸⁵ prema čijem čl. 10. nakon sudske potvrde pripadnosti novom spolu, transseksualac ima sva prava i obaveze tog novog spola. Tu pripada i pravo na sklapanje braka. Čak što više ovo pravo će se primijeniti umjesto stranog mjerodavnog prava koje negira pravo transseksualaca na sklapanje braka.⁸⁶ S obzirom na praksu ESLJP, čl. 12. ne prihvata ograničenje slobode na sklapanje braka transseksualaca predviđeno nacionalnim pravom. Primjena stranog mjerodavno pravo koje predviđa ovo ograničenje otklonila bi se pozivom na institut javnog poretka. Ograničenje prava na brak osobama istog spola predviđeno je u brojnim evropskim nacionalnim zakonodavstvima. To za posljedicu ima zahtjeve osoba, koje iz tog razloga ne mogu realizirati svoje pravo na brak, upućene ESLJP da se izjasni o njihovim apelacijama koje su slijedile nakon negativnih odluka nacionalnih sudova. Prvi predmet u kojem se ispitivalo imaju li

osnove“, koji se zasniva na činjenici da među državama ugovornicama, po ovom pitanju, postoji „zajednički europski pristup“. Više u: Omejac, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Zagreb, 2014., str. 1274-1275.

82 Transseksualnim osobama koje su promijenile spol u BiH omogućena je promjena dokumenata u skladu sa novim spolom: Zakonom o matičnim knjigama Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, broj: 37/2012 i 80/2014) i Zakonom o matičnim knjigama Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, broj: 111/2009, 43/2013 i 66/2018) izričito je definirano da se promjena spola upisuje u matične knjige; promjena jedinstvenog matičnog broja u skladu s novim spolom osobe omogućena je Zakonom o jedinstvenom matičnom broju BiH (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 32/2001, 63/2008, 63/2011 - odluka Ustavnog Suda, 103/2011, 87/2013 i 84/2015); promjena osobnog imena, ili samo imena, ili samo prezimena, dozvoljena je svakoj osobi i mijenja se na zahtjev punoljetne osobe ili zakonskog zastupnika maloljetne osobe što je regulirano zakonima o ličnom imenu Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, broj: 27 od 31. 12. 1993. i 15/00), FBiH (Službene novine Federacije BiH, broj: 7/2012) i Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, broj 8/02 i 10/05); promjena podataka upisanih na osobnoj karti, Zakonom o ličnoj karti državljana BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 32/01, 16/02, 32/07, 53/07, 56/08 i 18/12), omogućena je zbog promjene podataka i/ili izgleda osobe toliko da više ne odgovaraju podacima i fotografiji na osobnoj karti. Više u: Vasić, V., *Izveštaj o pravnom položaju transrodnih osoba u BiH*, Sarajevo, 2013., str. 31 – 37.

83 Lukić, M., *Karakteristike evropskog pravnog okvira prava istopolnih partnera: tendencije, praksa i usaglašenost porodičnog zakonodavstva Srbije*, Zbornik radova Novo porodično zakonodavstvo, Kragujevac, 2006, str. 237.

84 Renfer, M., *Über die Europäisierung der ordre public Klausel*, Peter Lang Verlag, Frankfurt an Main, 2003. str. 25.

85 Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG), od 10. 9. 1980., stupio na snagu 1.1. 1981. BGBl. I S. 1654.

86 AG Hamburg, 17. 3. 1983., IPRspr 1983 Nr. 1. Sud u Austriji je, također, umjesto tajlandskog prava primijenio domaće pravo koje omogućava transseksualcima da sklope brak; VwGH 30. 9. 1997., JB1. 1998, 461. Više u: Renfer, M., op.cit., str. 26.

osobe istog spola pravo na brak bio je predmet *Schalk i Kopf protiv Austrije* iz 2010. godine⁸⁷ U ovom predmetu podnositelji predstavke zatražili su da ESLJP protumači tekst čl. 12. u svjetlu današnjih uvjeta, što je uobičajena metoda interpretacije kojom se ESLJP koristi da bi dao nova i proširena značenja odredbama EKLJP. ESLJP ponovio je da čl. 12. priznaje pravo na brak muškarcu i ženi⁸⁸, primijetio je da još uvijek (2010. godina) ne postoji europski konsenzus oko istospolnog braka (samo 6 od 47 država ugovornica dopušta takve brakove), te zaključio da je pitanje treba li ili ne dopustiti istospolne brakove ostavljeno nacionalnom pravu države ugovornice. Čl. 12. ne nameće obavezu državi da prizna istospolnom paru pravo na brak, što znači da nema kršenja tog člana. Ovaj svoj stav ESLJP potvrdio je i u predmetu *Oliari i drugi protiv Italije* iz 2015. godine:⁸⁹ „U vezi s navodnom povredom čl. 12., samostalno i zajedno s čl. 14., Sud je već u prethodnim predmetima ustanovio kako čl. 12. ne obavezuje države članice da istospolnim parovima omoguće pravo na sklapanje braka. Sud je mišljenja da usprkos postupnim društvenim promjenama koje se odvijaju u državama članicama i činjenici da 11 država članica Vijeća Europe omogućava istospolnim parovima sklapanje braka, stav kojeg je Sud zauzeo u odnosu na čl. 12. treba smatrati važećim. Sud je stoga prigovore podnositelja u vezi s čl. 12., samostalno i zajedno s čl. 14. proglasio nedopuštenim.“ Ovakvo stajalište ESLJP ostavlja prostora sudovima i drugim organima primjene prava u državama koje ne poznaju istospolne brakove da pozivom na institut javnog poretka otklonit primjena stranog prava koje propisuje istospolni brak, odnosno odbiju priznanje takvog braka. Ograničenje prava na brak zbog religioznih, političkih, rasnih i drugih razloga, predviđeni pojedinim nacionalnim pravima, predstavljaju ograničenje u ostvarivanju prava na brak iz čl. 12. Naime, pojedina nacionalna prava, ona koje njeguju islamsku pravnu tradiciju kao i pravo Izraela zabranjuju brak između pripadnika različitih religija. Pored ove religiozne bračne smetnje, poznata je i ona, politički motivirana, koja zabranjuje brak između pripadnika različitih rasa, osoba različitog državljanstva, kao i osoba koje imaju različito socijalno porijeklo.⁹⁰ Ovakva ograničenja direktno su u suprotnosti načelu jednakosti i zabrane diskriminacije iz čl. 14., koji se smatra fundamentalnim načelom od najvećeg značaja za pravni poredak. Stoga bi se primjena stranog prava koje predviđa ovakvo ograničenje otklonila pozivom na institut javnog poretka, te bi se dozvolilo sklapanje braka osobama, koje pripadaju različitim religijama, različitih su rasa ili imaju različito državljanstvo.

87 Odluka ESLJP u predmetu *Schalk i Kopf p. Austrije*, 24. 6. 2010., (Predstavka br. 30141/04).

88 Francuska verzija propisuje „l'homme et la femme ont le droit de se marier“. Sud zapaža, izolovano promatrano, da se tekst čl. 12. može interpretirati tako da ne isključuje brak između dva muškarca ili dvije žene. Međutim, suprotno tome, svi ostali suštinski članovi EKLJP “svakom” jamče prava i slobode ili navode da “nitko” ne može biti podvrgnut nekom tipu zabranjenog postupanja. Izbor rječnika u čl. 12. se stoga mora razborito cijieniti. Štoviše, mora se voditi računa o povijesnom kontekstu u kome je usvojena EKLJP. U 1950.-tim godinama, brak se jasno shvaćao u tradicionalnom smislu kao zajednica između partnera različitog spola.

89 Odluka ESLJP u predmetu *Oliari i drugi p. Italije*, 21. 7. 2015., (Predstavka br. 18766/11).

90 Voltz, M., op. cit., str. 370-372.

4. Učinak temeljnih sloboda Europske unije

Europska unija posebnu pažnju posvećuje ljudskim pravima te kroz čl. 6. Ugovora o Europskoj uniji⁹¹ osigurava njihovu zaštitu trostrukim standardima: u pravom stavu navodi PTP, u drugom stavu EKLJP, a u trećem stavu ustavnu tradiciju zajedničku državama članicama. Na ovaj način osnovna ljudska prava snabdijevaju tripolarnu snagu iz supranacionalnih, međunarodnih i državnih izvora.⁹² Možemo, dakle, govoriti o višeslojnoj, trostrukoj zaštiti osnovnih ljudskih prava. PTP⁹³ donesena je pod okriljem Europske unije s ciljem zaštite i promicanja osnovnih ljudskih prava. Ona normativno izražava dosegnuti nivo zaštite ljudskih prava priznat u EKLJP i ustavnim tradicijama zajedničkim državama članicama, ali pokazuje suvremenije razumijevanje pojedinih prava, što je i razumljivo s obzirom na vrijeme njenog donošenja.

PTP u osnovi reafirmira prava predviđena EKLJP-om, ali sadrži i odredbe u kojima se ta prava i slobode shvaćaju na širi način.⁹⁴ Pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života zajamčeno čl. 7. PTP odgovaraju onome zajamčenom čl. 8. EKLJP. Radi se osobnom pravu koje počiva na razumijevanju slobode i ljudskog dostojanstva. U skladu s čl. 52. stavkom 3. PTP, značenje i obim primjene ovog prava jednaki su značenju i obimu primjene odgovarajućeg člana EKLJP. Posljedično, ograničenja koja bi mogla biti legitimno uvedena u vezi s ovim pravom jednaka su onima dozvoljenima čl. 8. EKLJP.⁹⁵ PTP u čl. 9. jamči pravo na stupanje u brak i pravo na osnivanje porodice u skladu s nacionalnim zakonima koji uređuju ostvarivanje tih prava. Ovaj član temelji se na član 12. EKLJP, ali je njegov tekst moderniziran kako bi obuhvaćao slučajeve u kojima nacionalno zakonodavstvo priznaje životne zajednice osim braka, a u vezi s osnivanjem porodice. Čl. 9. PTP ne zabranjuje niti propisuje status braka na zajednice života između osoba istog spola. Ovo je pravo, stoga, slično onom koje predviđa EKLJP, no njegovo područje primjene može biti šire u slučaju kada to predviđa nacionalno zakonodavstvo.⁹⁶ PTP zabranjuje svaki oblik diskriminacije na bilo kojoj osnovi. Nediskriminacija iz čl. 21. PTP temelji se na čl. 14. EKLJP. U kontekstu zabrane diskriminacije važne su i odredbe Ugovora o funkcioniranju EU (u daljem tekstu UFEU),⁹⁷ posebno čl. 18., koji se odnosi

91 Službeni list Europske unije C 202/13, 7. 6. 2016.

92 Više o tome u: Samardžić, D., Meškić, Z., Pravo Europske unije II, Povelja Europske unije o osnovnim pravima, Zenica, 2017., str. 28-38.

93 Povelju su na sastanku Europskog vijeća u Nici 7. 12. 2000. proglasili Europski parlament, Europska komisija i države članice EU, koje čine Europsko vijeće. Otada se ona smatra smjernicama na području zaštite ljudskih prava. Povelja je pravno obvezujuća od 1. prosinca 2009. – Institucije i tijela EU-a, kao i države članice EU-a, kad primjenjuju europsko pravo, imaju obvezu osigurati prava i slobode iz Povelje. Više o tome u: Bojarski, L., Hofbauer, J.A., Mileszyk, N., *Povelja o temeljnim pravima kao živi instrument – Smjernice za civilno društvo*, Rim – Varšava – Beč, str. 5-8. https://pravamanjina.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/guidelines_web.pdf. (8. 11. 2018.).

94 Wolff, H. A., *Ehe und Familie in Europa*, EuR 6, 2005., str. 721-734.

95 Objašnjenja koja se odnose na Povelju Europske unije o temeljnim pravima (2007/c 303/02), Sl. list EU, C 303/11, 14. 12. 2007.

96 Ibidem.

97 Službeni list Europske unije C 202/1, 7. 6. 2016.

na zabranu bilo kojeg oblika diskriminacije na osnovu državljanstva, čl. 20., koji propisuje da je svaka osoba koja ima državljanstvo neke države članice građanin Europske unije i čl. 21., kojim se svakom građaninu Europske unije priznaje pravo na slobodno kretanje i boravka na području država članica. Pravo slobodnog kretanja i boravka propisano je i čl. 45. PTP te predstavlja samostalno pravo građana Europske unije neovisno o ekonomskim ili tržišnim ciljevima.⁹⁸

S obzirom da se europeizacija javnog poretka ne odvija samo pod utjecajem EKLJP, već i komunitarnog prava Europske unije, važno je osvrnuti se na odluke Suda EU, u kojima se pozivao na spomenute odredbe i time konkretizirao sadržaj i granice primjene instituta javnog poretka. U ranijim odlukama, Sud EU zauzeo je stajalište da određivanje granica primjene instituta javnog poretka treba prepustiti državama članicama EU.⁹⁹ Vremenom je došlo do značajnih promjena unutar Europske unije, te je općeprihvaćeno da upotreba ovog instituta od strane nacionalnih sudova u postupku primjene prava, te priznanja i izvršenja odluka treba biti podložna reviziji od strane Suda EU kako bi se spriječile zloupotrebe.¹⁰⁰ Polazi se od toga da je važna obaveza Suda EU osigurati da ovi postupci u državama Europske unije budu ujednačeni, te stoga, iako svaka država članica Europske unije u tumačenju javnog poretka primjenjuje svoje nacionalne standarde, taj se pravni pojam može ograničavati. To znači da Sud EU određuje granice unutar kojih je nacionalni sud ovlašten odstupiti od primjene stranog mjerodavnog prava, odnosno odbiti priznanje strane sudske odluke donesene u drugoj državi članici.

Vrlo dinamičnu oblast u praksi Suda EU predstavlja pravo na osobno ime u slučajevima s međunarodnim obilježjem. U predmetima *Garcia Avello*¹⁰¹ Sud EU istakao je, pozivajući se na čl. 18., 20. i 21., da nacionalna zakonodavstva i onda kada imaju isključivu nadležnost u reguliranju određenog pitanja, poput osobnog imena, trebaju biti usklađena s potrebama slobodnog kretanja i boravka na prostoru Europske unije, te da organi jedne države članice ne smiju odbiti molbu izmjene prezimena maloljetnoj djeci, koji su državljani više država članica, ukoliko se tim zahtjevom želi postići da djeca nose prezime, koje bi inače nosili na temelju prava i tradicije druge države članice čiji su državljani. U predmetu *Grunkin-Paul*¹⁰² Sud EU nanovo je istakao potrebu usklađenosti nacionalnih zakonodavstava s potrebama slobode kretanja i boravka na prostoru Europske unije, te na tome temeljio svoju odluku kojom potvrđuje da se odbijanje jedne države članice priznavanju prezimena kakvog je maloljetniku dodijeljeno na temelju propisa druge države članice, gdje oduvijek živi i gradi svoj identitet, protivi čl. 21. Sud EU je konstatirao da nije bio

98 Više u: Meškić, Z., Samardžić, D., *Pravo Europske unije I*, Sarajevo 2012., str. 257-265.

99 Odluka Suda EU u predmetu 145/86, 4. 2. 1988. - *Hoffmann / Krieg*: „...isključiva je obaveza nacionalnih sudova da određuju sadržaj javnog poretka“, Renfert, M., *op. cit.*, str. 98.

100 Rakić-Vodinelić, V., Knežević, G., *Građansko procesno pravo Evropske Unije*, Beograd, 1998., str. 164, Ramos, R.M., *Public policy in the framework of the Brussels Convention*, Yearbook of Private International Law, Vol. 2, 2000, str. 25-39, Fumagalli, L., *EC Private International Law and the public policy exception*, Yearbook of Private International Law, Vol. 6, 2004, str. 171-183.

101 Odluka Suda EU u predmetu C-148/02, 2. 10. 2003. - *Garcia Avello*.

102 Odluka Suda EU u predmetu C-353/06, 14. 10. 2008. - *Grunkin-Paul*.

naveden nijedan poseban razlog koji bi bio protivan priznavanju prezimena djeteta kako je dodijeljeno i registrirano u Danskoj, na primjer da je to ime u Njemačkoj u suprotnosti s javnim poretkom. Iz ovih odluka jasno proizlazi obaveza da ime registrirano u jednoj državi članici, posebno ako osoba ima redovno boravište u toj državi članici, bude priznato i u svim drugim državama članicama. Odbijanje priznanja pozivom na institut javnog poretka bilo bi moguće samo ako se ograničenje prava na slobodno kretanje i boravak može na neki način opravdati.¹⁰³ To opravdanje Sud EU afirmirao je u predmetu *Sayn-Wittgenstein*.¹⁰⁴ Austrijski sud može odbiti, pozivom na institut javnog poretka, priznanje prezimena koje je punoljetnom usvojeniku dodijeljeno u Njemačkoj, jer sadrži plemićku titulu, što nije dopušteno u toj državi s ustavnopravnog aspekta. U odluci jasno stoji da svaki građanin Europske unije ima pravo slobodno se kretati i boraviti na teritoriju država članica; no ta sloboda poznaje određena ograničenja. „Ograničenje što ga postavlja austrijski ustavni zakon, koji izričito ukida plemstvo, odnosi se na zaštitu javnog poretka. odbijanje priznanja plemićke titule leži u činjenici da je u Austriji ukinuto plemstvo radi poštivanja načela ravnopravnosti svih građana. Nositi plemićku titulu protivi se javnom poretku Austrije, a svaka država članica ima isključivu nadležnost u odlučivanju priznaje li ili ne određeni društveni status svojim građanima.“ I u predmetu *Runević-Vardyn*,¹⁰⁵ Sud EU pronalazi opravdanje za ograničenje sloboda zajamčenih građanima Europske unije, posebno slobode kretanja i boravka na prostoru Europske unije, te ne smatra da litvansko odbijanje izmjene prezimena, a koje se temelji na potrebi ustavnopravne zaštite nacionalne abecede, diskriminira prava građana u svijetlu europskog zakonodavstva. U svojoj posljednjoj odluci iz 2016. godine, Sud EU precizirao je granice europskog javnog poretka po pitanju prava na osobno ime u slučajevima s međunarodnim obilježjem. U predmetu *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*¹⁰⁶ radilo se o njemačkom državljaninu, koji je temeljem posvojenja promijenio svoje ime i prezime u Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff. Nakon trogodišnjeg boravka u Velikoj Britaniji i stjecanja britanskog državljanstva (uz zadržavanje njemačkog), izjavom (tzv. *Deed Poll*) promijenio je svoje ime tako da se prema britanskom pravu zove Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff. Maični ured grada Karlsruhe odbio je zahtjev za upis u matične knjige njegovih imena i prezimena koji je stekao temeljem britanskog zakonodavstva pozivajući se na čl. 48. EGBGB-a, u kojem je propisano da se izbor imena stečenog u drugoj državi članici može odbiti ako je očito nespojivo s osnovnim načelima njemačkog prava. Pozvani njemački sud (regionalni sud u Karlsruhe) obrati se Sudu EU pitanjem da li ovakvim postupanjem njemački organi, pozivanjem na institut javnog poretka, krše temeljne slobode propisan čl. 18. i 21. UFEU. Iako je Sud EU odlučio njemačkom sudu prepustiti da sam procjeni da li je takvo odbijanje priznanja opravdano razlozima vezanim za javni

103 Više o ovim odlukama u: Winker, S., *Pravo na osobno ime u praksi europskih sudova*, Korać Graovac, A., Majstorović, I., (ur.), *Europsko obiteljsko pravo*, Zagreb 2013., str. 134-138.

104 Odluka Suda EU u predmetu C-208/09, 22. 12. 2010. - *Sayn-Wittgenstein*.

105 Odluka Suda EU u predmetu C-391/09, 12. 5. 2011. - *Runević-Vardyn*.

106 Odluka Suda EU u predmetu C-438/14, 2. 6. 2016. - *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*.

poredak koji su prikladni i potrebni da bi se zajamčilo poštivanje načela jednakosti pred pravom svih građana navedene države članice, značajan je njegov odgovor na argumentaciju njemačkog suda, kojim se nastojalo opravdati odbijanje priznanja pozivom na institut javnog poretka: Načelu određenosti i kontinuiteta imena prema njemačkom pravu ne može se pridati takva važnost kojom bi se moglo opravdati odbijanje nadležnih tijela države članice da priznaju ime dotične osobe kako je legitimno određeno i upisano u drugoj državi članici. Također, odbijanje priznanja britanskog imena ne može se opravdati činjenicom da je do promijene imena došlo iz razloga osobne preferencije, na vlastitu inicijativu putem privatne izjave tzv. *Deed Poll*. Nadalje, argument da njemačko pravo ne dopušta davanje složenih imena zbog praktičnosti, nedostatan je da bi opravdao ograničenje slobode kretanja. I na kraju, ukidanje plemićkih titula konkretizirano Weimarskim ustavom može se uzeti u obzir kao opravdanje ograničenja prava slobodnog kretanja i boravka koje priznaje pravo Europske unije, s tima da njemačko pravo za razliku od austrijskog ne predviđa strogu zabranu korištenja i prenošenja plemićkih titula te se one mogu koristiti kao sastavi dio imena. Upravo tu leži razliku u odnosu na ranije spomenuti predmet *Sayn-Wittgenstein*. Sud EU, ponovivši da pojam javnog poretka kao opravdanje za uskraćivanje temeljnih sloboda treba tumačiti strogo te da se na njega može pozvati samo u slučaju stvarne i dovoljno ozbiljne opasnosti koja utječe na temeljni interes društva, prepustio je njemačkom sudu da sam procijeni i donese konačnu odluku.¹⁰⁷ Time, Sud EU nije uvažio mišljenje nezavisnog odvjetnika Melchiora Watheleta¹⁰⁸ u kojem predlaže Sudu EU da na prethodno pitanje koje je postavio njemački sud odgovori na sljedeći način: „Članke 18., 20. i 21. UFEUa treba tumačiti na način da su tijela države članice obvezna priznati promjenu imena državljana te države, kada je on istodobno državljanin druge države članice i u toj je državi stekao slobodno odabrano ime koje se sastoji od više plemićkih titula, ako nacionalno pravo prve države članice, iako je ukinulo plemićke titule, dopušta njihovo korištenje u okviru prezimena.”

5. Zaključak

Utjecaj ljudskih prava preko instituta javnog poretka najsnažnija je u oblasti porodičnog prava, što je i razumljivo s obzirom na postojeće razlike u zakonodavnoj regulativi porodičnopravnih odnosa u europskim državama i činjenicu da do harmonizacije pravila u ovoj oblasti u skoroj budućnosti neće doći.

Pozivom na institut javnog poretka odstupit će se od primjene stranog mjerodavnog prava, odnosno neće biti priznata odluka stranog suda, kako bi se zaštitile temeljne vrijednost domaćeg pravnog i društvenog poretka. Svakako da harmoničnoj suradnji pravnih sistema smeta ako jedan sud otklanja primjenu stranog

¹⁰⁷ U konačnici njemački Savezni sud je svojom odlukom odbio zahtjev za promjenom imena i prezimena u ovom predmetu. Bundesgerichtshof Beschluss XII ZB 188/17 vom 9. Januar 2019. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=XII%20ZB%20188/17&nr=92451> (9. 7. 2019.).

¹⁰⁸ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Melchiora Watheleta od 14. 2. 2016. u predmetu C-438/14 Suda EU.

prava ili odbija priznanje strane odluke bez opravdanog razloga, preširoko tumačeći vlastiti javni poredak. Stoga je od posebne važnosti konkretnije odrediti sadržaj i granice javnog poretka unutar pojedine države.

Eurointegracijski procesi, kojim smo izloženi, imaju za posljedicu da se javni poredak, kao pravni standard pojedinih država ne određuje samo prema vlastitom „nacionalnom poimanju“, već i prema međunarodnim standardima. U europskom kontekstu primarno mjesto zauzimaju EKLJP, koja predstavlja korektiv pravnih normi svih država ugovornica, i PTP, koja je integrirana u korpus obavezujuće pravne stečevine EU. Stoga se sve otvorenije i glasnije govori o europeizaciji javnog poretka.

EKLJP je vodeći instrument za zaštitu ljudskih prava u Europi, a njene najvažnije odredbe u kontekstu međunarodnog porodičnog prava jesu čl. 8. – pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života i čl. 12. – pravo na sklapanje, te čl. 14. – zabrana diskriminacije i čl. 5. Protokola 7 – jednakost među supružnicima. Najvažnije tijelo u zaštitnom sistemu EKLJP jeste ESLJP, koji je svojom djelatnošću unaprijedio spoznaju o tome kako bi trebalo pravno urediti neki društveni odnos. Obveznost odluka ESLJP djeluje na usklađivanje nacionalnih pravnih sistema i na taj način doprinosi stvaranju općih pravnih standarda i načela, te posljedično i na sadržaj europskog javnog poretka. Neće se primijeniti strano pravo, odnosno neće biti priznata strana odluka ukoliko to ima za posljedicu ugrožavanje nekog od spomenutih prava.

Pored EKLJP, europski javni poredak obuhvata i vrijednosti koje proizlaze iz prava Europske unije, prije svega PTP, što implicira „postepeno spajanje vrijednosti „dvije Europe“, sjedišta ljudskih prava i zajednice privrednih interesa. PTP u osnovi reafirmira prava predviđena EKLJP-om, ali sadrži i odredbe u kojima se ta prava i slobode shvaćaju na širi način: čl. 7. - pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života, čl. 9. - pravo na stupanje u brak i pravo na osnivanje porodice i čl. 21. - zabrana diskriminacije. U kontekstu zabrane diskriminacije važne su i odredbe UFEU, posebno čl. 18., koji se odnosi na zabranu bilo kojeg oblika diskriminacije na osnovu državljanstva, čl. 20., koji propisuje da je svaka osoba koja ima državljanstvo neke države članice građanin Europske unije i čl. 21., kojim se svakom građaninu Europske unije priznaje pravo na slobodno kretanje i boravka na području država članica. Pravo slobodnog kretanja i boravka propisano je i čl. 45. PTP te predstavlja samostalno pravo građana Europske unije neovisno o ekonomskim ili tržišnim ciljevima. S obzirom da se europeizacija javnog poretka odvija i pod utjecajem komunitarnog prava Europske unije, značajne su odluke Suda EU, u kojima se pozivao na spomenute odredbe i time konkretizirao sadržaj i granice primjene instituta javnog poretka. Sud EU određuje granice unutar kojih je nacionalni sud ovlašten odstupiti od primjene stranog mjerodavnog prava, odnosno odbiti priznanje strane sudske odluke donesene u drugoj državi članici.

Kroz prizmu primjene instituta javnog poretka od strane europskih sudova: ESLJP i Suda EU, a pod utjecajem njihovih odluka i nacionalnih sudova, najbolje se oslikavaju budući pravci razvoja našeg društvenog i pravnog poretka, a koji se mogu sažeti u tri riječi: globalizacija, europeizacija i liberalizacija.

Dr. sc. Anita Duraković, Associate Profesor
University Džemal Bijedić in Mostar, Faculty of Law

PUBLIC ORDER - THE IMPACT OF HUMAN RIGHTS ON INTERNATIONAL FAMILY LAW

Summary:

The impact that human rights, through the public order institute, have for the application of foreign law and recognition of a foreign decision, considered to be a significant and interesting topic of international family law. They are guaranteed by the constitutions of states and the number of international documents issued by various organizations. These are the fundamental values of the domestic legal order, which must be protected at all costs. In this paper we will explore the institute of public order, its function, and especially the content that is largely determined by the human rights contained in the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 and the Charter of Fundamental Rights of 2009. years. We will also point to the practice of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union. Attitudes taken in court decisions will undoubtedly affect the European and national legal framework, the content of the public order and consequently the decisions of domestic courts.

Key words: public order, human rights, international family law.

PRETHODNO SAOPĆENJE

dr. sc. Suzana Kraljić, vanredna profesorica
Pravni Fakultet Univerziteta u Mariboru

AGEIZAM I OBITELJSKO PRAVO – NA PRIMJERU SKLAPANJA BRAKA, POSVOJENJA I SKRBNIŠTVA U SLOVENIJI

Starenje stanovništva danas je veliki problem, osobito u Europi. Promijenila se demografska struktura stanovništva, a do 2050. godine doći će do još značajnijih promjena. Ageizam ili dobna diskriminacija stoga dobiva danas nove dimenzije. Autorica u radu najprije diskutira o općim pitanjima vezanim za ageizam. Slijedi analiza izabраниh pravnih pitanja vezanih uz dob po novom Obiteljskom zakoniku Republike Slovenije na primjeru sklapanja braka, posvojenja i skrbništva.

Ključne riječi: starije osobe, dobna diskriminacija, sklapanje braka, posvojenje, skrbništvo

1. Uvod

Obično se kao stariji ljudi nazivaju osobe koje su dosegle kronološku dob od +65 godina ili više. Ljudi u dobi od 65 do 74 godine definirani su kao "rano starije osobe" (eng. early elderly), a osobe starije od 75 godine označavaju se kao "kasno starije osobe" (eng. late elderly).¹

Živimo u vrijeme kada se suočavamo s intenzivnim demografskim promjenama. Osobito se Europa suočava sa starenjem, jer njezino stanovništvo postaje sve starije. Pretpostavlja se da će 2050. godine na svijetu biti više ljudi starijih od 60 godina nego djece mlađe od 15 godina. Unatoč činjenici da stariji ljudi predstavljaju važnu društvenu grupu, ne može se ignorirati činjenica da su često marginalizirani.² Odnosi prema starijim osobama i pristupi starenju su različiti. Mogu biti negativni, budući da se starije osobe smatraju teretom obitelji, društva, radnog okruženja... S druge strane, starije osobe su dobrodošle i cijenjene, jer su označene kao mudre, iskusne, smirene, strpljive... Razlike postoje i u svakodnevnom životu kao i u obiteljskim odnosima (npr. brak, posvojenje idr.). U ovom članku analizirat će se novo slovensko zakonodavstvo prema novom Obiteljskom zakoniku (slo. Družinski zakonik:³ DZ) u smislu utjecaja na brak i na aktivno adoptivno sposobnost.

1 [Hajime O.](#), [Hideki I.](#), [Takao S.](#), Atshusi A., Takayuki H. & [Motoji S.](#) Reviewing the definition of "elderly". *Geriatrics and Gerontology International* 6(3), 2006, str. 149.

2 Ryrstedt E. *Civil Rights of the Elderly in a Family Planning Setting*, U: Numhauser-Henning, A. (ed.) *Introduction to the Norma Elder Law Research Environment –Different Approaches to Elder Law*. Lund University: Lund, 2013, str. 81.

3 Družinski zakonik: Uradni list RS, št. [15/2017](#); [21/2018](#) – ZNOrg; [22/2019](#).

2. Osnovno o ageizmu

Pojam ageizam (eng. *ageism*⁴) prvi je upotrebio 1969. godine Robert Butler. Sa pojmom ageizam definira se skup ideja, stavova, uvjerenja i praksi od strane pojedinaca koji su pristrani prema osobi ili grupama na temelju dobi. To može biti slučajno ili sustavno. Razlike u tretiranju koje baziraju na dobi često temelje na općim pretpostavkama ili stereotipima. Kada su pojedinci izloženi diskriminaciji zbog tih ponižavajućih stereotipa, krši se njihovo temeljno pravo na poštivanje njihovog ljudskog dostojanstva, a također se odstupa i od poštivanja prava na jednakost.⁵ Ageizam se naime običajno odnosi na negativne stereotipe (na primjer, stariji ljudi su senilni i bolesni).⁶

Prema Butleru ageizam je definiran kao kombinacija triju međusobno povezanih komponenti:

- a) predrasude prema starijima, starosti i procesu starenja;
- b) diskriminacijske prakse do starijih osoba;
- c) te institucionalne prakse i politike koje pridonose učvršćivanju i održavanju stereotipa o starijim osobama.⁷

Sušтина ageizma je stoga vršenje diskriminacije samo na temelju predrasuda koje se odnose na kronološku dob osobe ili grupe, a ne na stanje stvarnog procesa starenja. Potonji se može odvijati drugačije kod svakog pojedinca. Na njega može utjecati zdravlje pojedinca, njegov genetski sadržaj, prošli događaji, vlastito blagostanje i osjećanje... Kod ageizma osnova diskriminacije je kronološka dob i stereotipi, koji postoje u društvu ili kod pojedinca koji vrši diskriminaciju.

3. Zabrana dobne diskriminacije u pravnim izvorima

3.1. Međunarodne aktivnosti

Danas imamo niz međunarodnih dokumenata, obvezujućih i neobvezujućih, koji se odnose sa svojim sadržajem na starije osobe. Međutim, nemamo još obvezujući međunarodni dokument koji bi, bilo na univerzalnoj razini (kao što je Konvencija o pravima djeteta (KPD)⁸) ili, barem na regionalnoj razini, sa svojim cjelokupnim sadržajem bio posvećen pravima starijih osoba.

4 Ageism se na slovenskom jeziku prevodi kao starizem, a u Hrvatskoj za taj pojam upotrebljava se pojam dobizam (vidi npr. kot Zovko A. & Vukobratović J. Percepcija staranja i društveno-medijska slika o starima. *Andragoške studije*, br. 1, jun 2017, str. 111–124), diskriminacija po starosnoj dobi (vidi npr. Knežević B. & Kolarić B. Ageizam i preventivne aktivnosti u Europi. *Liječnički vjesnik : glasilo Hrvatskog liječničkog zbora*. Supplement, 138 (2016), Supplement 2, str. 90-91).

5 O'Conneide C. *Age discrimination and European Law*. European Commission: Luxembourg, 2005, str. 5.

6 Zovko A. & Damjanić I. *Stereotipi o osobama treće životne dobi: iskustva starijih*. <<https://e-knjige.ff.uni-lj.si/znanstvena-zalozba/catalog/download/125/218/3314-1?inline=1>> (11.06.2019), str. 366-367.

7 Figas J. *The Aging Client and Long-Term Care*. 2nd Edition. Wolters Kluwers: Toronto, 2008, str. 42.

8 Uradni list SFRJ-MP, št. [15/1990](#).

Međutim, ako polazimo iz općih dokumenata o ljudskim pravima kao što su Opća deklaracija o ljudskim pravima⁹ (ODLP), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima¹⁰ (MPGPP), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima¹¹ (MPESKP) i Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (EKLP), možemo zaključiti da dob nije izričito spomenuta među diskriminacijskim okolnostima. Međutim, zabrana diskriminacije na temelju dobi proizlazi iz opće zabrane (npr. "ili neke druge okolnosti") sadržane u svim gore navedenim dokumentima.¹²

S druge strane, imamo i novije međunarodne dokumente, u kojima se dob izričito spominje u kontekstu diskriminativnih okolnosti. Dakle, potonje se može naći na primjer u točki p. Preambule Konvencije o pravima osoba s invaliditetom¹³ (KPOI) i u članku 4(3) Konvencije Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji¹⁴ (Istanbulska konvencija). Zanimljiva je i odredba članka 4(5) Američke konvencije o ljudskim pravima, koji propisuje da se smrtna kazna ne može izreći osobama koje su bile starije od 70 godina kada su počinile kazneno djelo.¹⁵

Povelja Europske unije o temeljnim pravima¹⁶ (PEUTP) također izričito spominje, u članku 21., „dob“ kao diskriminativnu okolnost. Dob se može kao izričita diskriminativna okolnost pronaći i u članku 10 i 19. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU).¹⁷

Također, treba i upozoriti na neobvezujuće međunarodne dokumente, čiji je sadržaj u cijelosti posvećen problematici starenja. To su, na primjer:

- a) "The Vienna International Plan of Action on Ageing" (1982);¹⁸
- b) "Madrid International Plan of Action on Ageing" (2002);
- c) "United Nations Principles for Older Persons" (1991).

9 Uradni list RS, št. 24/2018.

10 Uradni list RS, št. 35/1992 – MP, št. 9/1992.

11 Uradni list RS, št. 35/1992 – MP, št. 9/1992.

12 Prim. 7. člen SDČP; 26. člen MPGPP; 2. odst. 2. člana MPESKP; 14. člen EKLP.

13 Uradni list RS – MP, št. [10/2008](#).

14 Uradni list RS, št. 1/2015.

15 U primjeru *Papon protiv Francuske* (app. no. 54210/00), ESLP je odbacio žalbu 90-godišnjeg podnositelja kao nedopuštenu. Podnositelj je tvrdio, da je navodno došlo do kršenja članka 3. EKLP (zabrana mučenja). Smatrao je da je zadržavanje osobe njegove dobi u zatvoru suprotno članku 3. EKLP. ESLP odbio je njegovu žalbu i naglasio da nijedna država članica EKLP nema zakonsku maksimalnu dobnu granicu za zatvorsku kaznu. U ovom slučaju, nisu bile ispunjene i pretpostavke za kršenje prava iz članka 3. EKLP, budući da su bili podnositeljevo zdravlje i status zatvorske kazne ocijenjeni kao dobri. ESLP je također naglasio, da je treba procijeniti okolnosti u svakom pojedinačnom slučaju individualno i tek onda se može ocijeniti dali je došlo do kršenja konvencijskih prava odnosno u našem primjeru bi to značilo da je bila provedena dobna diskriminacija

16 Uradni list Evropske unije, št. C 83/389.

17 Uradni list Evropske unije, št. C 202, 7. lipanj 2016.

18 Važna prekretnica na području polju položaja starijih osoba u međunarodnom pravu predstavlja godina 1982., kada je organizirana u Beču pod pokroviteljstvom UN "World Assembly on Aging for 1982". Skupština, na kojoj su surađivale 124 države, prvi puta je potvrdila pravo na dob (eng. *right to age*) kao ljudsko pravo. Tako Kanter A. S. *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implications for the Rights of Elderly People Under International Law*. 25 *Ga. St. U. L. Rev.*, 2009, str. 533

Unatoč važnosti spomenutih međunarodnih dokumenata o starenju i starijim osobama, ne treba zanemariti činjenicu da su to politički dokumenti UN-a i da kao „meko pravo“ ne predstavljaju pravno obvezujuće obveze jer ne predviđaju sankcije za njihovo neprimjenjivanje. Oni naime sadrže norme i pravila, za koje su vlade suglasne, da će im slijediti. Ali te norme i pravila ipak za države same po sebi nisu obvezujuće.¹⁹

3.2. Slovenija

Ustav Republike Slovenije²⁰ (URS) također izričito ne spominje dob među diskriminatornim okolnostima, ali se može klasificirati kao opća zabrana (”ili bilo koja druga osobna okolnost”) (stav 1 članka 14 URS). Međutim, kao diskriminatorna okolnost, dob je izričito spomenuta, na primjer, u

a) stav 1 članka 1 Zakona o zaštiti pred diskriminacijom (slo. Zakon o varstvu pred diskriminacijom: ZVarD);²¹

b) članak 7. Zakona o pacijentovim pravima (slo. Zakon o pacientovih pravicah: ZPacP);²²

c) stav 1 članka 6 Zakona o radnim odnosima (slo. Zakon o delovnih razmerjih: ZDR-1);²³

d) članak 3 Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji (slo. Zakon o preprečevanju nasilja v družini: ZPND).²⁴

4. Utjecaj dobi na obiteljske odnose

4.1. Općenito

Slovenija je 2017. godine, nakon više od 40 godina, konačno dobila novi Obiteljski zakonik (Družinski zakonik²⁵: DZ), koji je zamijenio 1976. godine primljeni Zakon o braku i obiteljskim odnosima (Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih²⁶: ZZZDR). Osim nekoliko iznimaka, DZ počeo se primjenjivati 15. travnja 2019. godine. To je suvremeni, moderni i k djeci orijentiran zakon. DZ donio je niz mjera kako bi se osigurala zaštita dobrobiti i koristi djeteta jer djeca, zbog svoje dobi i (ne)zrelosti predstavljaju ranjivu grupu stanovništva. S druge strane, imamo starije osobe, koje također zbog svoje dobi i ranjivosti čine ranjivu grupu stanovništva, koja je također uključena u obiteljsko-pravne odnose. U sljedećim poglavljima prikazat

19 Doron I. & Apter I. The Debate Around the Need for an International Convention on the Rights of Older Persons. *The Gerontologist*, Vol. 50, No. 5, 2010, str. 588.

20 Uradni list RS, št. [33/1991-I](#); [42/1997](#) – UZS68; [66/2000](#) – UZ80; [24/2003](#) – UZ3a, 47, 68; [69/2004](#) – UZ14; [69/2004](#) – UZ43; [69/2004](#) – UZ50; [68/2006](#) – UZ121, 140, 143; [47/2013](#) – UZ148; [47/2013](#) – UZ90, 97, 99; [75/2016](#) – UZ70a.

21 Uradni list RS, št. 33/2016.

22 Uradni list RS, št. [15/2008](#); [55/2017](#).

23 Uradni list RS, št. [21/2013](#); [78/2013 – popr.](#); [47/2015](#) – ZZSDT; [33/2016](#) – PZ-F; [52/2016](#); [15/2017](#) – odl. US; [22/2019](#) – ZPosS.

24 Uradni list RS, št. [16/2008](#); [68/2016](#); [54/2017](#) – ZSV-H.

25 Uradni list RS, št. 15/2017; 21/2018.

26 Uradni list RS, št. [69/2004](#) – uradno prečišćeno besedilo; [101/2007](#) – odl. US; [90/2011](#) – odl. US; [84/2012](#) – odl. US; [82/2015](#) – odl. US; [15/2017](#) – DZ.

će se odabrani obiteljsko-pravni aspekti situacije starijih osoba i kako pristupa toj problematici novi slovenski DZ.

4.2. Brak

DZ u stavu 2. članka 3. određuje da je svrha braka u začecu obitelji.²⁷ Budući supružnici koji su stariji (+65) obično nemaju želju za začecom obitelji. Međutim, njihova želja da se vjenčaju običajno temelji na uzajamnoj emocionalnoj vezanosti, uzajamnom poštovanju, razumijevanju, povjerenju i uzajamnoj pomoći (članak 20. DZ). Stoga se reproduktivnost ne može smatrati konstitutivnim elementom braka,²⁸ posebno s obzirom na činjenicu da se plodnost kod starijih osoba s godinama smanjuje. Nemogućnost začeti dijete (u našem slučaju zbog starosti) ne može osobi oduzeti konvencionalno priznato pravo na sklapanje braka. Brak čak mogu sklopiti i supružnici koji su se svjesno odlučili da neće osnovati vlastite (biološke) obitelji.²⁹

DZ propisuje da brak ne može sklopiti dijete (tj. osoba mlađa od 18. godina), ali iz opravdanih razloga sud može dopustiti da brak sklopi i dijete koje je već navršilo 15 godina života, ako je ostvarilo takvu tjelesnu i mentalnu zrelost da može razumjeti značaj i posljedice prava i obveza, koji proizlaze iz sklapanja braka (članak 24. DZ). Određena je znači minimalna dob za sklapanje braka, a koja po svijetu nije jednako regulirana.³⁰ Maksimalna dob za sklapanje braka nije propisana u slovenskom obiteljsko-pravnom zakonu. Brak može sklopiti osoba bez obzira na njezinu (moguće visoku) dob. Radi se o ostvarivanju konvencionalnog „prava na sklapanje braka“, koje mora biti jednako priznato odraslim muškarcima i ženama.³¹

Pravo na sklapanje braka stoga je temeljno ljudsko pravo, koje je, naravno, povezano s ispunjavanjem propisanih zakonskih pretpostavki. Osim što je uvjetovano s postojanjem propisane minimalne dobi, povezano je i s postojanjem uvjeta sposobnosti za rasuđivanje, što može biti od velike važnosti u zaštiti starijih osoba u slučaju sklapanja braka. Brak naime ne može sklopiti osoba, koja nije sposobna za rasuđivanje ili osoba koja je u trenutku sklapanja braka privremeno sposobna za rasuđivanje, ali zbog uzroka, koji uzrokuje njezinu nesposobnost za rasuđivanje, nije u stanju osnovati životnu zajednicu sa sadržajem koji proizlazi iz DZ (članak 25. DZ). Odsutnost ovog uvjeta dovodi do toga, da taj brak nije valjan pa se ga može zbog toga i poništiti.

Tužbu za poništenje braka, koji je bio sklopljen suprotno odredbama članka 25 DZ (sposobnost za rasuđivanje) mogu podnijeti bračni drugovi, svi oni koji imaju pravni interes u tom poništenju i državni odvjetnik. Državnom odvjetniku mogu podnijeti inicijativu za podnošenje tužbe za poništenje braka i druga državna tijela, nositelji javnih ovlaštenja, pružatelji javnih usluga i tijela lokalnih zajednica (stav 1 i 2 članka 48. DZ). U tom slučaju tužba za poništenje braka ne može zastarjeti. Ali nakon prestanka braka, kod kojeg uvjet sposobnosti za rasuđivanje nije bio ispunjen,

27 Slo. „Pomen zakonske zveze je v zasnovanju družine.«

28 Novak B. V: Novak, Barbara (red.), *Komentar Družinskoga zakonika*. Uradni list RS: Ljubljana, 2019. str. 37.

29 Kraljić, S. *Družinski zakonik s komentarjem*. Poslovna založba: Maribor, 2019, str. 46.

30 Vidi više Kraljić, 2019, op. cit. 29, str. 130 i sl.

31 Prim. npr. članak 16(1)(1) ODLP; članak 23(2) MPGPP.

mogu tužbu podnijeti samo još jedan ili drugi bračni drug. Tužbe za poništenje braka ne mogu podnijeti nasljednici, ali mogu nastaviti već pokrenuti postupak od strane pokojnika (članak 53. DZ). Ako je brak poništen, njegove pravne posljedice prestaju danom poništenja (članak 54. DZ).³²

Kao posebnost navodimo regulativu portugalskog pravnog sustava. U Portugalu se kao zakonski imovinski režim koristi režim „bračne stečevine“ (eng. *community of the property*), što znači da je sva imovina stečena prije braka i tijekom njezina trajanja zajednička imovina bračnih drugova. Međutim, ako je brak zaključen od osobe (jedne ili oboje) starije od 60 godina, kao zakonski imovinski režim može se koristiti samo „imovinski režim odvojene imovine“ (eng. *separation of property*). Prema tom imovinskom režimu, svaki bračni drug zadržava kontrolu nad svom svojom sadašnjom i budućom imovinom i može s njom slobodno raspolagati (usp. članak 1735. portugalskog Codigo Civil).

4.3. Posvojenje

Polazeći od stavka 1. članka 215 DZ posvojitelj može biti samo punoljetna osoba, koja je najmanje 18 godina starija od djeteta. U iznimnim slučajevima, može se dozvoliti i posvojenje osobi koja nije 18 godina starija od djeteta. U tom primjeru treba istražiti sve okolnosti slučaja i ako se utvrdi da je takvo posvajanje u korist djeteta, takvoj osobi će se dozvoliti posvojenje, unatoč tome što nije starija od djeteta 18 godina.

Posvojitelj s usvojenjem stječe roditeljsku skrb i tako postaje zakonski zastupnik djeteta. Budući da je za zastupanje potrebna poslovna sposobnost, koja se obično dobiva u dobi od 18 godina, osnovno polazište je da posvojitelj može biti samo odrasla osoba koja je najmanje 18 godina starija od djeteta (i ima poslovno sposobnost). Međutim, kao rečeno, u slučaju ako je u djetetovu korist, u iznimnim slučajevima, posvojenje se može odobriti i osobi koja nije 18 godina starija od djeteta. Ali i u ovom primjeru posvojitelj treba biti odrasla osoba (koja ima poslovnu sposobnost), jer će samo tako moći vršiti zastupanje iz naslova roditeljske skrbi.

DZ je također donio važnu novost, naime tzv. dodjela roditeljske skrbi srodniku. Za dijete koje nema žive roditelje, sud može, ako je to u korist djeteta, dati roditeljsku skrb srodniku ako je spreman brinuti o djetetu. Jedan od uvjeta koji taj srodnik mora ispuniti da bi mogao dobiti roditeljsku skrb je, da bi sukladno člancima 215. i 216. DZ mogao biti posvojitelj. Budući da je moguće dati roditeljsku skrb samo srodniku, to može biti sukladno sa stavkom 1. članak 231. DZ samo osoba koja je s djetetom u krvnom srodstvu u ravnoj liniji do uključno drugog koljena (djedovi i bake) ili pobočnoj liniji do uključno četvrtog koljena (bratići i sestrične). Posvojenje takvog djeteta u vrijeme, kad je dana roditeljska skrb srodniku, nije moguće. Prema tome, očekuje se da će dob imati važnu ulogu u ovom slučaju (članak 231. DZ), ali vjerovatno u blažom obliku, ako će to biti o djetetovom interesu. Odgovor na ovaj novi pravni institut DZ dat će sudska praksa.

DZ ne određuje ni donje ni gornje dobne granice za posvojitelja, što se može naći u usporednim pravnim sistemima. U svrhu ovog rada, zainteresirani smo za gornju dobnu granicu za posvojitelja, koju možemo naći npr. u:

³² Kraljić, 2019, op. cit. 29, str. 136.

a) u Finskom zakonu o posvojenju, koji određuje gornju dobnu granicu za posvojitelja, i to je 50 godina (usp. članak 6). Ali ta gornja granica može se u određenim primjerima zanemariti;

b) u Grčkoj, posvojitelj ne smije biti stariji od 60 godina. U grčkom pravu nije predviđeno izuzeće od ovog pravila;

c) Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine³³ (PZ FBiH) propisano je da posvojitelj može biti osoba u dobi od 25 do 45 godina. Međutim, u slučaju opravdanih razloga, posvojitelj može biti i osoba starija od 45 godina, ali razlika u dobi između posvojitelja i posvojenika ne smije biti veća od 45 godina (članak 96. PZ FBiH);

d) u Indiji dob kod posvojitelja (na dan registracije) ima važnu ulogu, jer je o njoj ovisno odlučivanje o prihvatljivosti budućih posvojitelja. Naime od individualne ili ukupne dobi budućih posvojitelja ovisno je dijete koje dobne skupine će biti u stanju usvojiti.

Dob djeteta	Maksimalna ukupna dob budućih posvojitelja (zajedničko posvojenje)	Maksimalna dob pojedinačnog budućeg posvojitelja kod single posvojenje
do 4. godine	90 godina	45 godina
između 4. i 8. godine	100 godina	50 godina
između 8. i 18. godine	110 godina	55 godina

Izvor: Central Adoption Resource Authority³⁴

e) SAD - u smislu posvajanja u SAD-u, Mills ističe da je većina potencijalnih posvojitelja starija od 40 godina. A budući da su populacija potencijalnih posvojitelja "stari Amerikanci", mnoge agencije za posvajanja odredile su dobna ograničenja za podnositelje zahtjeva za posvojenje. Čak su i pojedinačni sudovi zbog dobi posvojitelja odbili smještaj djeteta koje bi trebalo biti kasnije posvojeno. Prema mišljenju Millsa, nadzor u postupku posvojenja svakako je neophodan, jer je to jedini način da se osigura zaštita djece koja su uključena u postupak posvojenja. Međutim, opća dobna ograničenja starijih Amerikanaca koji žele posvojiti dijete nije uvijek u najboljem interesu djece. Američka praksa je raznolika.³⁵ S jedne strane imamo primjere u kojima je bilo posvojenje odbijeno potencijalnim posvojiteljima, u dobi od 42 i 50 godina, iako su se već dvije godine brinuli o djetetu.³⁶ S druge strane, sud je odobrio posvojenje bračnim drugovima, koji su imali 54 i 70 godina kada je dijete bilo posvojeno.³⁷ Sud je odvagao golu dob potencijalnih posvojitelja

33 Službene novine Federacije BiH, broj 35/2005.

34 Central Adoption Resource Authority (n.d.) Pridobljeno, <http://cara.nic.in/Parents/eg_ri.html> (15.06.2019).

35 Mills S. Perpetuating Ageism Via Adoption Standards and Practices (May 5, 2010). *Marquette Law School Legal Studies Paper No. 10-26*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1600756> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1600756> (15.06.2019), 2010, str. 1-2.

36 Vidi *In Re Adoption of Brown*, 92 N.W.2d 749 (Wis. 1958).

37 *Adoption of Michelle Lee T*, 117 Cal. Rptr. 856 (Cal. Ct. App. 1975).

na jednoj strani i druge okolnosti slučaja na drugoj strani. Dijete je naime živjelo s potencijalnim posvojiteljima od rođenja, posvojiteljica je imala očekivani životni vijek, što je bilo dovoljno za staranje o djetetu do odrasle dobi, oba su imala izvrsno zdravlje, imali su stabilan brak i bili su financijski opskrbljeni. Ipak, sud se još uvijek usredotočio na "prevladavanje" dobne barijere, ali je na kraju odobrio posvojenje.³⁸

Pitanjem dobi posvojitelja bavio se i ESLP u *Schwizgebel protiv Švicarske*³⁹ gdje je podnositeljica zahtjeva gđa. Schwizgebel navodila dobno diskriminatorno postupanje švicarskih tijela. Tvrdila je da su švicarska tijela spriječila njezino posvajanje zbog njezine dobi (47 i pol u vrijeme posljednjeg zahtjeva za posvajanje). Zbog toga je bila diskriminirana u usporedbi s drugim ženama iste dobi koje danas mogu roditi u ovoj dobi, a njoj je bilo spriječeno da posvoji zbog razlike u godinama između nje i djeteta koje je trebala posvojiti. Ona (rođena 1957.) posvojila je vijetnamsko dijete u lipnju 2002. godine u kantonu Jura. Već u srpnju 2002. podnijela je zahtjev za posvajanje drugog djeteta, trogodišnjaka iz Južne Amerike. Socijalne službe odbacile su njezin zahtjev, što je potvrdio kasnije i sud. Nakon preseljenja u Ženevu, njezine daljnje prijave odbačene su u srpnju 2004. i rujnu 2005. godine. Tada je osobno izjavila pred kantonalnom vlašću da bi voljela prihvatiti petogodišnje dijete, moguće iz Vijetnama, kao svoje prvo dijete. U travnju 2006. Kantonalni sud u Ženevi odbio je taj zahtjev. Pri tome nije bilo sumnje u njezine sposobnosti za podizanje djeteta ili o njezinim financijskim sredstvima, ali se smatralo da bi prihvaćanje drugog djeteta moglo dovesti do nepravedne intervencije u situaciju u kojoj se nalazi prvo dijete i da je podnositeljica podcijenila teškoće koje donosi sa sobom međunarodno posvojenje. Sud je također izrazio svoju rezervaciju o dostupnosti drugog djeteta. U prosincu 2006. godine, Savezni sud odbio je njezinu upravnu tužbu obrazlažući da posvojenje nije u najboljem interesu djece. Pri tome je sud uzeo u obzir dob gđe Schwizgebel i njezinu dobnu razliku u odnosu na dijete (od 46 do 48 godina), što je se smatra sud kao prekomjerno. Slijedom toga, podnositeljica zahtjeva pred ESLP tvrdila je da je bila diskriminirana, jer su žene u njezinoj dobi mogle radati djecu a njoj su spriječili posvojenje zbog njezine dobi. ESLP nije potvrdio navodnu povredu članka 14. EKLP jer je postupanje švicarskih tijela procijenio kao objektivno i osnovano i nije bilo pretjerano. Odluke švicarskih tijela temeljile su na sveobuhvatnim istragama kantonalnih vlasti, a u postupku je osigurano načelo kontradiktornosti. U obzir bile su uzete i koristi već posvojenog djeteta, kao i djeteta koje je trebalo biti posvojeno.

Zbog toga nam se čini ideja američkih sudova prihvatljiva. Naime, odbijanje potencijalnog posvojitelja samo na temelju dobi (na primjer, 45 godina) je neadekvatno – pogotovo zbog produženja životnih očekivanja. Američki sudovi naime smatraju dob samo kao polazište kod posvojenja te ga povezuju sa individualnim okolnostima pojedinačnog primjera. Tako na primjer mogu povezati dob potencijalnog posvojitelja s njegovom postojećom bolešću ili lošom kvalitetom njegovog života koja može voditi do smanjenja zdravlja i dobrobiti, smanjeno pokretljivosti, ili sa životnim vijekom, koje može biti ovisno od pušenja, pretilosti i drugih loših navika ili ovisnosti).

38 Mills, 2010, op. cit. 34, str. 18.

39 *Schwizgebel protti Švici* (app. no. [25762/07](#)), 16. oktober 2010.

4.4. Skrbništvo

DZ donio je također veliku novost na području skrbništva, jer stavljanje odrasle osobe pod skrbništvo više nije uvjetovano oduzimanjem poslovne sposobnosti kao što je to bilo u ZZZDR. Slovenija je tako slijedila odredbe članka 12. KPOI, koji osobama s invaliditetom jamči jednakost pred zakonom:

- »1. *Države potpisnice ponovo potvrđuju da osobe s invaliditetom imaju pravo svuda na priznanje pravne i poslovne sposobnosti.*
2. *Države potpisnice prihvaćaju da osobe s invaliditetom u svim područjima života uživaju pravnu i poslovnu sposobnost ravnopravno s drugim osobama.*
3. *Države potpisnice će poduzeti odgovarajuće mjere da osobama s invaliditetom osiguraju potrebnu pomoć za ostvarivanje njihove pravne i poslovne sposobnosti.*
4. *Države potpisnice osiguravaju da sve mjere koje se odnose na uživanje pravne i poslovne sposobnosti predviđaju odgovarajuće i djelotvorne mehanizme zaštite koji će sprječavati zloupotrebu, u skladu s odredbama međunarodnog prava o ljudskim pravima. Ti mehanizmi zaštite će osigurati da mjere koje se odnose na uživanje pravne i poslovne sposobnosti poštuju prava, volju i sklonosti te osobe, da se isključi sukob interesa i zloupotreba uticaja, da su proporcionalne i prilagođene okolnostima u kojima se nalazi ta osoba, da se primjenjuju u najkraćem mogućem vremenu, te da podliježu redovnoj reviziji nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog tijela vlasti ili sudskog tijela. Mehanizmi zaštite su proporcionalni stepenu u kom takve mjere utiču na prava i interese osobe.*
5. *U skladu s odredbama ovog člana, države potpisnice poduzet će odgovarajuće i učinkovite mjere kako bi osigurale jednako pravo osobama s invaliditetom da posjeduju ili nasljeđuju imovinu, da kontroliraju svoje financijske poslove i imaju jednak pristup bankovnim kreditima, hipotekama i drugim oblicima financijskog kreditiranja; te će osigurati da osobama s invaliditetom ne bude proizvoljno oduzeta imovina.«*

Slovenija je stoga provela reformu skrbničkog prava, jer nova pravna regulativa proizlazi iz nastojanja da se osigura prikladnija i uravnoteženija regulativa, gdje je fokus na autonomiji i samoopredjeljenju osoba sa „smanjenim mentalnim sposobnostima“. Bivši režim temeljio se ponajprije na zabrinutosti države za dobrobit njezinih građana, zbog čega su interesi takvih pojedinaca često potiskivani u pozadinu. Reforma je pomakla paradigmu skrbništva s medicinskog modela⁴⁰ koji se usredotočuje isključivo na dijagnosticiranje „nesposobnosti“ na model koji nastoji procijeniti funkcionalne sposobnosti pojedinca. Tradicionalni oblik skrbništva, u kojem je skrbnik odlučio u ime svog štíćenika, zamijenjen je alternativom nazvanom „podržavajuće odlučivanje“ (eng. *supportive decision-making*).⁴¹ Takav je pristup vidljiv i u novom slovenskom DZ, npr. u:

40 Zvano također *paternalistično skrbništvo*.

41 Kanter, 2009, op. cit. 18, str. 562-563.

a) stavak 2 članka 239. DZ („Svrha skrbništva za odrasle je zaštita njihove osobnosti, što se postiže prvenstveno reguliranjem pitanja koja te osobe ne mogu same učiniti ...“);

b) stavci 1. i 2. članka 262. DZ („1. Sud će osobu koja zbog mentalnom poremećaja ili poteškoćama u mentalnom zdravlju ili drugog razloga koji utječe na sposobnost prosuđivanja, sama bez štete za sebe, nije u stanju voditi brige o svojim pravima i interesima, staviti pod skrbništvo i odrediti skrbnika. 2. Sud će u odluci o stavljanju pod skrbništvo odrediti i opseg obaveza i prava skrbnika.);

c) stavak 2. članka 264. DZ (»2. Zaštita štíćenikove osobnosti zahtijeva da skrbnik, štíćeniku u granicama njegovih sposobnosti, omogući da oblikuje život prema vlastitim željama i svaćanjem.“).

Također, je ciljeve KPOI pratio i novi slovenski Zakon o vanparničnom postupku (Zakon o nepravdnom postupku⁴² – ZNP-1) koji je dopunio novu regulativu slovenskog obiteljskog prava. ZNP-1 također podržava autonomiju štíćenika. Na primjer iz stavka 1. članka 45. ZNP-1 proizlazi, da sud dopušta da sudionik u postupku, koji je punoljetna osoba stavljena pod skrbništvo, izvrši pojedine procesne radnje u svrhu ostvarivanja svojih prava ili pravnih interesa ako smatra da je ta sposobna razumjeti značaj i pravne posljedice takvih djela.

Slovenski zakonodavac je tako reformom skrbništva za odrasle osobe, koja je regulirana u DZ i ZNP-1, pratio uređenje u članku 23. KPOI, koji se odnosi na „Poštivanje doma i obitelji“. Prema tome, države potpisnice će poduzeti učinkovite i odgovarajuće mjere za uklanjanje diskriminacije osoba s invaliditetom u svim pitanjima koja se odnose na brak, obitelj, roditeljstvo i obiteljske odnose i druge odnose na isti način kao i za sve druge osobe. Svim osobama s invaliditetom koje su dovoljno stare da sklope brak mora se osigurati pravo na sklapanje braka i stvaranje obitelji na temelju slobodnog i punog pristanka budućih braćnih drugova. Također im moraju pružiti pravo na slobodno i odgovorno odlučivanje o broju djece i dobnim razlikama među njima, pristup dobu odgovarajućih informacija i obrazovanja o planiranju i stvaranju obitelji, te potrebna sredstva za ostvarivanje tih prava kao i isto za očuvanje plodnosti (stav 1. članka 23. KPOI). Države potpisnice osigurat će prava i odgovornosti osoba s invaliditetom u pogledu skrbništva, štíćeništva, skrbništva nad imovinom i posvojenja djece ili sličnih ustanova, ako postoje u domaćem pravu. U svim slučajevima najvažnija je djetetova korist. Države potpisnice osigurat će osobama s invaliditetom odgovarajuću pomoć u roditeljskoj skrbi za dijete (stav 2. članak 23 KPOI). Dijete ne smije biti odvojeno od roditelja zbog invaliditeta jednog ili oba roditelja (stav 4. članka 23. KPOI).

5. Zaključak

Nema sumnje da starije osobe danas predstavljaju grupu stanovništva koja se često gura na rub našeg društva isključivo na temelju stereotipa. Mnoge starije osobe danas u kasnoj dobi također uživaju visoko kvalitetni život, čak često i bez strane pomoći. No, ne smijemo zanemariti činjenicu da, s druge strane, imamo starije osobe

42 Uradni list RS, št. 16/2019.

kojima je potrebna ili djelomična ili čak potpuna pomoć i podrška drugih. Starije osobe čine posebnu društvenu grupu već na temelju kronološke dobi. Ali ako se ovoj kronološkoj dobi pridruži fizička i / ili mentalna bolest, onda imamo osobu koja može biti dvostruko stigmatizirana i marginalizirana u društvu.

Svjesni te problematike i pravno problematičnih pitanja, usvojena je KPOI, koja je zatvorila mnoga otvorena pitanja u vezi osoba s invaliditetom. Međutim, treba naglasiti da dok je starija osoba (+65) zdrava, u načelu ne spada pod okrilje KPOI. Iz tog razloga još uvijek postoje otvorene polemike o tome treba li donijeti određeni obvezujući međunarodni dokument za ovu populacijsku grupu (starije osobe), koja bi se u potpunosti posvetila pravnom pitanju starijih osoba, kao što je učinjeno s KPD (djeca) i KPOI (osobe s invaliditetom). Što se tiče starenja svjetske populacije (eng. *graying the globe*), ovakav međunarodni dokument bi svakako bio dobrodošao, jer bi (sličan) sustav, kao što je KPD i KPOI, mogao regulirati ovo područje i tako postaviti standard "najboljeg interesa starijih osoba". Slovenski DZ i ZNP-1 svakako su napravili veliki korak naprijed, posebice u području skrbištva odraslih, gdje nova regulativa potiče očuvanje autonomije i samostalnosti starijih osoba.

dr. sc. Suzana Kraljić, Associate Professor
Faculty of Law, University of Maribor

**AGEISM AND FAMILY LAW – IN THE EXAMPLE OF MARRIAGE,
ADOPTION AND GUARDIANSHIP IN SLOVENIA**

Summary: Population aging is a major problem today, especially in Europe. The demographic structure of the population has changed and even more significant changes will occur by year 2050. Ageism or age discrimination is therefore taking on new dimensions today. The author first discusses general issues related to ageism. This is followed by an analysis of selected legal issues related to age under the new Family Code of the Republic of Slovenia, such as marriage, adoption and guardianship.

Keywords: elder persons, age discrimination, marriage, adoption, guardianship

Dipl. iur. Katja Drnovšek, Assistant
Faculty of Law, University of Maribor

Dipl.iur. Katja Markač Hrovatin,
Faculty of Law, University of Maribor

FROM PARENTAL RIGHTS TO PARENTAL RESPONSIBILITY: DEVELOPMENTS IN SLOVENIAN FAMILY LAW

The long awaited Family Code (DZ), which replaced Marriage and Family Relations Act (ZZZDR), represents the most important recent development in Slovenian family law, as the enactment thereof affected practically all aspects of the regulation of family matters. The article focuses on the comparison of provisions regulating parental rights under ZZZDS and those regulating parental responsibility under DZ, with a special emphasis on the most important changes and resulting implications for the relationship between the parents and their children, as well as for the protection of the child's best interests. Among the topics addressed are the scope, exercise and termination of parental responsibility, measures for the protection of the child's best interests, the new institution of granting parental responsibility to a relative, etc. The article also contains a spreadsheet that allows for easier comparison between both the previous and current regime.

Keywords: parental rights, parental responsibility, parental obligations, child's best interests, reform of family law.

1. Introduction

For a long time, Slovenian family law was centred around Marriage and Family Relations Act (*Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih*, hereinafter: ZZZDR)¹ of 1976, which was later amended with several amending acts (most notably in 1989, 2001 and 2004) and certain acts in other areas of law (e.g. Civil Procedure Act, Notary Act, etc.). However, as there was no comprehensive and systemic solution that would properly consider contemporary legal challenges in family matters, ZZZDR no longer sufficed; some provisions were even considered to be unconstitutional,² and decisions issued by both courts and social work centres demonstrated many shortcomings and legal vacuums.³ For that reason, a new Family

1 Official Gazette of RS, No. 69/04 – officially consolidated text, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US, 15/17 – DZ and 30/18 – ZSVI.

2 See for example Constitutional Court of the Republic of Slovenia decision No. U-I-312-00-40 of 23 April 2003, Official Gazette of RS, No. 42/03.

3 For more, see Proposal of Family Code (*Besedilo Predloga družinskega zakonika*) of 20 December 2016, EVA: 2016-2611-0062, <<https://imss.dz-rs.si/imis/9b7fa9f28fe58285777f.pdf>> (accessed 5 July

Code, which aimed to address these issues and regulate the entire scope of family law in one place, was drafted and adopted in 2011, but it never came into force due to a failed referendum. The new proposal, which was finally successfully enacted, left out the most controversial topics, such as the regulation same-sex partnerships and the prohibition of corporal punishment of children.⁴

The new Family Code (*Družinski zakonik*, hereinafter: DZ)⁵ enacted major changes in all the most important areas regulating of family law, relating to, *inter alia*, marriage, cohabitation, relations between parents and their children, assistance provided by the state in cases of difficulties in cohabitation and family life, measures to protect the best interests of the child and maintenance obligations, adoption, foster care, guardianship, etc. It also redefined or replaced some fundamental concepts, which included the replacement of parental rights with parental responsibility and the adaptation of certain important aspects related to the implementation of parents' rights and obligations towards their child. The following article focuses on the presentation, comparison and evaluation of both legal institutes in the framework of previous and current regulation.

2. Parental rights under ZZZDR

The constitutional foundation for regulation of parental rights and obligations is represented by Article 54 of the Constitution of the Republic of Slovenia,⁶ according to which the parents have the right and duty to maintain, educate, and raise their children, which may be revoked or restricted only for such reasons as are provided by law in order to protect the child's interests. These constitutional rights and obligations are reflected in the family law provisions that regulate parental rights (now parental responsibility), the right to maintenance and the right to contacts.⁷ ZZZDR defined parental rights in very general terms, as the right and obligation of parents to ensure through direct care, by their work and social activities, the successful physical and mental development of their children (Article 4 of ZZZDR). Even though the expression "parental rights" implies that we are discussing the right granted to the parents, the main purpose of parental rights is the pursuit of the child's best interests, which is why in a relationship between the parents and their child, legal provisions mainly refer to the parents' duties and obligations.⁸

2019), pp. 1-2.

4 Both are regulated in separate legal acts: Civil Union Act (*Zakon o partnerski zvezi*, Official Gazette of RS, No. 33/16) and Domestic Violence Prevention Act (*Zakon o preprečevanju nasilja v družini*, Official Gazette of RS, No. 16/08, 68/16 and 54/17 – ZSV-H).

5 Official Gazette of RS, No. 15/17, 21/18 – ZNOrg and 22/19.

6 *Ustava Republike Slovenije*, Official Gazette of RS, No. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 and 75/16 – UZ70a.

7 B. Novak, *Družinsko pravo*, 2. spremenjena in dopolnjena izdaja, Uradni list RS, Ljubljana, 2017, pp. 41-42; K. Zupančič et al., *Reforma družinskega prava*, Uradni list RS, Ljubljana, 2009, p. 144.

8 See e.g. K. Zupančič, *Družinsko pravo*, Uradni list RS, Ljubljana, 1999, p. 132; M. Geč-Korošec and S. Kraljič, *Družinsko pravo*, 1. del, III. spremenjena in dopolnjena izdaja, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor, p. 152. Nevertheless, this does not mean that children have no obligations towards

In order to provide healthy growth, balanced personal development and the capacity for independent life and work, ZZZDR granted parents the right and obligation to care for the subsistence, personal development, rights and benefits of their underage children (i.e. parental rights). In that regard, parents had the obligation to maintain their children, to care for their life, health and upbringing, and, within their powers, to provide for the schooling and professional education of their children according to their capacities, talents and wishes.⁹ Individual elements of parental rights were further specified and regulated in other provisions of ZZZDR (especially Articles 102-112, but also other provisions).¹⁰ The most important provisions regulating the exercise, termination, withdrawal and restriction of parental rights that were changed along with the replacement of parental rights with parental responsibility will be considered in the following chapters.

3. Parental responsibility under DZ

The scope of rights and obligations under the institution of parental responsibility, which replaced parental rights, is not significantly broader or narrower than under the previous regulation, but it did bring along some changes, the short overview of which will be presented below.¹¹ Particularly worth mentioning is a shift towards the preference of joint exercise of parental responsibility (especially when the parents do not live together); a new systematic approach to measures for the protection of the child's best interests (including the restriction and withdrawal of parental responsibility, the application of which should follow the principle of the least restrictive measure that still offers sufficient protection of the child's best interests); protecting interests of adult persons, who are not capable of defending their own rights and interests, by placing them under guardianship instead of extending their parents' parental responsibility beyond the age of majority; the new institution of granting parental responsibility to a relative; etc.

Terminological implications of replacing the institution of "parental rights" with "parental responsibility" should not be overlooked either. In Slovenian language, the term for parental rights was *roditeljska pravica*, which originates from the word *roditelji* (a word for "a parent", but it implies that the person gave birth or is a biological parent of a child) and *roditi* (to give birth).¹² The use of the term *roditeljska pravica* was unsuitable because it implied that only the child's biological parents have this right and not, for example, their adoptive parents (who would not be considered as *roditelji*). The new term for parental responsibility in Slovenian language is *starševska skrb*, which originates from the word *starši*, meaning, inter alia, "men and

their parents; for example, see Article 112 of ZZZDR on the child's obligation to contribute to their subsistence and education.

9 See Articles 4, 102 and 103 of ZZZDR. See also Zupančič, *supra* n. 9, p. 182.

10 For a detailed explanation of individual elements of parental rights, see e.g. Zupančič, *supra* n. 9, pp. 130-148; Geč-Korošec and Kraljič, *supra* n. 9, pp. 170-188; or B. Novak, *supra* n. 8, pp. 195-213.

11 See also »Appendix« with the comparison of regulation under ZZZDR and DZ.

12 See also *Slovar slovenskega knjižnega jezika* (Dictionary of Standard Slovenian Language), ZRC SAZU, available at <<https://fran.si/>> (accessed on 10 July 2019).

women in relation to their child” or “men and women with children”.¹³ This term has a notably broader scope and, therefore, covers all persons who may be considered parents to a child and are therefore granted parental responsibility. Another reason why this expression is more appropriate is the fact that some parents understood the word “right” in a somewhat possessive manner, as implying that the child is the subject of their rights and in a way their property. The new expression is more child-oriented and implies that the parents have not only the right but also obligations to take care of the children and their interests. Such terminological change is also in line with international acts on the parents’ rights and obligations (e.g. Brussels IIa Regulation¹⁴ or European Convention on the Exercise of Children’s Rights¹⁵) and solutions found in comparable legal systems (e.g. Austrian or German).¹⁶

3.1. Scope of parental responsibility and parental obligations

Compared to the regulation of parental rights in ZZZDR, the scope of parental responsibility and obligations under DZ is not significantly changed. The first paragraph of Article 6 of DZ defines parental responsibility as the entirety of obligations and rights of parents to create, in accordance with their capacities, conditions for the comprehensive development of a child. Parental responsibility refers to the obligations and rights of parents concerning care for the child’s life and health, upbringing, care and treatment, supervision of the child and providing for the child’s education, as well as the obligations and rights of parents concerning representation and maintenance of the child and managing the child’s property. Derived from parental responsibility are parental obligations, which oblige the parents to care for the life and health of their children, providing safety, basic care, upbringing and supervision; provide their children with conditions for healthy growth, balanced personal development and independent life and work; maintain their children; and, within their powers, provide for the schooling and professional education of their children according to their capacities, talents and wishes.¹⁷ The scope of parental responsibility is further specified in several provisions of DZ (such as Articles 138 and 139 on the custody of children, Article 140 on the maintenance of children, Articles 141 and 142 on the contacts with parents and other persons, Article 144 on the advanced expression of will by parents, Article 145 on representing

13 See *Slovar slovenskega knjižnega jezika*, *supra* n. 13.

14 Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338 23.12.2003, p. 1.

15 ETS No. 160, Strasbourg, 25/01/1996.

16 See also Proposal of Family Code, *supra* n. 4; and B. Novak, *Družinski zakonik z uvodnimi pojasnili*, Uradni list RS, Ljubljana, 2017, pp. 46-47.

17 See Articles 136 and 137 of DZ.

children, etc.) and in other statutes and acts (e.g. Obligations Code,¹⁸ Personal Name Act,¹⁹ Patients' Rights Act,²⁰ etc.).²¹

It is worth emphasising that parental responsibility, the right to maintenance and the right to contacts are independent and separate rights and should be interpreted as such (e.g. withdrawal of parental responsibility does not affect the parents' obligation to maintain their children).²² These rights were considered separate under ZZZDR as well.²³

Parental responsibility pertains to both parents and shall also be exercised, by common agreement, by both parents in the best interests of the child. If the parents do not live together and the child does not live in the custody of both parents, the parent with whom the child lives in custody decides on issues pertaining to the child's everyday life and on the child's permanent residence, while both parents decide on issues that are critical for the child's development by common accord and in the best interests of the child. This provision promotes joint custody and parenthood even after the child's parents no longer live together (or have never lived together, in accordance with the principle of equality between children born in and out of wedlock), which is an important difference compared to ZZZDR, under which joint custody was an exception.²⁴ If the parents cannot reach an agreement, they shall be assisted by a social work centre (or, at their request, a mediator), and if they still fail to reach an agreement on issues that are critical for the child's development,²⁵ the matter shall be decided by a court. In cases where one parent is prevented from exercising their parental responsibility, the other parent shall exercise it alone. Similarly, if one of the parents is dead or unknown, or has been deprived of their parental responsibility, their parental responsibility shall belong to the other parent (Article 151 of DZ).²⁶

18 *Obligacijski zakonik* (OZ), Official Gazette of RS, No. 97/07 – officially consolidated text, 64/16 – odl. US and 20/18 – OROZ631.

19 *Zakon o osebnem imenu* (ZOI-1), Official Gazette of RS, No. 20/06.

20 *Zakon o pacientovih pravicah* (ZPacP), Official Gazette of RS, No. 15/08 and 55/17.

21 For more information on different aspects of parental responsibility, see S. Kraljić, *Družinski zakonik s komentarjem*, Poslovna založba MB, Maribor, 2019, pp. 64-68 and 435-511.

22 Novak, *supra* n. 17, p. 48.

23 For more, see Zupančič, *supra* n. 9, pp. 134-136. Cf. A. Berden, *Roditeljska pravica staršev in pravica otrok do stikov*, *Pravna praksa*, No. 4, 1997, pp. I-IV; and A. Berden, *Ponovno o roditeljski pravici in iz nje izvedenih pravicah*, *Pravna praksa*, No. 17-18, 1996, pp. 15-17. Berden argues that the parents' right to contacts with their child is not a separate right but an element of parental rights. His opinion is not widely followed in Slovenian legal theory. He does agree with other authors, however, that where parents do not live together, they should still jointly exercise parental rights. See below (*infra* n. 25).

24 See also Kraljić, *supra* n. 22, pp. 516-517. Cf. Novak, *supra* n. 8, pp. 199-200; and Zupančič, *supra* n. 9, p. 148; Zupančič already pointed out that a solution, where the parent who did not live with the child could only exercise his parental rights in a limited manner, was not in the child's best interests, because it encouraged the other parent to act in a proprietary manner towards the child and prevent or restrict their contacts.

25 E.g. decisions regarding the child's education, profession, major medical treatments, religious upbringing, etc. Kraljić, *supra* n. 22, p. 517.

26 See also K. Zupančič, *Izvrševanje roditeljske pravice po smrti roditelja, kateremu je sodišče ob razvezi zakonske zveze zaupalo otroka v varstvo in vzgojo*, *Pravnik*, No. 4-6, 1980, pp. 141-148.

3.2. Termination of parental responsibility

Termination of parental responsibility is regulated by Article 152 of DZ, the content of which is basically the same as the previously valid Article 117 of ZZZDR. As a general rule, the parental responsibility terminates when the child attains the age of majority, i.e. the age of eighteen, which is a consequence of presumption that this is the age when a person is mature and capable enough to obtain the full capacity to contract and to independently conclude legal transactions.²⁷ Furthermore, two exceptions are stipulated for termination of parental responsibility before the child attains the age of majority; namely by gaining full capacity to contract through marriage,²⁸ or if a court acknowledges full capacity to contract for a child that has become a parent and has reached adequate physical and mental maturity to be capable of independent life (the second and third paragraph of Article 117 of DZ).

Even though the law does not explicitly state it, parental responsibility also terminates upon the death of a parent or a child or upon the adoption of a child.²⁹

3.3. Restriction and withdrawal of parental responsibility

Slovenian legislation firmly follows the principle that the parents' rights and obligations may be revoked or restricted only for such reasons as are provided by law in order to protect the child's interests (the second paragraph of Article 54 of the Constitution of the Republic of Slovenia). Under ZZZDR, social work centres had the authority and obligation to take necessary measures that were required for the upbringing and care of a child or the care of their assets and other rights and benefits, e.g. taking a child from their parents and placing them in the care of another person or institute, or place restrictions on the parent's rights and obligations regarding their child's property (Articles 119-122 of ZZZDR). Furthermore, the court was granted authority to withdraw parental rights from a parent who abused parental rights or abandoned the child, or by their behaviour clearly showed that they will not care for the child, or otherwise seriously evaded their responsibilities (Article 116 of ZZZDR). Thus, while ZZZDR generally provided social work centres and the court with several options to protect the child's best interests, it did not establish a clear hierarchy of these measures or determine the conditions for their implementation in sufficient details, especially for less restrictive measures that would not require the removal of the child from their environment.³⁰ DZ now regulates available measures

²⁷ Kraljić, *supra* n. 22, p. 524.

²⁸ A court may, for justified reasons, allow the conclusion of a marriage for a child who attained the age of fifteen, if they obtained sufficient physical and mental maturity to understand the meaning and consequences of the rights and obligations arising from marriage (the second paragraph of Article 24 of DZ).

²⁹ Kraljić, *supra* n. 22, p. 525. See also Zupančič, *supra* n. 9, pp. 157-158; Geč-Korošec and Kraljić, *supra* n. 9, p. 191.

³⁰ For more, see Zupančič, *supra* n. 9, pp. 149-156; Geč-Korošec and Kraljić, *supra* n. 9, pp. 192-195; or Novak *supra* n. 8, pp. 251-261.

in a more comprehensive and systematic manner, by regulating reasons to apply each measure, maximum duration of the measure, monitoring of the measure, etc. Moreover, under the new law, social work centres decide on urgent measures only, while the courts were granted authority to decide on interim injunctions and on measures of a more permanent nature.³¹

DZ provides a list of measures to protect the child's best interests, which include the restriction and withdrawal of parental responsibility. In principle, parents have priority over any other person concerning the right and obligation to protect a child's interests; and, consequently, the State shall adopt measures to protect a child's rights and interests only in cases where parents fail to exercise these rights and obligations or exercise them contrary to the child's best interests (and only until the child gains full capacity to contract; see Article 154 of DZ).³² For that reason, when the court decides on a measure (ex officio or upon a proposal), it has to follow two restrictions: (1) if the adopted measure is able to provide adequate protection of the child's best interests, such measure should be the least restrictive for the parents in the exercise of their parental responsibility; and (2) if the adopted measure is able to provide adequate protection of the child's best interests, such measure should not seek to take the child away from their parents (Article 156 of DZ). Under these conditions, the court and social work centre are given a general authorisation to carry out necessary measures concerning custody of children or the protection of their property and their other rights and interests (Article 153 of DZ).

DZ provides three types of measures that may be issued in such cases: interim injunctions (Articles 161 – 166 of DZ),³³ emergency removal of a child (Article 167 of DZ)³⁴ and measures of a more permanent nature (Articles 169 – 176 of DZ). The measures to protect the child's best interests are intended to protect the child and not

31 Proposal of Family Code, *supra* n. 4, p. 14.

32 A court may only adopt a measure to protect the child's best interests where it establishes that the child is endangered, meaning that they suffer or are very likely to suffer damage (damage to the child's physical and mental health and development, and to the child's property), or where the damage or the likelihood of damage is the consequence of action or lack of action of parents or the consequence of the child's psychosocial problems that manifest themselves as behavioural, learning and other difficulties in growing up (Article 157 of DZ). In deciding on a measure, the court shall consider the child's opinion if it has been expressed by the child or by a person the child trusts and was chosen by the child, provided that the child is capable of understanding its meaning and consequences (Article 158 of DZ). The court is required to decide on the termination of a measure if reasons for the measure no longer exist, to adopt another measure if the measure proves to be detrimental to the child's health, development or property, decide to extend the measure or to reapply the measure. The implementation of measures is monitored by the competent social work centre (Article 160 of DZ). See also Kraljić, *supra* n. 22, pp. 528-542; Novak, *supra* n. 17, pp. 150-153.

33 A court may issue interim injunctions (e.g. an injunction to remove a child from the parents and place them in the care of another person, a crisis centre, a foster carer or an institution; an injunction prohibiting or restricting contacts; an injunction on the manner of carrying out contacts; an injunction on custody of the child; an injunction on the child's maintenance, etc.) for the purpose of temporarily protecting the child in cases where the fact that the child is endangered is demonstrated as probable. For more, see e.g. Kraljić, *supra* n. 22, pp. 542-558 or Novak, *supra* n. 17, pp. 153-162.

34 If there is a likelihood that a child is in great danger, and that their best interests may only be protected by immediate removal of the child from their parents, the social work centre shall remove the child and place them with another person, in a crisis centre, with a foster family or in an institution before

to punish the parents, which is why the child's interests should be the principle guide and the main motivation when choosing the appropriate measure, while also trying to respect the principle of the least restrictive measure.³⁵

The most restrictive among the measures of a more permanent nature is the withdrawal of parental responsibility, which is why the court shall opt for this measure only where no other available measure is deemed sufficient for the protection of the child's best interests. A court may withdraw parental responsibility from one or both parents where the child is endangered or where the circumstances of the case indicate that there is little likelihood that they will be able to resume custody of the child, in particular, if they have severely violated their obligations or abused their rights related to parental responsibility, or if they abandoned the child or their conduct has manifestly shown that they will not assume custody (the first paragraph of Article 176 of DZ). This would, for example, include acts that would threaten the child's physical, moral or intellectual development (physical, sexual or emotional abuse, forced labour, encouraging the child to conduct criminal activity, and similar).³⁶ The court shall also decide on placing the child with another person, in foster care or in an institution and on guardianship. On the other hand, even though the third paragraph of Article 176 of DZ states that the court may also restrict or withdraw the right to contacts from one or both parents, the decision to withdraw parental responsibility does not automatically or necessarily result in the restriction or withdrawal of the parents' right to contacts, as the latter is not considered to be one of the elements of parental responsibility. Nevertheless, due to the serious nature of reasons that demand the withdrawal of parental responsibility, it would be very unlikely that the court would indeed allow further contacts in such case.³⁷ It is important to note that Slovenian legislation does not provide for a collective withdrawal on parental responsibility, which means that the court has to decide for each individual child (as well as for each parent) if this measure is in their best interest.³⁸ The obligation of maintenance among parents and children is not an element of parental responsibility either, which is why it does not cease with the court's decision to withdraw parental responsibility. Consequently, the court is also authorised to decide on the maintenance obligations of each parent and determine the manner of payment – generally, the maintenance in such cases would be transferred to a special account that was opened by the guardian on the child's behalf.³⁹

While the measure of withdrawal of parental responsibility is not limited in its duration (and is usually permanent), DZ recognises a possibility that the a court decides on a motion to issue an interim injunction. For more, see e.g. Kraljić, *supra* n. 22, pp. 558-562 or Novak, *supra* n. 17, p. 162.

35 See also Kraljić, *supra* n. 22, p. 540.

36 Kraljić, *supra* n. 22, p. 587.

37 The third and fourth paragraphs of Article 176 of DZ. See also Novak, *supra* n. 17, pp. 171. Cf. Kraljić, *supra* n. 22, p. 593.

38 It is possible that in a family with more than one child, only one child's interests are endangered for different reason (e.g. personal attachment to one child but not to another, the child's age, the child's personal characteristics). In such case, parental responsibility should only be withdrawn in relation to this child. See Kraljić, *supra* n. 22, p. 593.

39 Novak, *supra* n. 17, pp. 171-172.

circumstances could change and that parental responsibility may be reinstated, if the reasons for which it had been withdrawn cease to exist, but only if the child has not been adopted in the meantime (the second paragraph of Article 176 of DZ).⁴⁰

If the child's best interests can be sufficiently protected without withdrawing parental responsibility, the court may restrict it instead in accordance with the principle of the least restrictive measure, by prohibiting one or both parents from exercising certain rights pertaining to parental responsibility where the child is endangered or where, considering the circumstances, such a measure ensures that the best interests of the child are sufficiently protected (Article 171 of DZ). DZ does not provide a comprehensive list of rights that may be limited, but it does list some examples of restrictions,⁴¹ such as deciding that the parents act as guardians managing the child's property, prohibiting the parents from managing the child's maintenance or other property and prohibiting the disposal or encumbering of the child's property – these measures are usually applied when the parents are not managing their child's property in a responsible manner, e.g. when the parents are addicts or gamblers. Where the court restricts parental responsibility, it shall also place the child under legal guardianship in relation to those rights the parents may not exercise and appoint a guardian. It may also decide that the social work centre shall supervise the exercise of parental responsibility and define the method of such supervision (the third and fourth paragraphs of Article 171 of DZ).⁴² The measure of restricting parental responsibility may not apply for more than one year, but can be extended if that is necessary for the protection of the child's best interests (unless where the court issues a measure to restrict parental responsibility together with the measure of removal of the child or the measure of placing the child in an institution, when it can apply for up to three years, the fifth paragraph of Article 171 of DZ).

Other measures of a more permanent nature also include a decision on medical examination or treatment (Article 172 of DZ), restriction or withdrawal of right to contacts (Article 173 of DZ), removal of child from parents (Article 174 of DZ), and placing a child in an institution (Article 175 of DZ).⁴³

3.4. Non-extendable nature of parental responsibility

Another notable change under DZ is a non-extendable nature of parental responsibility. According to the previously valid Article 118 of ZZZDR (and Article 57 of Non-Contentious Civil Procedure Act),⁴⁴ the court was granted authority to extend parental rights beyond the child's attainment of full age, if the child was

40 See also ECHR decision *S.S. v. Slovenia* (app. no. 40938/16) of 30 October 2018.

41 The second paragraph of Article 171 of DZ.

42 See also Kraljić, *supra* n. 22, pp. 565-567 and Novak, *supra* n. 17, p. 164.

43 For more about other measures, see e.g. Kraljić, *supra* n. 22, pp. 568-585; Novak, *supra* n. 17, pp. 163-172; N. Marolt, Ukrepi za varstvo otrokove koristi po Družinskem zakoniku, *Odbornik*, No. 85, 2018, p. 58.

44 *Zakon o nepravdnem postopku* (ZNP), Uradni list SRS, št. 30/86, 20/88 – popr., Uradni list RS, št. 87/02 – SPZ, 131/03 – odl. US, 77/08 – ZDZdr, 10/17 – ZPP-E in 16/19 – ZNP-1. In 2019, previous ZNP was replaced by ZNP-1, which no longer regulates the extension of parental responsibility.

determined to be incapable of taking care of themselves, their rights and interests for reasons of physical or mental disabilities, upon the proposal submitted by the child's parents or social work centre. Most criticism referred to one of the implications of the provision, which effectively allowed the court to limit or withdraw the capacity to contract for a reason of physical disability, even though a person with such disability could be capable of making their own (reasonable) decisions, or which potentially resulted in unjustifiable infringement of the affected person's personal life. Namely, following the extension of parental rights, the child (who attained full age) had the same legal status as a child who reached 15 years of age, which required the parents' consent for all important legal acts, or even the same legal status as a child who has not yet reached 15 years of age, which prevented such person from concluding any legal transactions on their own.⁴⁵

With the adoption of DZ, the interests of adult persons, who are not capable of defending their own rights and interests for reasons of mental development disabilities or mental health problems or any other grounds that affect their capacity to decide, are protected under Article 262 of DZ, which grants the court authority to place such persons under guardianship and appoint them a guardian. The scope of the guardian's obligations and rights, which includes a specification of which legal transactions may be concluded only by a guardian or with their consent, is determined by the same court decision.⁴⁶ In accordance with the principle of proportionality, the court is required to adopt those measures that will be the least restrictive while still providing adequate protection of the affected person's interests.⁴⁷ Such solution is considered more suitable, given the fact that parental responsibility also includes the obligations and rights of parents concerning care for the child's upbringing (e.g. religious and moral upbringing), and not only for their legal transactions, which could adversely affect their personal development. An adult person, who is incapable of protecting their own rights and interests, nevertheless remains an autonomous legal subject and should be allowed to shape their own life in accordance with their wishes and expectations, which is why the extension of parental responsibility to the adulthood would not be appropriate. Furthermore, these changes are in line with legislative trends in international legal acts aimed at the protection of human rights (e.g. Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 13 December 2006).⁴⁸

3.5. Granting parental responsibility to a relative

A completely new institution of granting parental responsibility to a relative was introduced into Slovenian legislation as a result of a single notorious case that sparked public outrage and subjected the existing ZZZDR provisions to criticism

45 See Proposal of Family Code, *supra* n. 4, p. 18. See also Novak, *supra* n. 8, p. 215; Zupančič, *supra* n. 9, pp. 143-146.

46 See also Novak, *supra* n. 17, pp. 206-207.

47 Kraljič, *supra* n. 22, p. 1051.

48 Proposal of Family Code, *supra* n. 4, pp. 17-19. For a detailed presentation of the background and scope of guardianship for adult persons, see Kraljič, *supra* n. 22, pp. 1042-1068.

(the so-called *koroška dečka*/boys from Carinthia).⁴⁹ Slovenian legislation does not allow adoption between certain close relatives (relatives in a direct line or siblings), in order to avoid the occurrence of confusing family relationships and potential legal problems, e.g. with succession.⁵⁰ For that reason, a child's grandparents, for example, could only be granted the status of guardians or foster parents, if all legal requirements were met. Since these solutions have proven to be insufficient in practice, the option of granting parental responsibility to a relative is intended to prevent similar cases in the future and to better protect the affected child's best interests.

Because of its specific purpose, the new provision has a very narrow scope and only applies to a limited number of persons. According to the first paragraph of Article 231 of DZ, a court may grant parental responsibility to a relative of a child whose parents are no longer alive,⁵¹ if this is in the best interests of the child, and if the relative is ready to assume custody and fulfils the conditions for the adoption of a child.⁵² Under this article, the court may grant parental responsibility to a grandparent for their grandchild; to a brother or a sister for their sibling, to an aunt or an uncle for their niece or nephew, to a niece or a nephew for their (much younger) aunt or uncle, to a cousin for their cousin, or to a relative for their brother's or sister's grandchild. This also includes half-relatives (e.g. half-brothers and half-sisters).⁵³ The court may only grant parental responsibility to be exercised jointly to relatives who are married or cohabiting (or to a relative and their spouse or cohabitant) who fulfil the necessary conditions (the second paragraph of Article 231 of DZ). If persons who were granted parental responsibility jointly later divorce or separate, the court needs to establish

49 In 2015, the father of two young boys was arrested and imprisoned after murdering their mother, effectively leaving them orphans. Their grandmother, who was taking care of them after the tragedy, applied for a permission to act as their foster parent, but her application was refused as not being in the best interest of the children. With what was later determined to be an improper conduct by the social work centre, they were placed with another foster family, which caused a public outrage that was fuelled even further by the media. For a case history, see the judgement of Administrative court of RS II U 127/2016 of 11 May 2016 and the judgement of Supreme Court of RS I-Up-161/2016 of 19 October 2016.

50 Article 136 of ZZZDR and Article 214 of DZ. See also Kraljić, *supra* n. 22, p. 816; Novak, *supra* n. 8, p. 267. Cf. Zupančič et al., *supra* n. 8, p. 291.

51 Only if both parents are already dead (and not, for example, if one or both parents' parental responsibility has been withdrawn). See Kraljić, *supra* n. 22, p. 816-817.

52 These conditions are listed in the first paragraph of Article 215 and in Article 216 of DZ and refer to age requirements for the prospective adoptive parent/relative who is to be granted parental responsibility, as well as required personal characteristic. Namely, only a person who has attained the age of majority and who is at least 18 years older than the child may be an adoptive parent. In exceptional cases, a person who is less than eighteen years older than the child may be allowed to adopt where all the circumstances of the case have been examined and it is established that such adoption would be in the best interests of the child. Furthermore, a person may not become an adoptive parent if their parental responsibility was withdrawn or if they live with a person whose parental responsibility was withdrawn; if they have been sentenced for certain serious criminal acts or if they live with a person who has been sentenced for such criminal act; if there are justified reasons to suspect that they would use the adoption to the detriment of the child; if they provide no guarantee that they will exercise parental responsibility in the best interests of the child; or if they lack the capacity to contract or have such mental developmental disorder or illness that adoption would not be in the best interests of the child.

53 See Novak, *supra* n. 17, p. 189 and Kraljić, *supra* n. 22, p. 818.

whether the granted parental responsibility is still in the best interest of the child and either decide on the custody, withdraw either person's granted parental responsibility or replace a measure with a more suitable one.⁵⁴

The person, who is granted parental responsibility, acquires the same rights and obligations that the child's parents would have had and becomes the child's legal representative. Since the scope of the granted parental responsibility is the same as the "regular" parental responsibility, the obligation to maintain the child, the exercise and termination of granted parental responsibility, and measures for the protection of the best interest of the child are regulated by general provisions of DZ (the third and fourth paragraphs of Article 231 of DZ). While the granted parental responsibility is being exercised, the conditions for adoption are not fulfilled, since this institution is a measure to protect the child's best interests by its nature and thus stands as a substitute for adoption.⁵⁵

4. Conclusions

The replacement of the term "parental rights" with "parental responsibility", which has its own terminological implications, did not significantly change the fundamental characteristics of a relationship between the parents and their child. However, while the scope of rights and obligations arising from this relationship remained similar, the new DZ introduced several new legal concepts related to parental responsibility (e.g. granting parental responsibility to a relative), adopted important and necessary changes (e.g. abolishing the possibility to extend parental rights beyond the age of majority) and provided a more detailed and comprehensive regulation in areas where the most shortcomings and gaps were detected in practice (e.g. the regulation of measures for the protection of the child's best interests according to the principle of the least restrictive measure). These adaptations and changes of Slovenian family law, which were presented above, were a necessary development that was long in the making. While not enough time has passed since DZ entered into force to determine whether it will successfully address contemporary challenges encountered in family matters, and to evaluate whether it will better protect the child's best interests than the previous legislation, the expert public is mainly in agreement that the changes should be beneficial and are better aligned with both international legal acts and recent legislative developments in this field.

54 Novak, *supra* n. 17, pp. 190-191 and Kraljić, *supra* n. 22, p. 823.

55 Novak, *supra* n. 17, p. 191. Note the essential differences between the adoption and granted parental responsibility: the adoption is a permanent measure, whereas parental responsibility may only be granted until the child attains the age of majority; an adopted child has a general obligation to maintain their adoptive parent, whereas the child has no such obligation towards the person who was granted parental responsibility; there is no right to succession between the child and the person who was granted parental responsibility (except if such right exists under general provisions of succession law). See also Kraljić, *supra* n. 22, pp. 821-822.

APPENDIX: Comparison of regulation under ZZZDR and DZ

Table 1: Comparison of relevant provisions

Law on Marriage and Family Relations (ZZZDR)	Family Code (DZ)
<p style="text-align: center;">Introductory provisions Article 4</p> <p>(1) Parents shall have the right and obligation to ensure through direct care, by their work and social activities, the successful physical and mental development of their children.</p> <p>(2) In order to provide healthy growth, balanced personal development and the capacity for independent life and work, parents shall have the right and obligation to care for the subsistence, personal development, rights and benefits of their underage children. These rights and responsibilities shall compose parental rights.</p> <p>(3) Parental rights shall pertain jointly to the father and mother.</p>	<p style="text-align: center;">Article 6 (Parental responsibility)</p> <p>(1) Parental responsibility shall be the entirety of obligations and rights of parents to create, in accordance with their capacities, conditions for the comprehensive development of a child.</p> <p>(2) Parental responsibility shall pertain jointly to both parents.</p> <p style="text-align: center;">Article 136 (Scope of parental responsibility)</p> <p>(1) Parental responsibility shall be the obligations and rights of parents concerning care for the child's life and health, upbringing, care and treatment, supervision of the child and providing for the child's education, as well as the obligations and rights of parents concerning representation and maintenance of the child and managing the child's property.</p> <p>(2) Parental responsibility may be restricted to or withdrawn from one or both parents by the competent authority subject to the conditions laid down in this Code.</p>
<p style="text-align: center;">Rights and obligations of parents and children Article 102</p> <p>Parents shall be obliged to provide their children with conditions for healthy growth, balanced personal development and independent life and work.</p> <p style="text-align: center;">Article 103</p> <p>(1) Parents are responsible to maintain their children, to care for their life, health and upbringing.</p> <p>(2) Parents are responsible, within their powers, to provide for the schooling and professional education of their children according to their capacities, talents and wishes.</p>	<p style="text-align: center;">Article 137 (Parental obligations)</p> <p>(1) Parents shall be obliged to care for the life and health of their children, providing safety, basic care, upbringing and supervision.</p> <p>(2) Parents shall be obliged to provide their children with conditions for healthy growth, balanced personal development and independent life and work.</p> <p>(3) Parents shall maintain their children in accordance with the provisions of this Code.</p> <p>(4) Parents shall, within their powers, provide for the schooling and professional education of their children according to their capacities, talents and wishes.</p>

<p style="text-align: center;">Exercise of parental rights</p> <p style="text-align: center;">Article 113</p> <p>(1) Parental rights shall be exercised, by common agreement, by both parents in the best interests of the child. If parents cannot reach an agreement, a social work centre shall assist them to conclude an agreement.</p> <p>(2) If the parents do not live together and are not both in charge of the child's care and upbringing, they shall decide on issues that are critical for the child's development by common accord and in the best interests of the child. If parents cannot reach an agreement, a social work centre shall assist them to conclude an agreement. Issues concerning the child's daily life shall be decided by the parent who is in charge of the child's care and upbringing.</p> <p>(3) If even with the assistance of a social work centre, the parents fail to agree on issues that are critical for the child's development in cases referred to in the preceding paragraphs, the court shall decide thereon in a non-litigious procedure at the request of one or both parents. The proposal must be accompanied by a supporting document from a competent social work centre, stating that the parents tried to agree on the exercise of parental rights with its assistance.</p> <p>(4) Before the court gives its ruling, it should seek the opinion of a social work centre regarding the child's interests. The court shall also consider the child's opinion if it is expressed by the child himself, or by a person the child trusts and who has been chosen by the child himself, and provided the child is capable of understanding its meaning and consequences.</p> <p>(5) If one parent is prevented from exercising his or her parental right, the other parent shall exercise it alone.</p> <p style="text-align: center;">Article 115</p> <p>If one of the parents is no longer living or is unknown, or if parental rights have been taken away from them, or if business competence has been taken away from them, parental rights shall fall to the other parent.</p>	<p style="text-align: center;">Article 151</p> <p style="text-align: center;">(Exercise of parental responsibility)</p> <p>(1) Parental responsibility shall be exercised, by common agreement, by both parents in the best interests of the child. If parents cannot reach an agreement, a social work centre or, at their request, a mediator, shall assist them to conclude an agreement.</p> <p>(2) If the parents do not live together and the child does not live in the custody of both parents, the parents shall decide on issues that are critical for the child's development by common accord and in the best interests of the child. If parents cannot reach an agreement, a social work centre or, at their request, a mediator, shall assist them to conclude an agreement.</p> <p>(3) The parent with whom the child lives in custody shall decide on issues pertaining to the child's everyday life and on the child's permanent residence if such decisions do not affect issues that are critical for the child's development.</p> <p>(4) If parents fail to reach an agreement on issues that are critical for the child's development in cases referred to in paragraphs one, two and three of this Article, the matter shall be decided by a court.</p> <p>(5) If one parent is prevented from exercising their parental responsibility, the other parent shall exercise it alone.</p> <p>(6) If one of the parents is dead or unknown or has been deprived of their parental responsibility, their parental responsibility shall belong to the other parent.</p>
--	---

<p style="text-align: center;">Termination of parental rights</p> <p style="text-align: center;">Article 117</p> <p>(1) Parental rights shall terminate when the child attains the age of majority, i.e. when the child reaches the age of eighteen, or if the child concludes marriage prior to attaining the age of majority.</p> <p>(2) A minor shall gain the full capacity to contract through marriage.</p> <p>(3) Full capacity to contract may also be acquired by a minor who has become a parent if there are compelling reasons for this. The court shall decide thereon in a non-litigious procedure.</p>	<p style="text-align: center;">Article 152</p> <p style="text-align: center;">(Termination of parental responsibility)</p> <p>(1) Parental responsibility shall terminate when the child attains the age of majority, i.e. when the child reaches the age of eighteen, or earlier if the child gains the full capacity to contract before the age of majority.</p> <p>(2) A child shall gain the full capacity to contract through marriage.</p> <p>(3) A court may acknowledge full capacity to contract for a child that has become a parent and has reached adequate physical and mental maturity to be capable of independent life.</p>
<p style="text-align: center;">Measures of a social work centre</p> <p style="text-align: center;">Article 119</p> <p>A social work centre shall be obliged to take necessary measures which are required for the upbringing and care of a child or the care of its assets and other rights and benefits.</p> <p style="text-align: center;">Article 120</p> <p>(1) A social work centre may take a child from its parents and give it into the upbringing and care of another person or institute if the parents neglect the child's upbringing and care, or if this is to the child's benefit for other important reasons.</p> <p>(2) With such a removal, the other obligations and rights of parents to the child do not cease.</p> <p>(3) A social work centre shall follow the implementation of measures under the first paragraph of this article.</p> <p style="text-align: center;">Article 122</p> <p>(1) A social work centre may demand of parents that they account for the management of a child's assets. It may demand of a court that for the protection of the child's material benefits, it permits security against the assets of the parents.</p> <p>(2) In order to ensure the material benefits of the child, a court in a non-litigious procedure may decide that the parents have the position of guardian in relation to managing the child's assets.</p>	<p style="text-align: center;">Article 171</p> <p style="text-align: center;">(Restriction of parental responsibility)</p> <p>(1) A court may prohibit one or both parents from exercising certain rights pertaining to parental responsibility where the child is endangered or where, considering the circumstances, such a measure ensures that the best interests of the child are sufficiently protected.</p> <p>(2) In order to protect the child's property rights, the court may decide that the parents act as guardians managing the child's property. The court may prohibit the parents from managing the child's maintenance or other property, or prohibit only the disposal or encumbering of the child's property.</p> <p>(3) The court may, considering the circumstances of the case, decide that the social work centre shall supervise the exercise of parental responsibility and shall define the method of such supervision.</p> <p>(4) The court shall, in deciding on a measure, place the child under legal guardianship in relation to those rights the parents may not exercise under the restriction of parental responsibility and shall appoint a guardian.</p> <p>(5) The measure of restriction of parental responsibility shall apply for no more than one year. Where the court issues a measure to restrict parental responsibility together with the measure of removal of the child or the measure of placing the child in an institution, the measure to restrict parental authority shall apply for no more than three years.</p>

<p style="text-align: center;">Withdrawal of parental rights Article 116</p> <p>(1) The parental rights of a parent who abuses parental rights or abandons the child, or by their behaviour clearly shows that they will not care for the child, or otherwise seriously evades their responsibilities, shall be taken away by court order.</p> <p>(2) Parental rights shall be reinstated by a decision of the court where the reason for which it had been withdrawn ceases to exist, except in cases where in the meantime the child has been adopted.</p> <p>(3) The court shall decide on the issues referred to in the preceding paragraphs in a non-litigious procedure.</p>	<p style="text-align: center;">Article 176 (Withdrawal of parental responsibility)</p> <p>(1) A court may withdraw parental responsibility from one or both of the parents where the child is endangered or the circumstances of the case indicate that there is little likelihood that they will be able to resume custody of the child, in particular, if they have severely violated their obligations or abused their rights related to parental responsibility, or if they abandoned the child or their conduct has manifestly shown that they will not assume custody.</p> <p>(2) Parental responsibility shall be reinstated by a decision of the court where the reason for which it had been withdrawn ceases to exist, except in cases where in the meantime the child has been adopted.</p> <p>(3) Where the court decides on withdrawal of parental responsibility it may also restrict or withdraw the right to contacts from one or both parents in accordance with Article 173 of this Code.</p> <p>(4) In deciding on the measure referred to in paragraph one of this Article the court shall also decide on placing the child with another person, in foster care or in an institution and on guardianship, if such decision has not yet been adopted. In such cases, the court shall appoint the other person, the foster carer or the institution, and the guardian. The child shall not be placed with a person who may not be a guardian. The provisions of the act governing foster care shall apply, mutatis mutandis, to the obligations of the other person with whom the child is placed and to the supervision of the placement.</p> <p>(5) In deciding on withdrawal of parental responsibility the court shall also decide on the maintenance obligations of each parent in accordance with Article 184 and other provisions of this Code on the obligation of maintenance among parents and children.</p>
--	--

<p style="text-align: center;">Extending parental rights Article 118</p> <p>(1) A court may, upon the proposal of parents or a social work centre, issue a decision in a non-litigious proceeding that parental rights be extended beyond the child's attainment of full age, if the child is not capable to care for themselves, their rights and interests for reasons of physical or mental disabilities.</p> <p>(2) If a person has already attained full age and the proposal of parents for the extension of parental rights has not been lodged in due time, a court may recognise the parental rights of parents and extend it beyond the child's full age.</p> <p>(3) When the reasons for which parental rights have been extended have ceased, the court shall issue a decision on terminating parental rights, upon the proposal of a social work centre.</p> <p>(4) Decisions under the previous paragraphs of this article shall be recorded in the Register, as well as in the land register and other public records if the child owes immovable property.</p>	<p style="text-align: center;">Article 262 (Placing adults under guardianship)</p> <p>(1) A court shall place a person who for reasons of mental development disabilities or mental health problems or on any other grounds that affect their capacity to decide is not capable to defend their rights and interests on their own, under guardianship and appoint them a guardian.</p> <p>(2) In the decision on placing a person under guardianship, the court shall define the scope of the guardian's obligations and rights.</p> <p>(3) The court shall immediately send to the social work centre the final decision by which it placed the adult under guardianship and appointed a guardian.</p>
--	---

Dipl. iur. Katja Drnovšek, asistentica
Pravni fakultet Univerzitetu u Mariboru

Dipl. iur. Katja Markač Hrovatin,
Pravni fakultet Univerzitetu u Mariboru

OD RODITELJSKOG PRAVA DO RODITELJSKE SKRBI: RAZVOJ SLOVENAČKOG OBITELJSKOG PRAVA

Dugo očekivani Obiteljski zakon (DZ), koji zamjenjuje Zakon o bračnoj zajednici i obitelji (ZZZDR), predstavlja najvažniji razvoj u slovenačkom obiteljskom pravu, kako je njegovo donošenje utjecalo praktički na sve aspekte pravne regulacije u obiteljskim pitanjima. Članak se fokusira na usporedbu roditeljskih prava po ZZZDR i roditeljske skrbi po DZ, a detaljno se bavi najvažnijim promjenama i njihovim implikacijama za odnos između roditelja i njihove djece, a također i za zaštitu dječjih interesa. Među temama koje članak obrađuje, nađemo i izvršavanje i prestanak roditeljske skrbi, mjere zaštite najboljih djetetovih interesa, nova institucija za dodjelu roditeljske skrbi rođaku, itd. Članak također uključuje tabelu usporedbi, koja omogućuje lakšu usporedbu između prethodnog i trenutnog pravnog režima.

Ključne riječi: roditeljsko pravo, roditeljska skrb, roditeljske obaveze, najbolji interes djeteta, reforma obiteljskog prava.

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

Dr. sc. Darko Radić, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

UNAPREĐENJE PRAVNIH KAPACITETA DJETETA – PRAVO DJETETA NA SLOBODNO IZRAŽAVANJE MIŠLJENJA I POSLOVNA SPOSOBNOST DJETETA

Filozofija individualizma i ideja zaštite ljudskih prava i sloboda snažno su determinisali razvoj međunarodnog prava. Brojnim i raznovrsnim međunarodnim dokumentima utvrđuju se prava i slobode čovjeka, a katalog ovih prava i sloboda, kao i modeli njihove zaštite imali su implikacije na regulaciju i demokratizaciju odnosa u porodici. Ovo se naročito odnosi na pravno uređenje odnosa između roditelja i djece, ali i na zaštitu prava djeteta uopšte. U tom smislu, autor u ovom radu preispituje pravne kapacitete djeteta u porodičnim zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini, posebno razmatrajući pravo djeteta da (uz zakonskog zastupnika ili njegovu saglasnost) učestvuje u pravnim poslovima i odnosima koji ga se tiču. U smislu prava na participaciju, dijete na različite načine ostvaruje učešće u pravnim odnosima i situacijama koje se odnose na njegova prava, obaveze i interese, a posebno je značajno pravo djeteta na slobodno izražavanje mišljenja. Sa druge strane, u nekim pravnim situacijama od saglasnosti djeteta, odnosno od njegove izjave volje zavisi nastanak, promjena ili prestanak pravnog odnosa, odnosno zasnivanje ili izmjena statusa djeteta. Konačno, djetetu se u posmatranim zakonodavstvima priznaje i ograničena poslovna sposobnost. Upravo istražujući ove probleme, cilj je da se analizira odnos između realizacije prava djeteta na participaciju, prevashodno prava sa slobodno izražavanje mišljenja, i procesa rekonfiguracije pojedinih porodičnopravnih instituta.

Ključne riječi: prava djeteta, pravo na participaciju, pravo na slobodno izražavanje mišljenja, ograničena poslovna sposobnost, posebni slučajevi poslovne sposobnosti.

1. UVOD

Posmatrajući problem sa istorijskopravnog aspekta, pravni položaj djeteta u odnosu na njegove roditelje, potom i u odnosu na treća lica i državne institucije, uglavnom, je bio izuzetno nepovoljan. Dobar dio istorije ljudskog društva obilježen je potpunom obespravljenošću djeteta, koje je u stvari češće i više bilo objekat nekih prava, nego subjekt prava. Ovakva pozicija djeteta bila je rezultat mnogih i raznovrsnih faktora, uglavnom metapravnog karaktera. Ovakvo stanje odnosa prema djetetu i u porodici bilo je direktan rezultat primjene patrijarhalnog koncepta porodice - u kojem je, između ostalog, provijavao duh neravnopravnosti mušarca i

žene, supruga i supruge, oca i majke.¹ U ovakvoj atmosferi porodičnih odnosa, odnos između roditelja i djece zasnivao se na prevashodno pravima roditelja. Skromnost pravnog položaja djeteta upotpunjavala je insuficijentnost interesa države i odsustvo pravnih mogućnosti da ista preko svojih institucija, u posebnim situacijama, interveniše u odnose u porodice, a sa ciljem posebne zaštite prava i interesa djeteta.

U drugoj polovini XX vijeka, a uporedno sa razvojem i afirmacijom ljudskih prava i sloboda,² razvijaju se ideje da se unaprijedi pravni položaj djeteta, odnosno predvide posebna prava djeteta i odgovarajući mehanizme njihove zaštite kao nove pravno-političke vrijednosti na međunarodnom planu. Proces zaštite prava djeteta na međunarodnom planu, u smislu usvajanja i promovisanja posebnih dokumenta koji za predmet imaju isključivo prava djeteta, započeo je sa Ženevskom deklaracijom o pravima djeteta iz 1924. godine³, a nastavljen Deklaracijom prava djeteta iz 1959. godine⁴.

Ipak, ključno mjesto pripada Konvenciji o pravima djeteta⁵. Ovaj međunarodni ugovor prvi je međunarodni dokument kojim se obuhvataju sva ljudska prava (građanska, politička, ekonomska, kulturna, socijalna) i koja se priznaju nekoj posebnoj grupi ljudi – djeci. Pored toga, Konvencija je specifična zahvaljujući i činjenici da promoviše pravo djeteta na slobodno izražavanje mišljenja. Konvencija se zasniva na nekoliko osnovnih principa: princip univerzalnosti (primjenjuje se na svu djecu - u cijelom svijetu)⁶, princip sveobuhvatnosti (sadrži sve kategorije ljudskih prava), princip zabrane diskriminacije (čl. 2), princip najboljeg interesa djeteta (čl. 3), holistički princip (sva prava su osnovna, jednako važna, međuzavisna i nedjeljiva). Imajući u vidu sadržaj, principe i prihvaćenost Konvencije, može se izvući zaljučak da ista predstavlja fundament međunarodnopravne zaštite prava djeteta i bitnu odrednicu za nacionalna zakonodavstva, pogotovo polazeći od „demokratskog i humanističkog minimuma“ – pristupa koji za države potpisnice predviđa obavezan minimum zaštite prava djeteta, ne isključujući mogućnost da ugovornice propišu i više standarde, odnosno efikasnija sredstva zaštite prava djeteta.

Danas, osim fundamentalnih prava i sloboda koja pripadaju svakom čovjeku, djetetu pripadaju i posebna prava kojima se u stvari udovoljava načelu posebne

1 Napuštanje patrijarhalnog modela porodice imalo je svoje implikacije na promjene u porodičnim odnosima. Vid. Panov, S., *Nasilje u porodici – aspekt deteta*, Zbornik radova „Novo porodično zakonodavstvo“ (ur. Palačković, D.), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2006, str. 281.

2 U ovom periodu usvojen je značajan broj važnih međunarodnih dokumenta koja se utvrđuju i štite ljudska prava i slobode: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948.), Evropska konvencija o ljudskim pravima (1950.), Deklaracija UN o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1963.), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966.), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966.), itd.

3 Zvaničan naziv ove deklaracije usvojene od strane Društva naroda (Lige naroda) 1924. godine je: Deklaracija Društva naroda „Opšta prava djeteta“

4 Deklaracija o pravima djeteta usvojena je od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 20.11.1959. godine.

5 Usvojena je rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 20.11.1989. godine - dalje: Konvencija.

6 Prema broju država koje su ga potpisale i ratifikovale, ovaj međunarodni ugovor je jedan od najprihvaćenijih u svijetu.

zaštite djeteta.⁷ Dijete ima prava prevashodno prema svojim roditeljima, ali i prema državnim institucijama, javnim ustanovama i trećim licima. Međutim, posebno delikatno pitanje je ostvarivanje prava djeteta, odnosno njihova zaštita, jer mnoga od tih prava dijete ne može samostalno da vrši zbog uzrasta i zrelosti, odnosno (ne)sposobnosti da shvati i razumije značenje i pravne posljedice svojih odluka i postupaka.⁸ Zato je u svim situacijama, kada dijete nije dovoljno odraslo i zrelo, ostvarivanje ovih prava povjereno njegovima zakonskim zastupnicima (roditeljima, usvojiocima, starocima).

Upravo iz navedenog razloga, od izuzetne važnosti je da dijete ima mogućnost da, pored svog zakonskog zastupnika ili uz njegovu saglasnost, učestvuje u postupcima i pravnim poslovima koji ga se tiču, pa čak i onda kada nije u mogućnosti da samostalno i u potpunosti vrši svoja prava. Zato je djetetu danas priznato pravo na participaciju – mogućnost da slobodno formira i saopšti svoje mišljenje, prilika da učestvuje u pravnim stvarima koje se tiču njegovih prava i interesa, odnosno šansa da svojim izjavama volje omogući ili spriječi uspostavljanje ili promjenu pravnog odnosa, odnosno zasnivanje ili promjenu u ličnom i porodičnom statusu. U tom smislu, pravo djeteta na slobodno izražavanje mišljenja predstavlja centralni dio ovog problema, pa je neophodno odrediti uslove za ostvarivanje, odnosno cilj i domašaj ovog prava djeteta. Pored toga, u porodičnim zakonodavstvima u Bosne i Hercegovini (dalje: *BiH*) prihvata se koncept ograničene poslovne sposobnosti djeteta, pa dijete, u zakonom određenim slučajevima, može uz saglasnost zakonskog zastupnika – a u izuzetnim slučajevima i samostalno da učestvuje u pravnom saobraćaju i na taj način participira u procesu vlastite izgradnje ličnosti.

U razmatranjima postavljenog problema, a poštujući zakonodavne nadležnosti u oblasti uređenja porodičnih odnosa u *BiH*, obuhvaćena su zakonodavstva Republike Srpske (dalje: *RS*), Federacije Bosne i Hercegovine (dalje: *FBiH*), Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (dalje: *BD*), te zakonodavstva susjednih zemalja (Srbije i Hrvatske).

2. PRAVO DJETETA NA SLOBODNO IZRAŽAVANJE MIŠLJENJA

Kao što je već u uvodnom dijelu rada naglašeno, posebno važno pravo djeteta, u okviru prava na participaciju, jeste pravo djeteta da slobodno izrazi svoje mišljenje. Ovo pravo priznato je Konvencijom, a sve države potpisnice Konvencije obavezne su da omoguće djetetu koje je u stanju oblikovati vlastito mišljenje, pravo na slobodno izražavanje svojih stavova o svim stvarima koje se na njega odnose, te ih uvažavati u skladu s dobi i zrelošću djeteta.⁹ Dakle, i pored činjenice da o pravima djeteta brinu njegovi roditelji odnosno zakonski zastupnici, dijete nije lišeno

7 Posebna zaštita djeteta ne podrazumijeva isključivo pravnu zaštitu. Pored pravne, dijete uživa i druge oblike zaštite, pa je sljedstveno tome, posebna zaštita djeteta pojam sa širim sadržajem od pojma pravne zaštite djeteta.

8 Tako i Palačković, D., *Konvencija o pravima deteta i Porodični zakon*, Zbornik radova „Novine u porodičnom zakonodavstvu“ (ur. Stanković, G.), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2006, str. 25.

9 Vid. čl. 12 st. 1 Konvencije.

mogućnosti da učestvuje u pravnim situacijama, sudskom ili upravnom postupku, odnosno u pravnim odnosima koji ga se tiču, ili u kojima se radi o njegovim pravima, obavezama ili interesima.

2.1. Uslovi za ostvarivanje prava na slobodno izražavanje mišljenja

Iz odredaba Konvencije proizlazi da se ne mora dati mogućnost svakom djetetu da izrazi svoje mišljenje. Ostvarivanje ovog prava uslovljeno je uzrašču djeteta i njegovom zrelošču. Ono nije priznato kao apsolutno, bezuslovno pravo.¹⁰

Pravilom iz čl. 12 st. 1 Konvencije, dijete ima pravo da saopšti svoje mišljenje kada je u stanju da ga formira, odnosno kada je to u skladu sa njegovim uzrastom i njegovom zrelošču. Ovakav pristup realizovan je u porodičnim zakonodavstvima u BiH, a isti pristup bilježimo i u pravu Hrvatske.¹¹ Ako dijete nije dovoljno zrelo ili njegov uzrast ukazuje na to da nije u stanju da slobodno oblikuje vlastito mišljenje, onda takvom djetetu u odnosu na konkretno pitanje neće biti omogućeno da saopšti svoje mišljenje. Sljedstveno tome, u navedenoj situaciji, nadležni organ neće uvažiti mišljenje djeteta, jer nije niti formirano ili je procjena da već datom mišljenju neće biti poklonjena pažnja zbog nedovoljnog uzrasta ili nezrelosti djeteta.

U porodičnom zakonodavstvu Srbije ovo pitanje uređeno je nešto drugačije. Naime, uspostavljeno je opšte pravilo da svako dijete koje je sposobno da formira svoje mišljenje ima pravo da ga slobodno saopšti, bez obzira na godine (tj. uzrast).¹² Međutim, dijete sa navršениh 10 godina može slobodno i neposredno izraziti svoje mišljenje u svakom sudskom i upravnom postupku u kojem se odlučuje o njegovim pravima, odnosno može - obraćajući se nadležnom organu - da zatraži pomoć u ostvarivanju ovog prava.¹³ Dakle, pravo na slobodno izražavanje mišljenja nije uslovljeno starošću djeteta, već njegovom sposobnošču da formira svoje mišljenje, dok je svakom djetetu starijem od 10 godina zagarantovano da slobodno i neposredno izrazi svoje mišljenje u sudskom i upravnom postupku u kojem se odlučuje o njegovim pravima.¹⁴

Kada je riječ o uslovima za ostvarivanje prava djeteta na slobodno izražavanje mišljenja, nikako se ne smije zaboraviti na najbolji interes djeteta. Najbolji interes djeteta sasvim sigurno predstavlja jednu od najvećih pravno-demokratskih vrijednosti koje se utvrđuju i promovišu Konvencijom. Sa punim pravom se može konstatovati da je najbolji interes djeteta načelo – norma najvišeg stepena apstraktnosti koja

10 Bubić, S., Traljić, N., *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 156,

11 Čl. 81b st. 1 PZ RS; čl.125 st. 1 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine – dalje: PZ FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 35/05, 41/05 i 31/14 - dalje: PZ FBiH); čl.108 st. 1 Porodičnog zakona Brčko Distrikta BiH – dalje: PZ BD (*Službeni glasnik BD BiH*, br. 23/07 - dalje: PZ BD); čl. 86 st. 1 Obiteljskog zakona – dalje: OZ (*Narodne novine*, br. 113/15).

12 Čl. 65 st. 1 Porodičnog zakona Srbije – dalje: PZS (*Službeni glasnik R. Srbije*, br. 18/15, 72/11 – dr. zakon i 6/15).

13 Čl. 65 st. 4 i 5 PZS.

14 Tako i Cvejić Jančić, O., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom sadu, Novi Sad, 2009, str. 303; Palačković, D., *op.cit.*, 235. Istina, mišljenju djeteta sud će posvetiti dužnu pažnju u skladu sa godinama i zrelošču djeteta. O tome svjedoče odredbe o dužnostima suda u sporovima za zaštitu prava djeteta i sporovima za vršenje, odnosno lišenje roditeljskog prava.

determiniše sadržaj i domašaj primjene brojnih i raznovrsnih zakonskih propisa i pravnih pravila kojima se uređuju odnosi između djece, sa jedne strane, i njegovih roditelja, usvojlaca, staraoca i državnih organa, odnosno javnih službi i institucija, sa druge strane. Drugim riječima, najbolji interes djeteta je načelo u skladu sa kojim bi svi trebalo da postupaju.¹⁵ U čl. 3 st. 1 Konvencije propisuje se da se u svim aktivnostima koje se tiču djeteta i koje preduzimaju javne ili privatne ustanove, za socijalnu zaštitu, sudovi, upravna ili zakonodavna vlast prvenstveno mora voditi računa o interesima djeteta.¹⁶ Prema tome, pravo djeteta na slobodno izražavanje mišljenja nije nužno u saglasnosti sa najboljim interesom djeteta. Zato se utvrđivanju mišljenja djeteta i saopštavanju istog ne pristupa ako je to u suprotnosti sa najboljim interesom djeteta, odnosno kada to predstavlja opasnost za razvoj, odgoj i zdravlje djeteta.¹⁷ To, uostalom, potvrđuje i praksa Evropskog suda za ljudska prava.¹⁸

2.2. Sadržaj prava na slobodno izražavanje mišljenja

Pravo na slobodno izražavanje mišljenja djeteta je višeslojno i nužno je razmotriti njegov sadržaj. U tom smislu, nesporno je da dijete ima pravo da slobodno oblikuje svoje mišljenje i da ga saopšti nadležnom organu ili licu kojem je zakonom povjereno staranje o pravima i interesima djeteta, ali je saopštavanje mišljenja u stvari finale jednog procesa, koji nužno ima svoje elemente.

Dakle, nadležni organ, nakon što procijeni da je dijete sposobno da oblikuje svoje mišljenje, mora se postarati da dijete blagovremeno dobije sve relevantne informacije, koje su mu potrebne da formira stav o određenom pitanju. Zapravo, preduslov za formiranje mišljenja je informisanje djeteta.¹⁹ Zatim, nadležni organ mora da obezbijedi uslove da dijete slobodno i bez uticaja trećih lica formira svoje mišljenje. Ovo je naročito važno kada se raspravlja o situacijama ili odnosima koji su u vezi sa roditeljima djeteta, jer je tada najveća opasnost i rizik da na dijete utiče upravo jedan od roditelja ili oba roditelja, odnosno o situacijama kada postoji sukob interesa među roditeljima ili roditeljima i djecom. Finale u procesu realizacije prava djeteta na slobodno mišljenje ogleda se u obavezi nadležnog organa da datom mišljenju djeteta posveti dužnu pažnju. Ovo je od posebne važnosti u sudskom ili upravnom postupku u kojem se odlučuje o pravima, obavezama ili interesima djeteta, jer bi nadležni organ u svojoj odluci trebalo da navede da li je dijete imalo priliku da izrazi svoje mišljenje, kakvo je to mišljenje (stav djeteta po određenom pitanju) i kakav je stav nadležnog organa prema istom. Drugim riječima, i kada nadležni

15 Vid. Alinčić, M. *et. al.*, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006, str. 235; Milutinović, Lj., *Mišljenje djeteta kao kriterijum za utvrđivanje najboljeg interesa djeteta*, Zbornik radova „Porodični zakon – dvanaest godina posle“ (ur. Trkulja, J.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 144.

16 Čl. 3 st. 2 Konvencije.

17 Čl. 266 st. 3 PZS, čl. 360 st. 5 OZ.

18 *Handyside v. United Kingdom*, Presuda od 7.12.1976. godine; *Sahin v. Germany*, Presuda od 8.07.2003. godine;

19 Kovaček Stanić, G., *Vršenje roditeljskog prava prema Porodičnom zakonu Srbije iz 2005. godine*, Zbornik radova „Novo porodično zakonodavstvo“ (ur. Palačković, D.), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2006, str. 278.

organ nije uvažio mišljenje djeteta, trebalo bi da navede razloge zbog čega je tako postupio.²⁰

Iako *BiH* nije postpisala Evropsku konvenciju o ostvarivanju dječijih prava (dalje: *EKODP*)²¹, u ovom međunarodnom dokumentu sadržana su pravila koja bliže uređuju ostvarivanje prava djeteta na slobodno mišljenje, pa je zato cjelishodno da se u kratkim crtama ukaže na ova rješenja. Naime, u čl. 6 *EKODP* uređen je postupak pravosudnih organa u postupcima koji se tiču djece. Prije donošenja odluke, pravosudni organ dužan je razmotriti da li dijete raspolaže sa dovoljno informacija, i kad je to potrebno da dodatne informacije pribavi od roditelja, uvojlaca ili staraoca. Kada pravosudni organ smatra da je dijete sposobno da formira svoje mišljenje, uvjeriće se da je dijete dobilo sve relevantne informacije, a potom savjetovati dijete neposredno ili posredno (uz učestvovanje stručnih lica i/ili službi) na način koji je prilagođen djetetovoj sposobnosti razumijevanja, a ako je to nužno i uz isključenje javnosti. Na koncu, dozvoliće se djetetu da saopšti svoje mišljenje, a pravosudni organ je dužan da tom mišljenju posveti dužnu pažnju. Isto tako, važno je napomenuti da se u postupcima koji se tiču djeteta postupa hitno i sa ciljem da se izbjegnju nepotrebna odlugovlačenja (čl. 7 *EKODP*).

U davanju „instrukcija“ nadležnim organima kako da postupaju u vezi sa ostvarivanjem prava djeteta na slobodno izražavanje mišljenja, zakonodavci u posmatranim zakonodavstvima nisu bili jednako izdašni.²² U pravima *FBiH* i *BD* predviđeno je da sud ima obavezu da dijete starije od 14 godina i koje je sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice odluke na odgovarajući način informiše o vođenju postupka i njegovom pravu da izrazi svoje mišljenje, uvijek kada se odlučuje sa kojim će roditeljem dijete živjeti, o ličnim odnosima sa roditeljem sa kojim dijete ne živi i o roditeljskom staranju.²³

Zakonodavac u Srbiji bio je određeniji. Ako je u sporu za zaštitu prava djeteta, odnosno u sporu za vršenje ili lišenje roditeljskog prava stranka dijete koje je sposobno da formira svoje mišljenje, sud je obavezan: da se stara da dijete dobije sva potrebna obavještenja, da dozvoli djetetu da saopšti svoje mišljenje, da mišljenju djeteta posveti dužnu pažnju (u skladu sa godinama i zrelošću djeteta), da mišljenje djeteta utvrdi na način i na mjestu u skladu sa njegovim godinama i zrelošću.²⁴ *Argumentum a contrario*, ako dijete nije stranka u opisanim vrstama sporova, onda

20 Petrušić, N., *Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja u novom porodičnom pravu Republike Srbije*, Zbornik radova „Novine u porodičnom zakonodavstvu“, Niš, 2006, str. 114 i 115.

21 Evropsku konvenciju o ostvarivanju dječijih prava usvojio je Savjet Evrope 25.01.1996.godine.

22 Čl. 81b PZ RS, čl. 125 PZ FBiH, čl. 108 PZ BD.

23 Čl. 271 st. 2 PZ FBiH, čl. 248 st. 2 PZ BD.

24 Čl. 266 st. 3 PZS. U citiranoj odredbi uočavamo obavezu suda da djetetu dozvoli da neposredno izrazi svoje mišljenje (tačka 1), dok se kasnije u istoj odredbi (u tački 3) sud ovlašćuje da mišljenje djeteta utvrdi na način u skladu sa godinama i zrelošću djeteta. Pri tome, podsjećamo da je u čl. 65 st. 6 PZS predviđeno da sud i organ uprave utvrđuju mišljenje djeteta u saradnji sa školskim psihologom odnosno organom starateljstva ili porodičnim savjetovalištem ili drugom ustanovom specijalizovanom za posredovanje u porodičnim odnosima i to u prisustvu lica koje dijete samo izabere. Opš. Milutinović, Lj., *op. cit.*, str. 146 – 148.

proizlazi zaključak da nema pravo da slobodno izrazi mišljenje, što nije u skladu sa Konvencijom.²⁵

Hrvatski zakonodavac predviđa da u svim postupcima u kojima se odlučuje o pravu ili interesu djeteta, dijete ima pravo da sazna važne okolnosti slučaja, da dobije savjet i izrazi svoje mišljenje (u skladu sa uzrastom i zrelošću), te da bude obaviješteno o mogućim posljedicama uvažavanja njegovog mišljenja.²⁶ Isto tako, za sud je propisana obaveza da u svim postupcima koji se tiču ličnih i imovinskih prava i interesa djeteta omogući djetetu da izrazi svoje mišljenje, osim kada se dijete tome protivi. Slično kao i u srpskom pravu, sud će omogućiti djetetu da mišljenje izrazi na prikladnom mjestu i u prisustvu stručne osobe, ako procijeni da je to potrebno.²⁷ Dijete u tom slučaju, a prije nego što saopšti svoje mišljenje, mora biti informisano o predmetu, toku i mogućem ishodu postupka (na način koji je prikladan uzrastu i zrelosti djeteta). Ako je dijete mlađe od 14 godina, sud će mu omogućiti da svoje mišljenje saopšti preko posebnog staraoca ili drugog stručnog lica.²⁸ Na koncu, sud nije dužan utvrđivati mišljenje djeteta kada za to postoje opravdani razlozi, ali je obavezan da to u svojoj odluci obrazloži.

3. OGRANIČENA POSLOVNA SPOSOBNOST DJETETA

Iako lica poslovnu sposobnost, osim u slučajevima emancipacije starijih maloljetnika, stiču sa navršениh 18 godina, afirmacija prava djeteta na participaciju i omogućavanje djetetu da, pored svog zakonskog zastupnika, odnosno uz njegovu saglasnost učestvuje u pravnim poslovima koji ga se tiču, snažno su determinisali zakonodavni pristup da se djetetu prizna ograničena poslovna sposobnost. Naravno, razlike među nacionalnim zakonodavstvima postoje i prevashodno se tiču određivanja uzrasta djeteta – starosne dobi sa kojom se stiče ograničena poslovna sposobnost, ali i nekih drugih kriterijuma primjenom kojih se želi jasno definisati krug pravnih poslova koje maloljetnik može zaključiti uz saglasnost zakonskog zastupnika ili u nekim slučajevima i samostalno.

U zakonodavstvu *FBiH*, dijete koje je navršilo 14 godina može samo da zaključuje pravne poslove kojima stiče prava, ako zakonom nije predviđeno drugačije. Dakle, u razmatranju pitanja punovažnosti pravnog posla koji je zaključilo dijete starije od 14 godina ključni kriterijum je predmet tog pravnog posla, odnosno odgovor na pitanje da li dijete predmetnim pravnim poslom stiče pravo, a da tom prilikom ne preuzima obavezu. Ukoliko maloljetnik sa navršениh 14 godina preuzima obaveze ili raspolaže svojom imovinom - koju nije stekao radom, onda će takav pravni posao

25 Petrušić, N., *Procesna operacionalizacija prava deteta na učešće u postupcima iz porodičnih odnosa u Porodičnom zakonu Srbije: stanje, izazovi i perspektive*, Zbornik radova „Porodični zakon – dvanaest godina posle“ (ur. Trkulja, J.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 180.

26 Čl. 86 st. 2 OZ.

27 Odredbama OZ, zakonodavac je ovlastio ministra nadležnog za poslove socijalne zaštiteda pravilnikom propiše način pribavljanja mišljenja djeteta (čl. 360 st. 7 OZ), što je i učinjeno usvajanjem Pravilnika o načinu pribavljanja mišljenja djeteta (*Narodne novine*, br. 123/15).

28 Čl. 360 st. 3 OZ.

biti punovažan samo ukoliko je zaključen uz saglasnost roditelja.²⁹ Identična pravila su ugrađena u porodično zakonodavstvo *BD*, s tim da je starosna dob definisana drugačije – navršениh 16 godina.³⁰

U pozitivnom pravu Srbije ovo pitanje uređeno je nešto drugačije. Naime, određena prava priznaju se i djeci mlađoj od 14 godina. Tako, dijete mlađe od 14 godina može preduzimati: a) pravne poslove kojima pribavlja isključivo prava, b) pravne poslove kojima ne stiče prava ni obaveze i c) pravne poslove malog značaja.³¹ Dakle, intencija zakonodavca u Srbiji bila je da se priznaju pravni efekti i pravnim poslovima lica mlađeg od 14 godina, ukoliko se ono tim poslovima ne obavezuje, ili su prema svom značaju - a moglo bi se reći i prema svojoj vrijednosti – takvi da neće ugroziti interese djeteta. Kada je riječ o djetetu koje je navršilo 14 godina, koje se smatra starijim maloljetnikom, pored navedenih poslova (koje može preduzimati i dijete mlađe od 14 godina), ono može da preduzima i sve ostale pravne poslove uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja, odnosno organa starateljstva (kada se radi o pravnim poslovima raspolaganja nepokretnostima ili pokretnim stvarima velike vrijednosti).³²

U pravu *RS* i u hrvatskom pravu ograničena poslovna sposobnost priznata je maloljetniku koji je navršio 15 godina i koji po osnovu rada ostvaruje prihode/zaradu, tako da ovo lice može samostalno da preduzima sve pravne poslove kojima raspolaže imovinom koju je stekao na prethodno opisani način (uz obavezu da doprinosi za svoje izdržavanje, vaspitanje i obrazovanje)³³, odnosno može preuzimati obaveze u visini iznosa ostvarene zarade pod uslovom da ne ugrožava svoje izdržavanje.³⁴ Isto tako, i u ostalim zakonodavstvima – koja prihvataju koncept ograničene poslovne sposobnosti maloljetnika sa navršениh 14, odnosno 16 godina – posebno uređenje djelimične poslovne sposobnosti djeteta koje je starije od 15 godina i koje radom ostvaruje prihode nije izostavljeno. Ovo dijete može samostalno upravljati i raspolagati ostvarenim приходima/zaradom po osnovu rada.³⁵ Međutim, radnopravnim zakonodavstvima u *BiH* predviđeno je da lice starije od 15, a mlađe od 18 godina može zaključiti ugovor o radu, samo pod uslovom da dokaže opštu zdravstvenu sposobnost i da za to ima saglasnost roditelja/zakonskog zastupnika.³⁶

29 Čl. 137 st. 2 PZ FBiH.

30 Čl. 120 st. 2 i 3 PZ BD.

31 Čl. 64 st. 1 PZS.

32 Čl. 64 st. 2 PZS.

33 Čl. 84 st. 3 PZ RS.

34 Čl. 85 st. 1 OZ. Međutim, ako navedeni pravni poslovi bitno utiču na lična i imovinska prava tog lica, onda je za njihovu punovažnost neophodna saglasnost roditelja ili zakonskog zastupnika (čl. 85 st. 2 OZ).

35 Čl. 64 st. 3 i čl. 193 st. 1 PZS. U PZ FBiH i PZ BD nije propisana minimalna starosna granica za rad, ali je ista utvrđena radnopravnim propisima i iznosi 15 godina. Vid. čl. 137 st. 2 i čl. 188 st. 3 PZ FBiH, odnosno čl. 120 st. 3 i čl. 169 st. 3 PZ BD.

36 Čl. 26 i 27 Zakona o radu RS (*Službeni glasnik RS*, br. 1/16 i 66/18), čl. 20 st. 2 Zakona o radu FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 26/16 i 89/18), čl. 10 st. 2 Zakona o radu BD (*Službeni glasnik BD*, br. 8/03, 33/04 i 29/05). Isto rješenje predviđa i zakonodavac u Srbiji – čl. 24 st. 1 i čl. 25 st. 1 i 2 Zakona o radu (*Službeni glasnik R. Srbije*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14), kao i hrvatski zakonodavac u čl. 20 Zakona o radu (*Narodne novine*, br. 93/14 i 127/17), s tim da se ne može zaposliti maloljetnik koji pohada obavezno osnovno obrazovanje.

Drugim riječima, da bi u dijete starije od 15 godina moglo da konzumira zakonsku mogućnost da upravlja i raspolaže imovinom stečenom radom, neophodno je da prije stupanja na rad ima saglasnost zakonskog zastupnika. Sa druge strane, ne smije se prenebregnuti činjenica da u navedenim situacijama maloljetnik uglavnom raspolaže sa imovinom koja nije velike vrijednosti i da je to, po pravilu, skopčano sa poslovima iz svakodnevnog života (manjeg značaja i vrijednosti).

4. POSEBNI SLUČAJEVI STICANJA DJELIMIČNE POSLOVNE SPOSOBNOSTI DJETETA

I pored činjenice da se djetetu priznaje ograničena poslovna sposobnost, u zakonodavstvima u *BiH* i zakonodavstvima iz okruženja prisutna je tendencija da se posebno urede neke pravne situacije u kojima dijete vršeći svoja lična i imovinska prava ima mogućnost da svojim izjavama volje utiče na ista, odnosno da se u određenim slučajevima zasnivanje ili promjena ličnog i porodičnog statusa djeteta uslovljavaju njegovom saglasnošću. U tom smislu, smatramo korisnim ukazati na neka od takvih normativnih rešenja kod kojih se kao uslov postavlja starosna granica.

4.1. Uzrast od šesnaest godina

Sa navršениh 16 godina (stariji maloljetnik) može podnijeti sudu prijedlog za davanje dozvole za zaključenje braka; odnosno, može zaključiti punovažan brak po prethodno pribavljenoj dozvoli suda. Kao pravno finale ovih aktivnosti, preduzetih prema prezentovanom redosljedju, lice sa navršениh 16 godina stiče potpunu poslovnu sposobnost.³⁷ Za razliku od zakonodavstva u *RS*, u porodičnim zakonodavstvima *FBiH*, *BD* i Srbije, lice starije od 16 godina može steći potpunu poslovnu sposobnost i bez zaključenja braka, pod uslovom da je postalo roditelj i da je sud odobrio sticanje poslovne sposobnosti, prethodno utvrdivši da je to lice tjelesno i duševno zrelo.³⁸

U hrvatskom pravu, dijete koje je navršilo 16 godina ima pravo na informisani pristanak na medicinske postupke. Uz navedeni uzrast, neophodno je da prema ocjeni ljekara dijete raspolaže sa informacijama neophodnim za formiranje vlastitog mišljenja i da je to dijete (takođe, prema ocjeni ljekara) zrelo za donošenje odluke u vezi sa svojim zdravljem (preventivni, dijagnostički ili terapijski postupak).

³⁷ Nastupanjem pravosnažnosti rješenja stariji maloljetnik može zaključiti brak, a zaključenjem braka stiče potpunu poslovnu sposobnost. Vid. čl. 36 st. 2 i čl. 108 st. 3 PZ RS, čl. 15 st. 2 i čl. 157 st. 1 PZ FBiH; čl. 26 st. 2 i čl. 139 st. 1 PZ BD, čl. 23 st. 2 PZS, čl. 25 st. 2, čl. 117 st. 2 i čl. 449 OZ.

³⁸ U FBiH i BD, sud u vanparničnom postupku koji je pokrenulo maloljetno lice utvrđuje da li je ono duševno zrelo, dok u Srbiji sud ima zadatak da ispita tjelesnu i duševnu zrelost potrebnu za samostalno staranje o sopstvenoj ličnosti, pravima i obavezama. Dakle, zakonodavac u Srbiji insistira da se razmotri i pitanje tjelesne zrelosti maloljetnika, iako je isto lice već postalo roditelj, jer se referiše u odnosu na sposobnost lica da se samostalno stara o sebi, svojim pravima i obavezama. Vid. čl. 157 st. 4 i čl. 355 PZ FBiH, čl. 139 st. 3 i 4 PZ BD, čl. 11 st. 3 i 4 PZS.

Tada, maloljetnik može samostalno dati pristanak na pregled, pretrage ili medicinski postupak.³⁹

Maloljetno lice koji je navršilo 16 godina može priznati očinstvo i materinstvo, ako je sposobno da shvati prirodu i značenje izjave o priznanju očinstva.⁴⁰ U srpskom pravu, pored uzrasta od 16 godina, zahtijeva se da je lice koje priznaje očinstvo sposobno za rasuđivanje.⁴¹ Prema hrvatskom pravu, očinstvo može priznati i lice mlađe od 16 godina, ali je tada za punovažnost njegove izjave o priznanju očinstva neophodna saglasnost roditelja, odnosno zakonskog zastupnika.⁴²

Isto tako, ako je dijete starije od 16 godina, onda je neophodna njegova saglasnost sa priznanjem očinstva.⁴³ Za razliku od zakonodavca u *RS*, koji osim uzrasta djeteta ne postavlja dodatne uslove, u porodičnim zakonodavstvima *BD*, Srbije i Hrvatske bilježimo drugačiji pristup. Pored minimalne starosne dobi, zahtijeva se da dijete mora biti sposobno da shvati značenje izjave o priznanju očinstva ili materinstva (u *BD*); odnosno da je dijete, kao i majka koja je navršila 16 godina, sposobno za rasuđivanje (u Srbiji); odnosno da je maloljetna majka sa navršениh 16 godina sposobna shvatiti značenje i pravne posljedice pristanka sa priznanjem očinstva (u Hrvatskoj).⁴⁴

Konačno, uzrast od 16 godina relevantan je i kod podnošenja zahtjeva za prekid trudnoće. U pravu *RS* zahtjev za prekid trudnoće može podnijeti maloljetnica starija od 16 godina koja ima poslovnu sposobnost.⁴⁵ U *FBiH* i *BD* još uvijek se primjenjuje Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće iz 1977. godine, u skladu sa kojim je propisano da prekid trudnoće može zahtijevati maloljetnica starija od 16 godina koja samostalno zarađuje za život⁴⁶, dok u Srbiji i Hrvatskoj prekid trudnoće može da zahtijeva trudnica starija od 16 godina. Ako je trudnica mlađa od 16 godina, onda je potrebna pismena saglasnost roditelja/staraoca (u Srbiji), odnosno saglasnost roditelja ili staraoca - uz saglasnost organa starateljstva (u Hrvatskoj).⁴⁷

39 Čl. 88 st. 1 OZ. Osim u slučaju hitne medicinske intervencije, ako se radi o medicinskom postupku koji je povezan sa rizicima teških posljedica za zdravlje djeteta, onda se uz pristanak djeteta zahtijeva i pristanak njegovih roditelja ili zakonskog zastupnika. U slučaju kolizije stavova djeteta i roditelja/zakonskog zastupnika, odluku će donijeti sud radi zaštite dobrobiti djeteta. Vidl. čl. 88 st. 2 – 4 OZ.

40 Čl. 114 i čl. 126 PZ RS, čl. 57 PZ FBiH, čl. 53 PZ BD. U odredbi čl. 63 st. 1 tačka 2) OZ propisuje se da maloljetno lice sa navršениh 16 godina može priznati očinstvo ako je, pored značenja izjave o priznanju, sposobno da shvati i posljedice izjave o priznanju.

41 Čl. 46 PZS.

42 Čl. 63 st. 1 tačka 3) i st. 2 OZ.

43 Čl. 119 st. 1 PZ RS, čl. 52 st. 3 PZ BD.

44 Čl. 52 st. 3 PZ BD, odnosno čl. 48 st. 1 i čl. 49 st. 1 PZS, odnosno čl. 64 st. 1 tačka 2) OZ. Ako je majka mlađa od 16 godina, onda ona daje pristanak uz saglasnost zakonskog zastupnika (čl. 64 st. 1 tačka 3) OZ).

45 Čl. 5 st. 3 Zakona o uslovima i postupku za prekid trudnoće (*Službeni glasnik RS*, br. 34/08).

46 Čl. 3 st. 2 Zakona o uslovima i postupku za prekid trudnoće (*Službeni list SR BiH*, br. 29/77 i 12/87). Ako je trudnica starija od 14 godina, onda se zahtijeva i njena saglasnost.

47 Čl. 2 st. 2 Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama (*Službeni glasnik R. Srbije*, br. 16/95 i 101/05 – dr. zakon), čl. 18 st. 2 Zakona o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece (*Narodne novine*, br. 18/78 i 88/09 - Zakon o medicinskoj oplodnji).

4.2. Uzrast od petnaest godina

Gotovo je opšteprihvaćen stav da dijete sa navršениh 15 godina može raspolagati svojom imovinom putem testamenta. Tako, u zakonodavstvima *RS*, *FBiH* i *BD*, kao i u Srbiji, propisano je da testament može da sačini lice koje je navršilo 15 godina i koje je sposobno za rasuđivanje.⁴⁸ Dakle, pored uzrasta djeteta, zahtijeva se kumulativno ispunjenje još jednog uslova – da je to dijete sposobno za rasuđivanje.

U srpskom pravu, dijete koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje može da odluči sa kojim će roditeljem živjeti, odnosno može da odluči o održavanju ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi, kao i sa srođnicima i drugim licima sa kojima ga vezuje posebna bliskost.⁴⁹ Pored toga, dijete istog uzrasta i koje je sposobno za rasuđivanje može: izvršiti uvid u matičnu knjigu rođenih i drugu dokumentaciju koja se odnosi na njegovo porijeklo; dati pristanak za preduzimanje medicinskog zahvata⁵⁰; odlučiti koju će školu pohađati.⁵¹ Konačno, dijete koje je navršilo 15 godina i koje je sposobno za rasuđivanje ima pravo na promjenu ličnog imena.⁵²

4.3. Uzrast od četrnaest godina

Za razliku od ostalih posmatranih zakonodavstava (gdje je ta starosna granica 16 godina), u pravu *FBiH*, za punovažnost priznanja očinstva ili materinstva potrebna je saglasnost djeteta koje je navršilo 14 godina i koje je sposobno da shvati značenje izjave o priznanju očinstva ili materinstva.⁵³ U hrvatskom zakonodavstvu, pored uzrasta djeteta od 14 godina, za pristanak na priznanje očinstva ili materinstva ne zahtijeva se niti jedan dodatni uslov.⁵⁴

Uzrast od 14 godina je za neke od zakonodavaca bio dovoljan da se razmisli i o priznavanju tim maloljetnicima parnične sposobnosti. Dijete koje je navršilo 14 godina, a za koje se utvrdi da je sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice svojih radnji, može kao stranka ili učesnik u postupku da samostalno preduzima parnične radnje. Naime, predviđeno je da sud ima obavezu da dijete starije od 14 godina (i koje je sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice) - prilikom donošenja odluke sa kojim roditeljem će dijete živjeti, odnosno odluke o ličnim odnosima i neposrednim kontaktima sa roditeljem sa kojim dijete ne živi, kao i o roditeljskom staranju - na odgovarajući način informiše o vođenju postupka i pravu da izrazi svoje mišljenje. Sud obavlja neformalni razgovor sa djetetom u sudu ili van suda uz posredovanje

48 Čl. 64 st. 1 Zakon o nasljeđivanju RS (*Službeni glasnik RS*, br. 1/09, 55/09 – ispr., 91/16 i 28/19 – odluka Ustavnog suda), čl. 62 st. 1 Zakona o nasljeđivanju FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 80/14), čl. 66 st. 1 Zakona o nasljeđivanju BD (*Službeni glasnik BD*, br. 36/17), čl. 79 Zakona o nasljeđivanju Srbije (*Službeni glasnik*, br. 46/95, 101/13 – odluka Ustavnog suda i 6/15). Hrvatski zakonodavac za testamentarnu sposobnost zahtijeva uzrast od 16 godina, vid. čl. 26 st. 1 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske (*Narodne novine*, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15 i 14/19).

49 Čl. 60 st. 4 i čl. 61 st. 4 i 5 PZS.

50 Čl. 19 st. 4 Zakona o pravima pacijenata (*Službeni glasnik R. Srbije*, br. 45/13 i 25/19 – dr. zakon).

51 Čl. 59 st. 3, čl. 62 st. 2, čl. 63 st. 2 PZS.

52 Čl. 346 st. 1 PZS.

53 Čl. 60 st. 2 i čl. 63 st. 1 PZ FBiH.

54 Čl. 64 st. 1 tačka 4 OZ.

organa starateljstva. Zakonski zastupnik preduzima radnje dok dijete ne izjavi da samo preuzima parnicu.⁵⁵

Gotovo na identičan način postupio je i hrvatski zakonodavac. Tako, u stvarima u kojima se odlučuje o ličnim pravima i interesima djeteta, dijete koje je navršilo četrnaest godina ima pravo samostalno pokrenuti postupke pred nadležnim tijelima, predlagati dokaze, izjavljivati pravne lijekove i preduzimati druge radnje, ako je u postupku sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice tih radnji.⁵⁶ Dakle, parnična sposobnost uslovljenja je sa uzrastom od 14 godina i sposobnošću djeteta da shvati značenje i pravne posljedice radnji koje preduzima. Isto tako, u postupcima u kojima se određuju mjere za zaštitu prava i dobrobiti djeteta, organi koja određuju mjere, rješenjem će dopustiti djetetu sa navršenih 14 godina da iznosi činjenice, predlaže dokaze, podnosi pravne lijekove i druge radnju u postupku, ako je sposobno da shvati značenje i pravne posljedice.⁵⁷

4.4. Uzrast od dvanaest godina

U pravu Hrvatske, dijete koje je navršilo 12 godina daje pristanak za zasnivanje usvojenja, a ako je mlađe od 12 godina onda ima pravo da izrazi svoje mišljenje koje se uzima u obzir u skladu sa njegovim uzrastom i zrelošću.⁵⁸ Isto tako, usvojioci određuju lično ime usvojenika i mogu odrediti njegovu nacionalnost, ali ako je usvojenik navršio 12 godina, onda je neophodan njegov pristanak za promjenu ličnog imena i nacionalnosti.⁵⁹ Isti uzrast je minimalan i u situaciji kada se od usvojenika zahtijeva saglasnost da se usvojioci upišu kao njegovi roditelji.⁶⁰

4.5. Uzrast od deset godina

Ukoliko je dijete starije od 10 godina, za njegovo usvojenje, odnosno za promjenu njegovog ličnog imena, potrebna je njegova saglasnost.⁶¹

U pravu Srbije, sa zasnivanjem hraniteljstva mora se saglasiti dijete koje je navršilo 10 godina i koje je sposobno za rasuđivanje.⁶² Dijete istog uzrasta i koje je sposobno za rasuđivanje ima pravo da predloži lice koje će mu biti postavljeno za staraoca.⁶³ Konačno, podsjećamo da je u pogledu ostvarivanja prava na slobodno izražavanje mišljenja, zakonodavac u Srbiji predvidio da dijete već sa navršenih 10

55 Čl. 248 st. 1 – 3 PZ BD, čl. 271 st. 1 – 3 PZ FBiH.

56 Čl. 87 st. 1 i čl. 359 st. 1 OZ.

57 Čl. 130 st. 2 OZ.

58 Čl. 191 st. 1 i 3 OZ.

59 Čl. 198 st. 5 OZ.

60 Čl. 213 st. 4 OZ.

61 Čl. 145 st. 2 i čl. 167 st. 1 PZ RS, čl. 118 st. 3 PZ FBiH, čl. 87 st. 2 i čl. 101 st.3 PZ BD. U PZ FBiH i PZS, davanje saglasnosti djeteta za zasnivanje usvojenja, pored uzrasta od 10 godina, uslovljeno je i zahtjevom da je dijete sposobno da shvati značenje usvojenja, odnosno da je sposobno za rasuđivanje (čl. 103 st. 2 PZ FBiH, čl. 98 PZS). Isto vrijedi i za promjenu ličnog imena (čl. 346 st. 2 PZS).

62 Čl. 116 PZS.

63 Čl. 127 PZS.

godina može samo, preko drugog lica ili ustanove da se obrati sudu ili organu uprave i da zatraži pomoć u ostvarivanju svog prava na slobodno izražavanje mišljenja.⁶⁴

5. ZAKLJUČAK

Utvrđivanje i zaštita ljudskih prava i sloboda imali su snažan uticaj na razvoj prava djeteta. Posebno je važan međunarodnopravni aspekt, odnosno usvajanje relevantnih međunarodnih dokumentima i definisanje pravnih standarda zaštite djeteta na internacionalnom nivou. Sve ovo rezultovalo je činjenicom da mnoga nacionalna zakonodavstva djetetu osiguravaju posebnu pravnu zaštitu. Dijete «napušta» poziciju objekta zaštite i dobija status subjekta prava naspram kojeg se utvrđuju obaveze roditelja, usvojlaca, staralaca, državnih organa, javnih službi i institucija.⁶⁵

Dijete kao titular prava, s obzirom na uzrast i zrelost, nije uvijek u mogućnosti da samostalno ostvaruje i štiti svoja prava i interese, pa je zbog toga, vršenje i zaštita prava i interesa djeteta povjerena njegovim zakonskim zastupnicima. U pravcu unapređenja pravnih kapaciteta djeteta, djetetu se priznaje ograničena poslovna sposobnost, čime se redukuje broj i vrsta situacija u kojoj dijete predstavljaju zakonski zastupnici.

Pored toga, djetetu se omogućuje da u određenim slučajevima, a kada se to odnosi na njegova lična i imovinska prava odnosno na njegov status, izjavi svoju volju i time - u situacijama kada je zakonom predviđen takav uslov za zasnivanje, promjenu ili prestanak prava – utiče na porodičnopravni odnos. Na ovaj način, od saglasnosti djeteta zavisi da li će doći do konstituisanja nekog pravnog odnosa ili promjene u ličnom i porodičnom statusu djeteta.

Razumije se, integralni i važan dio prava djeteta na participaciju jeste pravo djeteta da slobodno izrazi svoje mišljenje. Dijete, dakle, ima zagwarantovano pravo da u skladu sa svojim uzrastom i zrelošću slobodno izrazi svoje mišljenje u sudskim i upravnim postupcima, ali i u svim slučajevima koji ga se tiču – sa stanovišta njegovih prava, obaveza i interesa. Obaveza nadležnog organa je da, kada procijeni da je dijete za to sposobno, omogući (i obezbijedi uslove) djetetu da formira svoje mišljenje i da ga slobodno saopšti. Kao pravno finale realizacije ovog prava djeteta ustanovljena je obaveza nadležnog organa da mišljenju djeteta posveti dužnu pažnju, da isto uvaži prilikom donošenja odluke. Dakle, dijete mora biti informisano u odnosu na konkretan problem, moraju mu biti saopštene činjenice koje su odlučne za donošenje odluke i za formiranje njegovog stava. Informisanje djeteta podrazumijeva da dijete bude upoznato i sa posljedicama saopštavanja i uvažavanja svog mišljenja, odnosno sa posljedicama odluke koje će donijeti nadležni organ. Na ovaj način dijete zaista, u smislu prava na participaciju, zajedno sa svojim zakonskim zastupnikom učestvuje u rješavanju problema ili situacije koja ga se tiče ili u uređenju pravnog odnosa u

64 Čl. 65 st. 5 PZS. Iako u skladu sa odredbom čl. 65 st. 4 PZS dijete starije od 10 godina može slobodno izraziti svoje mišljenje u svakom sudskom i upravnom postupku u kojem se odlučuje o njegovim pravima, Komitet za prava djeteta smatra da ne postoje starosne granice u odnosu na sposobnost djeteta da formira svoje mišljenje. O tome Petrušić, N., *op. cit.*, str. 180

65 Cvejić Jančić, O., *op. cit.*, str. 286.

kojem je učesnik.

Na kraju, ne i najmanje važno, najbolji interes djeteta je vrhunski kriterijum u odnosu na sve druge koji se tiču ostvarivanja i zaštite prava djeteta, uključujući i slobodno izražavanje mišljenja. Prema tome, ukoliko se u konkretnom slučaju procijeni da bi saslušanje djeteta u sudskom ili upravnom postupku, odnosno uzimanje mišljenja djeteta u bilo kojoj pravnoj situaciji koja ga se tiče moglo da ugrozi najbolji interes djeteta, zadatak je nadležnog organa i svih lica da se zaštiti najbolji interes djeteta.

Polazeći od značaja, a posebno domašaja primjene prava djeteta na slobodno izražavanje mišljenja, te imajući u vidu sve veći broj pravnih situacija u kojima dijete ima mogućnost da svojim izjavama volje utiče na konfiguraciju i pravno finale istih, nesumnjiv je zaključak da je u posmatranim zakonodavstvima značajno unapređen pravni kapacitet djeteta, što uostalom korespondira sa relevantnim međunarodnopravnim standardima.

Darko Radic, PhD
Associate Professor
Faculty of Law, University of Banja Luka

IMPROVING THE LEGAL CAPACITY OF A CHILD – THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION AND CAPACITY TO EXERCISE RIGHTS

Philosophy of Individualism and idea of protection of human rights and freedoms have had a significant influence on development of international law. Human rights and freedoms have been confirmed by numerous international legal documents which implications on regulation and democratization of relations in family and children's rights as well. In this paper, author considers legal capacity of a child in B&H's legislation, particularly children's right to participate in legal affairs exercising the right to freedom of expression. Besides, in certain legal affairs child's consent is a condition for constitution or changing of legal relation or child's status. Finally, in B&H legislation limited legal capacity of a child has been recognized and child is able to act independently. The purpose of considering these aspects of problem is to analyze relationship between children's right to participate and proces of reconfiguration of family law.

Key words: rights of a child, the right to participate, the right to freedom of expression, child's legal capacity.

Dr. sc. Larisa Velić, vanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Dr. sc. Enis Omerović, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

UN KONVENCIJA O PRAVIMA DJETETA I NJEZINI PROTOKOLI S POSEBNIM OSVRTOM NA ZAŠTITU IMOVINSKIH PRAVA I INTERESA DJETETA: PREMA POTPUNIJOM I UČINKOVITIJOM ZAŠTITI DJETETA ILI PREMA NEPOTPUNIM I NEUČINKOVITIM OBAVEZAMA STRANA UGOVORNICA?

Historijat međunarodnopravne zaštite djeteta karakterističan je po posebnim međunarodnim dokumentima, od Ženevske deklaracije o pravima djeteta iz 1924., prve Deklaracije o pravima djeteta iz 1948., druge Deklaracije o pravima djeteta iz 1959., preko *travaux préparatoires* Konvencije o pravima djeteta koja je usvojena 1989. Prava djeteta s jedne i obaveze strana potpisnica međunarodnih ugovora s druge, upotpunjavana su fakultativnim protokolima uz Konvenciju: Prvi: o uključivanju djece u oružani sukob iz 2000. (Ugovor o djetetu vojniku), Drugi: o prodaji djece, dječijoj prostituciji i dječijoj pornografiji iz iste godine, ali i Treći: o postupku povodom pritužbi iz 2011. Bosna i Hercegovina je preuzela obaveze iz Konvencije notifikacijom o sukcesiji iz 1993., iz prva dva fakultativna protokola 2002., odnosno 2003., dok je Treći fakultativni protokol potpisala 2017., a ratificirala 2018. U prvome dijelu rada naglasak je, između ostaloga, na potonjem protokolu uz Konvenciju koji uvodi određene novine u smislu međunarodnoga mehanizma nadzora i kontrole nad izvršavanjem obaveza od strana ugovornica, što bi posljedično tome vjerovatno trebalo značiti kvalitetnije poštivanje prava djeteta.

Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta je napravila preokret u pogledu položaja djeteta u društvu, njegovih prava i interesa, te osigurala djetetu zaštitu ličnih, ali i imovinskih prava. U drugome dijelu raspravljamo upravo o imovinskim pravima i interesima djeteta, te o mehanizmima njihove zaštite. Imovinska prava su zaštićena ne samo zakonima, već i Ustavom Bosne i Hercegovine te Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950.

Ključne riječi: UN Konvencija o pravima djeteta, fakultativni protokoli uz Konvenciju, Treći fakultativni protokol o postupku povodom pritužbi, zaštita prava i interesa djeteta, imovinska prava djeteta

1. Uvod

Bosna i Hercegovina je 2018. ratificirala Treći fakultativni protokol uz Konvenciju Ujedinjenih nacija o pravima djeteta o postupku povodom pritužbi, čime je, na izvjestan način, međunarodnopravna zaštita djeteta dosegla višu razinu – bar na prvi pogled. No, kakva je sadržina Trećega fakultativnoga protokola i što on predviđa za države stranke, odnosno za djecu, ispitaćemo kasnije u radu. Prvo ćemo uraditi kratki osvrt na historijski razvoj međunarodne zaštite djeteta, načiniti analizu Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta i njezinih odredaba, Prvoga i Drugoga fakultativnoga protokola uz Konvenciju, da bi težište prvoga dijela rada stavili na ispitivanje mehanizama međunarodnoga nadzora i kontrole nad izvršavanjem međunarodnih obaveza država stranaka, čime ćemo se fokusirati na smisao, svrhu, osnovne odlike i sadržinu Trećega fakultativnoga protokola i kakav bi trebao biti njegov značaj u praksi. Jedan od ciljeva rada je ispitati da li usvajanjem Protokola iz 2011. idemo prema potpunijoj i učinkovitijoj zaštiti djeteta ili, pak, prema nepotpunim i neučinkovitim obavezama strana ugovornica. Postoji li otuda nesklad ili raskorak između proklamiranih prava djeteta i prava koja se odista primjenjuju. Da li praktični problem leži u činjenici odsustva pravne obaveznosti odluka Odbora za prava djeteta, promatrajući cijeli sistem zaštite prava djeteta kroz prizmu Konvencije i tri opciona protokola? Da li su otuda mehanizmi nadzora i kontrole nedovoljno jaki da bi napravili istinsku i stvarnu prekretnicu u praktičnoj zaštiti prava i sloboda djeteta? Da bi se u konačnici mogli bar djelimično približiti suvislim odgovorima na postavljene dileme i adekvatno razumjeti cijeli posebni sistem zaštite najranjivijega dijela čovječanstva, biće potrebno napraviti historijski prikaz najvažnijih momenata u razvoju prava i posebne zaštite djeteta te prikazati pravce razvoja ugovornih obaveza i, u konačnici, na čemu se zasniva međunarodna odgovornost država stranaka.

Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta je napravila preokret u pogledu položaja djeteta u društvu, njegovih prava i interesa, te osigurala djetetu zaštitu ličnih, ali i imovinskih prava. U drugome dijelu raspravljamo upravo o imovinskim pravima i interesima djeteta, te o mehanizmima njihove zaštite. Imovinska prava su zaštićena ne samo zakonima, već i Ustavom Bosne i Hercegovine te Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950., na način da se svakom fizičkom ili pravnom licu daje pravo na neometano uživanje imovine. Međutim, kada konkretno imamo u vidu dijete, kao nosioca imovinskih prava, onda su njegova ovlaštenja ograničena zakonskim propisima, isto kao i ovlaštenja njegovih roditelja. Dakle, bez obzira na prvobitnu poziciju koji vlasnik ima, tj. širinu njegovih ovlaštenja, njegova pozicija se ipak može zakonski ograničiti, radi zaštite drugih, ili kada je riječ o djeci, radi njihove zaštite.

Stoga u drugome dijelu rada obrađujemo jednu izabranu vrstu prava djeteta i poentiramo njezin praktični značaj. Polazimo od opisa imovinskih prava djeteta, što sve pripada imovini djeteta, preko osnovnih odlika upravljanja imovinom djeteta, korištenja prihoda iz imovine djeteta, raspolaganja imovinom djeteta, do njegova

izdržavanja. Kakvi su normativi i standardi u ovome dijelu, i kako su odnosni instituti našli svoju primjenu, s posebnim akcentom na Bosnu i Hercegovinu.

Na koncu, a na temelju sadržaja, rad će predstavljati svojevrсни spoj ili pokušaj znanstvene obrade javnopravnoga aspekta i privatnopravnoga segmenta u području prava djeteta.

2. Historijski razvoj međunarodne zaštite djeteta

Tokom pretežnijega perioda razvoja ljudskoga društva o potrebi za posebnom zaštitom djece nije se toliko razmišljalo da bi tek od XVIII st. počela sazrijevati svijest o tome da su djeca naročito osjetljiva bića kojima je potrebna posebna skrb.¹ Sredinom XIX. st. isprva se u Francuskoj javlja ideja posebne zaštite djeteta, što će označiti svojevrсни i karakteristični početak progresivnoga razvoja dječijih prava, ne samo unutar francuske države već i na tlu europskoga kontinenta, ali, u svojem konačnome razvoju, i u cijelom svijetu.² Još od 1841. nacionalni zakoni Francuske počinju predviđati zaštitu djece na radnim mjestima dok se od 1881. francuski zakoni uključuju pravo djece na obrazovanje.³ Razvoj međunarodnoga prava koje se fokusira na djecu odraz je evolucije koncepta djetinjstva (*childhood*) koja se dešava od početka XX st.⁴ Najraniji univerzalni instrumenti za zaštitu ljudskih prava doista su se bili fokusirali na zaštitu prava djece, ali su osiguravali samo djelimičnu zaštitu od posebnih oblika ekonomskoga i seksualnoga iskorištavanja.⁵

Vrlo važan razvoj s pozicije ljudskih prava oslikan je u čl. 427. (opća načela) Versajškoga mirovnoga ugovora iz 1919.⁶ koji pruža listu radno povezanih prava, pri tome uključujući ukidanje dječijega rada koja prava nisu kreirala ovlaštenja za pojedince već su predstavljali takoreći smjernice, odnosno načela za buduće djelovanje Međunarodne organizacije rada⁷ koja su postajala obavezujuća jedino

1 D. Simović, M. Stanković, V. Petrov (2018) *Ljudska prava*, Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 268.

2 <https://www.humanium.org/en/childrens-rights-history/> (od 9. 9. 2019). Govorimo ovdje o historijskim pretečama i međunarodnoga prava ljudskih prava, ali i posebnih prava djeteta. Više o tome vid. T. Buergenthal (1998) *Međunarodna ljudska prava: u sažetom obliku*, Sarajevo: Magistrat, 17 et seq. O razvoju ideje o ljudskim pravima vid. J. Bakšić-Muftić (2002) *Sistem ljudskih prava*, Sarajevo: Magistrat, 17 et seq. O prodoru pojedinca u međunarodno pravo i razvoju ljudskih prava u okviru Ujedinjenih nacija, ali i na europskome tlu, vid. Č. Sadiković (2001) *Evropsko pravo ljudskih prava*, Sarajevo: Magistrat, 15-19. Uopćeno o historijskome razvoju ljudskih prava (od ropstva do ljudskih prava) i njihovoj institucionalizaciji vid. J. Klabbers (2017) *International Law*, 2. izd, Cambridge: Cambridge University Press, 119-125.

3 <https://www.humanium.org/en/childrens-rights-history/> (od 9. 9. 2019).

4 Prema: G. Van Bueren (ur.) (1998) *International Documents on Children*, The Hague, Boston, London: Kluwer Law International, xv.

5 *Ibid.* Vid. u ovome smislu: Liga naroda, Međunarodna konvencija za suzbijanje trgovine žena i djece iz 1921.

6 U čl. 427 (2)(6) predviđa se “ukidanje dječijeg rada i nametanje takvih ograničenja radu mladih osoba koja će omogućiti nastavak školovanja i osigurati njihov pravilan fizički razvoj.” (Versajski mirovni ugovor od 28. juna 1919. između Njemačke i saveznih i pridruženih sila, dio XIII, dost. na: <https://avalon.law.yale.edu/imt/partxiii.asp> (od 4. 9. 2019)).

7 Danas je jedna od najstarijih međunarodnih međuvladinih organizacija. Specijalizirana je agencija Ujedinjenih nacija.

kada bi se pretočila u posebne međunarodne ugovore.⁸ Ova je organizacija značajno uspjela u osiguravanju međunarodnih sporazuma o vrlo važnim pitanjima, kao što su osmosatni dnevni rad, noćni rad mladih ljudi⁹, ali i prisilni rad.¹⁰

Valjalo bi primjetiti da je zaštita djece u međunarodnome pravu na određeni način inaugurirana s osnivanjem „*Save the Children*“ Međunarodne unije (SCIU) u Ženevi 1920., koja će imati utjecaja i svojim aktivnostima dovesti do usvajanja nekoliko instrumenata međunarodnoga prava u ovoj oblasti.¹¹ Neće mnogo proteći vremena da će godine 1924. Skupština Lige naroda usvojiti (Ženevsku) Deklaraciju o pravima djeteta.¹² „Uprkos historijskoj diplomatskoj nevidljivosti djece, ovaj instrument je bio prva deklaracija o ljudskim pravima koja je usvojena od neke međuvladine organizacije i koja je prethodila Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima 24 godine ranije.“¹³ Predstavlja ovaj međunarodni dokument svojevrsnu deklaraciju o pet općih načela o dobrobiti djeteta, tj. o zadovoljavanju njegovih ekonomskih, društvenih i psiholoških potreba, priznavajući u svojoj Preambuli da „čovječanstvo duguje djetetu najbolje što mu mora pružiti“¹⁴. Odlike su Deklaracije da ovaj instrument nikada nije pratila namjera da se dođe do međunarodnoga ugovora koji bi „nametnuo“ međunarodne obaveze državama.¹⁵ Djeca se ovdje tretiraju kao „primatelji tretmana“, odnosno objekti, negoli što su priznati kao nositelji posebnih prava, tj. subjekti međunarodnoga prava.¹⁶ S druge strane, valjalo bi Deklaraciji priznati i nekoliko pozitivnih odlika. Uprkos činjenici da ona sadrži izraze prirodnoga prava, ona je ustanovila (međunarodni) koncept prava djeteta što je nedvojbeno utrlo put za buduće međunarodne standarde u ovoj oblasti.¹⁷

8 W. Kälin, J. Künzli (2019) *The Law of International Human Rights Protection*, 2. izd, Oxford: Oxford University Press, 12.

9 Konvencija br. 6 od 1919.

10 W. Kälin, J. Künzli (2019) *op. cit.*, 12.

11 F. Domb (1993) *Human Rights and War Reparation*, u: Y. Dinstein, M. Tabory (ur.), *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 23, 100. Usp. s UNICEFOM danas. Naime, zaštitom djece bave se razni državni i međunarodni organi i organizacije. Istaknućemo među ostalima i Fond Ujedinjenih nacija za hitnu pomoć djeci (*United Nations International Children's Emergency Fund* – UNICEF). Radi se o agenciji Ujedinjenih nacija koja je osnovana 1946. Rezolucijom 57(1) Opće skupštine Organizacije, „kao privremeno tijelo sa zadatkom da osigura hitnu pomoć djeci u zemljama opustošenih ratom“ (M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *Međunarodna ljudska prava*, 7. izd, Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 268). Danas djeluje neznatno izmijenjenoga naziva *United Nations Children's Fund* (godine 1953. novom Rezolucijom 802(VIII) odlučeno je da Fond nastavi svoju djelatnost na neodređeno vrijeme budući da su se oružani sukobi nastavili kroz cijelo XX st. i da su djeca ostala najranjivija kategorija ljudi u svim katastrofama). Sjedište Fonda je u New Yorku, a svoje urede imaju u 190 država i teritorija, tako i u Bosni i Hercegovini (<https://www.unicef.org/bih/> (od 3. 9. 2019)).

12 Tekst Deklaracije dost. u: G. Van Bueren (ur.) (1998) *op. cit.*, 3. Znakovito je da je Liga naroda Deklaraciju, odnosno njezina načela, potvrdila deset godina kasnije, 1934.

13 G. Van Bueren (1998) *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, Boston, London: Kluwer Law International, 6.

14 Preambula Ženevske deklaracije o pravima djeteta iz 1924.

15 G. Van Bueren (1998) *op. cit.*, 7.

16 *Ibid.*, 7-8.

17 *Ibid.*, 8. Jednako tako, vid. K. Stornig (2015) *The Geneva Declaration of the Rights of the Child*, u: F. Klose, M. Palen, J. Paulmann, A. Thompson (ur.), dost. na: *Online Atlas on the History of Humanitarianism and Human Rights*, <https://hhr-atlas.ieg-mainz.de/articles/stornig-geneva> (od 9. 9. 2019).

Ujedinjene nacije, univerzalna međunarodna organizacija sljednica Lige naroda, su po svojem osnivanju, 1946., izrazile spremnost da će nastaviti raditi na međunarodnoj zaštiti prava djeteta. Drugim riječima, ova bi organizacija usvojila vlastiti dokument u proširenoj verziji, koji će predstavljati njezino vlastito određenje u pogledu prava djeteta. Dvije godine poslije, 1948., Ujedinjene nacije opredjeljuju se za usvajanje ne tako mnogo proširene deklaracije, koja je imala sedam načela umjesto pet – praktički dva načela su jednostavno pridodata onoj iz 1924.¹⁸ Tako je Deklaracija o pravima djeteta 1948. predstavila, *inter alia*, a što je bilo ponukano iskustvima iz Drugoga svjetskoga rata, snažno antidiskriminacijsko načelo, tj. da „Dijete mora biti zaštićeno izvan i iznad svih rasa, nacionalnosti ili vjerovanja.“¹⁹

Nešto će se kasnije, godine 1959., u okviru Ujedinjenih nacija usvojiti „potpuno nova“ Deklaracija o pravima djeteta²⁰. Naime, dana 20. novembra 1959. Generalna skupština odnosno Organizacije usvaja ovaj instrument bez ijednoga suzdržanoga glasa koji se sastoji od Preambule i deset proklamiranih načela.²¹ Vrlo je znakovito, a u smislu njezine važnosti i utjecaja, da se Deklaracija u svojoj Prembuli poziva na Povelju Ujedinjenih nacija iz 1945. kao i na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima iz 1948. Deklaracija o pravima djeteta iz 1959. predstavljala je dokument mnogo veće važnosti za promociju prava djeteta nego Ženevska deklaracija.²² Slijedeći pravnu prirodu dokumenta, ni ona u prošlosti nije sadržavala međunarodne obaveze već se od država jednostavno zahtijevalo da budu upoznate s njezinim načelima na temelju činjenice da su ona univerzalno prihvaćena i da se kao takva primjenjuju na svu djecu.²³ Iako ne predstavlja međunarodni ugovor, Deklaracija je značajna iz više razloga. Ona utjelovljuje prvi ozbiljan pokušaj da se na razuman način opišu prava djeteta. Povrh svega, ona utvrđuje načelo da su djeca ovlaštena na posebnu zaštitu i da bi se takva zaštita djeteta trebala implementirati pozivanjem na *najbolji interes djeteta* što bi trebalo biti najvažnije razmatranje.²⁴ Ovim dokumentom djeca, uvjetno rečeno, postaju subjektom međunarodnoga prava u kategoriji pojedinaca²⁵, što je zasigurno veliki pomak u odnosu na 1924. Ključni

18 S. Detrick, J. E. Doek, N. Cantwell (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 19.

19 Revidirana Deklaracija o pravima djeteta iz 1948.

20 U početnim fazama njezina nacrtu poznatija kao Povelja Ujedinjenih nacija o pravima djeteta.

21 Tekst Deklaracije dost. u: G. Van Bueren (ur.) (1998) op. cit, 4 et seq.

22 J. Fortin (2005) *Children's Rights and the Developing Law*, 2. izd, Cambridge: Cambridge University Press, 35.

23 Ibid.

24 Nav. prema: G. Van Bueren (1998) op. cit, 11.

25 Valjalo bi ovdje biti na oprezu, budući da pojedinci posjeduju ograničeni međunarodnopravni subjektivitet ili se, pak, predstavljaju kao ograničeni učesnici u međunarodnome pravu. „Pojedinci imaju ograničenu međunarodnopravnu osobnost, mada suvremeno međunarodno pravo sve više priznaje pojedincu da može posjedovati i međunarodna prava i dužnosti.“ (R. M. M. Wallace, O. Martin-Ortega (2016) *International Law*, 8. izd, London: Sweet&Maxwell, 94). Usp. R. Higgins (1978) *Conceptual Thinking about the Individual in International Law*, *British Journal of International Studies*, Vol. 4, No. 1, 1-19; O „učesnicima“ u međunarodnome pravnome sistemu vid. R. Higgins (1994) *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Oxford University Press, 39 et seq.

doprinos Deklaracije je bila njezina jasna reafirmacija prava djeteta prije rođenja.²⁶ Već su polovicom XX. st. pojedine države, poput Poljske, bile spremne podržati usvajanje istinskoga međunarodnoga ugovora, odnosno Konvencije o pravima djeteta, koja bi uistinu predviđala međunarodne obaveze po njezine stranke, tj. države i na temelju koje bi se, već od njezina stupanja na snagu, djeca osjećala mnogo sigurnijima. Međutim, pravni status ovoga instrumenta bi se vrlo pažljivo i temeljito trebao ispitati budući da ponekada i rezolucije Opće skupštine Ujedinjenih nacija mogu, poglavito one koje su jednoglasno usvojene, poput ove, biti smatrane izvorom međunarodnoga prava.²⁷ U tom slučaju na tragu smo učenja o općem običajnom međunarodnom pravu. No, ono što jeste nedvojbeno, to je činjenica da predmetna Deklaracija ima vrlo jaku i moralnu²⁸ i političku snagu te da je predstavljala proklamaciju deset načela na kojima se temelji današnja Konvencija (Ujedinjenih nacija) o pravima djeteta (*CRC*), koja, kako vidimo, nije jedini međunarodni instrument u ovoj oblasti.

3. Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta

Konvenciju o pravima djeteta usvojila je Opća skupština Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989.²⁹ „i to tačno trideset godina nakon Deklaracije“³⁰, dok je na snagu stupila 2. septembra 1990., nakon određenoga broja ratifikacija.³¹ Ostaje i dalje

26 K. Huynh, B. D'Costa, K. Lee-Koo (2015) *Children and Global Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press, 99.

27 “Konačan dokaz o uvjerenju o pravnoj obavezi proizilazi tek iz ponašanja država nakon usvajanja deklaracije u pitanju. Ako se golema većina država pridržava njezinih načela u praksi, ili ako se one na takvu deklaraciju poslije pozivaju kao na izvor pravnih pravila na snazi, tada se može zaključiti da je ona postigla svoj cilj.” (V. Đ. Degan (2011) *Međunarodno pravo*, Zagreb: Školska knjiga, 84). O deklaracijama političkih organa međunarodnih organizacija u svjetlu materijalnih i dokumentarnih sredstava običajnoga procesa vid. *ibid.*, 83-85. Jednako tako, vid. S. Softić (2012) *Međunarodno pravo*, Sarajevo: DES, 35-37 (lekcija: Drugi mogući izvori međunarodnog prava (rezolucije generalne skupštine i „meko pravo“)). No, u teoriji međunarodnoga prava nailazimo i na drukčija gledišta. Međunarodne konvencije legislativnoga karaktera predstavljaju međunarodnopravne instrumente (tvrdo pravo), dok su deklaracije Opće skupštine Ujedinjenih nacija samo međunarodni instrumenti (meko pravo) i kao takve se svode „na izražavanje političkoga opredjeljenja i, istovremeno, obećanje da će na unutrašnjem planu biti usvojene potrebne mjere za realizaciju onoga što je na međunarodnome planu dogovoreno.“ (O. Račić (2015) *Međunarodno pravo: stvarnost i iluzije*, Beograd: Službeni glasnik, 29-30).

28 G. Van Bueren (1998) *op. cit.*, 12.

29 Usvojena i otvorena za potpisivanje, ratifikaciju i pristup Rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih nacija 44/25. Objavljena u *United Nations Treaty Series (UNTS)*, Vol. 1577, p. 3.

30 J. Andrassy, B. Bakotić, M. Seršić, B. Vukas (2010) *Međunarodno pravo I*, Zagreb: Školska knjiga, 399.

31 Prema čl. 49. Konvencije o pravima djeteta, za njezino stupanje na snagu bilo je potrebno dvadeset ratifikacija, tj. položenih ratifikacijskih instrumenata kod Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija. Ovaj broj je postignut, kako vidimo, vrlo brzo. Danas predstavlja jednu od rijetkih međunarodnopravnih legislativnih konvencija koje imaju univerzalnu ratifikaciju. Zanimljivost je da su sve članice Ujedinjenih nacija ujedno i stranke Konvencije izuzev Sjedinjenih Američkih Država koje su potpisale ovaj ugovor 1995., ali ga do današnjega dana odbijaju ratificirati i tako konačno i formalno izraziti spremnost da budu vezane Konvencijom. Danas ovaj međunarodni instrument, najvažniji u međunarodnoj zaštiti prava i sloboda djeteta, broji 196 država stranaka. Bosna i Hercegovina postala je strankom Konvencije notifikacijom o sukcesiji 1993.

najratificiraniji ugovor o ljudskim pravima te predviđa izvanredan katalog prava djece.³² Njezin utjecaj je vrlo vidljiv ukoliko promatramo ustave država, sudsku praksu, rad međunarodnih i nacionalnih institucija, reforme pravnih sistema, razvoj politika i daljnjega djelovanja zagovornika prava djeteta.³³

Razmišljajući i djelujući u cilju što učinkovitije međunarodnopravne zaštite djeteta, Poljska je početkom 1978. predložila Ujedinjenim nacijama da se pod okriljem ove organizacije krene raditi na budućoj konvenciji o pravima djeteta, koja će sadržavati međunarodne obaveze za sve države ugovornice. S ovim u vezi, poljska vlada predala je nacrt Konvencije o pravima djeteta Komisiji za ljudska prava Ujedinjenih nacija³⁴, koja će upravo na temelju poljske inicijative 1979. formirati radnu skupinu za rad na konvenciji. Zapravo, rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih nacija zatraženo je od Komisije da organizira svoj rad na nacrtu konvencije o pravima djeteta da bi taj nacrt mogao, po mogućnosti, biti spreman za usvajanje već tokom Međunarodne godine djeteta.³⁵ Za Međunarodnu godinu djeteta Opća skupština Ujedinjenih nacija svojom je rezolucijom iz 1976. proglasila godinu 1979., budući da se te godine obilježavala dvadeseta godišnjica Deklaracije.³⁶ Iako se očekivalo da će konvencija biti usvojena vrlo brzo, budući da se poljski nacrt temeljio na Deklaraciji iz 1959., radna skupina je naišla na brojne teškoće i izazove, tako da je rad na njezinome tekstu trajao cijelih deset godina.³⁷ Upravo je kao posljedica takvoga rada radne skupine, kompromis morao biti postignut u mnogim dijelovima, što je dovelo do izražavanja zabrinutosti da će postavljeni standardi u pojedinim članovima nacrta Konvencije biti preniski, što se odrazilo i na promišljanja određenih pravnih pisaca u smislu da današnja „Konvencija, mada ambiciozna u svojim težnjama za djecu, zapravo predstavlja minimum standarda koji su dogovoreni od država u odnosu na tretman djece unutar njihovih jurisdikcija.“³⁸

„S obzirom na njihov posebno osjetljiv i ranjiv položaj jer su u neprestanom psihofizičkom razvoju, djeci je neophodno obezbjediti i posebnu pravnu zaštitu“³⁹ koja potreba je stoljećima bila zanemarivana, budući da je dominiralo stajalište da njihova sudbina ovisi isključivo od roditeljske, i to, uglavnom, očeve vlasti. „Može se primjetiti da je djeci neophodna posebna zaštita već od trenutka rađanja, posebna medicinska skrb, odgovarajuće obrazovanje, zaštita od nasilja, seksualne eksploatacije i sličnih zala, posebna zaštita djece bez roditelja, djece sa invaliditetom,

32 J. Tobin (ur.) (2019) *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 1.

33 *Ibid*, 1-2.

34 *Ibid*, 5.

35 Vid. Rezoluciju Opće skupštine Ujedinjenih nacija 33/166 o „Pitanju Konvencije o pravima djeteta“ od 20. decembra 1978.

36 Rezolucija Opće skupštine Ujedinjenih nacija 31/169 o „Međunarodnoj godini djeteta“ od 21. decembra 1976.

37 Zapravo, Deklaracija više nije reflektirala potrebe mnoge djece u svijetu budući da se, naprimjer, nije očitovala o građanskim i političkim pravima djeteta. Drugi je razlog što se zbog njihove ranjivosti i nezavršenoga psihofizičkoga razvoja zahtijevala veća i efikasnija međunarodnopravna zaštita nego što je međunarodno pravo u to vrijeme, sredinom XX st, poznavalo (šire u: G. Van Bueren (1998) *op. cit*, 13).

38 J. Tobin (ur.) (2019), *op. cit*, 6.

39 D. Simović, M. Stanković, V. Petrov (2018) *op. cit*, 268.

djece pripadnika etničkih i drugih manjina; posebna zaštita djece u vrijeme rata i drugih vanrednih prilika.”⁴⁰ Konvencija o pravima djeteta sadrži 54 člana i kao takva predstavlja najsvēobuhvatniji međunarodnopravni legislativni instrument i najvažniji međunarodnopravni izvor u oblasti posebne zaštite djeteta.⁴¹ U Preambuli Konvencije objašnjavaju se pozadina i razlozi donošenja toga dokumenta. Članovi od 1. do 41. (prvi dio Konvencije) drže se temeljnima, jer definiraju pojam djeteta te donose svojevršni i vrlo iscrpni katalog prava, koja, čini se, nisu podložna hijerarhiji budući da su sva prava jednako važna.⁴² Prema čl. 1. Konvencije, „dijete označava svaku osobu mlađu od 18 godina, osim ako se zakonom koji se primjenjuje na dijete granica punoljetnosti ne odredi ranije.” Konvencija sadrži i međunarodne obaveze koje države preuzimaju po njezinoj ratifikaciji. Članovi od 42. do 45. navode procedure za praćenje primjene Konvencije, dok odredbe članova od 46. do 54. sadrže formalne elemente u vezi sa stupanjem Konvencije na snagu. Čitajući tekst Konvencije stječe se dojam da svakome pravu djeteta odgovara određena obaveza na strani države, ali i roditelja (zakonskih zastupnika), te da se predmetna prava i obaveze doslovno isprepliću. Konvencija nastavlja promatrati dijete kao subjekta međunarodnoga prava, a ne samo kao osobu kojoj je potrebna posebna zaštita. Na koncu, uočava se da ovaj međunarodni ugovor uvodi novi kvalitet odnosa prema djeci, njihovim pravima i interesima: dijete je osoba koja ima pravo na svoja ljudska prava; prvi puta je jednim sveobuhvatnim međunarodnim ugovorom prihvaćena definicija djeteta.⁴³ Prava djeteta su univerzalna, nedjeljiva i neutuđiva, i mogu se grupirati u četiri skupine: prava na opstanak, prava na razvoj, zaštitna i participativna prava.⁴⁴

40 M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *op. cit.*, 264-265.

41 Obuhvata ona u svojim članovima odredbe o građanskim, političkim, ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima djece. U ostale međunarodnopravne izvore univerzalnoga i regionalnoga karaktera možemo ubrojiti Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima te Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, oba iz 1966., konvencije Međunarodne organizacije rada, ali i izvore međunarodnoga humanitarnoga prava, poput (IV) Ženevske konvencije o zaštiti civilnih osoba za vrijeme rata iz 1949. te Prvog dopunskoga protokola iz 1977. uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata iz 1949. Ovdje nam mogu poslužiti i ostali univerzalni međunarodni ugovori iz oblasti zaštite ljudskih prava. U najvažnije regionalne instrumente spadaju Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950., Europska konvencija o usvajanju djece iz 1967., Rezolucija o Europskoj povelji o pravima djeteta iz 1992., Europska konvencija o ostvarivanju dječijih prava iz 1995., Revidirana Europska socijalna povelja iz 1996., Konvencija Vijeća Europe protiv trgovine ljudskim bićima iz 2005. te Konvencija Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnoga iskorištavanja i seksualne zloupotrebe iz 2007. Zanimljivo je ovoj potonjoj skupini pridodati i dva regionalna dokumenta za područje Afrike: Deklaraciju o pravima i dobrobiti afričkoga djeteta iz 1979. te Afričku povelju o pravima i dobrobiti djeteta iz 1990. Bitno je istaknuti da pojedini od njih za svoj predmet reguliranja nemaju isključivo prava i slobode djeteta, već ih svojim odredbama samo djelimično obuhvataju. Jednako tako, ovim navođenjem međunarodnoga instrumentarija nismo iscrpili sve međunarodne izvore. Neki od njih reguliraju i privatnopravne odnose.

42 „Prava se ne mogu rangirati po njihovoj važnosti i značaju i moraju se posmatrati u njihovoj međusobnoj povezanosti.“ (N. Grahovac (2012) Obaveznost Konvencije UN o pravima djeteta, u: *Zbornik radova: Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 3).

43 *Ibid.*, 2.

44 A. Čović (2017) *Prava deteta: evolucija, realizacija i zaštita*, Beograd: Institut za uporedno pravo, 18.

Odbor Ujedinjenih nacija za prava djeteta⁴⁵ identificirao je četiri opća načela na kojima se saznavaju sva konvencijska prava. Radi se o standardima i novim univerzalnim načelima koje Konvencija uspostavlja, a koji doprinose jednom novom kvalitetu u ostvarivanju i zaštiti prava djeteta: a) načelo nediskriminacije⁴⁶; b) načelo da djeca imaju pravo na život i razvoj u svim vidovima života; c) načelo najboljega interesa djeteta; i d) načelo da se djeci mora omogućiti učešće u rješavanju svih pitanja koja utječu na njihov život i omogućiti im slobodu izražavanja mišljenja.⁴⁷

Čini se da je suština Konvencije u tome da „svako dijete, bez razlike zasnovane na rasi, boji, polu, jeziku, vjeroispovijesti, nacionalnom ili društvenom porijeklu, imovini ili rođenju, ima pravo na mjere zaštite od strane njegove porodice, društva i države koje zahtijeva njegov položaj maloljetnika. Posebne mjere zaštite i pomoći treba da se poduzmu radi sve djece i mladih osoba, bez diskriminacije po osnovu porijekla ili drugih razloga.“⁴⁸ Konvencija stoga omogućava da u svim djelovanjima u odnosu na djecu najbolji interes djeteta mora biti primarno načelo postupanja.⁴⁹ Uostalom, „vodeće načelo Konvencije izraženo je u čl. 3(1), koji proglašava da „u svim aktivnostima koje se tiču djece, od primarnoga su značaja interesi i dobrobit djeteta, bez obzira da li ih poduzimaju javne ili privatne institucije za socijalnu zaštitu, sudovi, upravni organi ili zakonodavna tijela“.⁵⁰

Konvencija ne sadrži samo katalog prava⁵¹ već i mnoštvo ugovornih obaveza za njezine stranke. Poglavitito za države. Držimo da se sve obaveze koje proizilaze iz ovoga međunarodnoga dokumenta mogu grupirati u nekoliko skupina. „Države

45 Odbor Ujedinjenih nacija za prava djeteta pripada ekspertskim tijelima koja su utemeljena određenim međunarodnim ugovorima iz oblasti zaštite ljudskih prava. Tako je na osnovu čl. 43. Konvencije o pravima djeteta ustanovljen odnosni Odbor. Njegov prvi sastav izabran je 1991. i tada je brojio deset stručnjaka (kako je isprva bilo predviđeno konvencijskom odredbom). Danas, „Odbor čini 18 eksperata visokih moralnih vrijednosti i priznate stručnosti na polju koje pokriva Konvencija. Članove Odbora biraju strane ugovornice iz redova svojih državljana i oni djeluju u ličnome svojstvu, uz poštivanje ravnomjerne geografske zastupljenosti, kao i glavnih pravnih sistema.“ (D. Simović, M. Stanković, V. Petrov (2018) *op. cit.*, 384). Za više vid. službenu internetsku stranicu Odbora: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> (od 4. 9. 2019).

46 Kako je to u Bosni i Hercegovini, vid. M. Nadaždin Defterdarević (2012) Princip nediskriminacije u korpusu prava djeteta u Bosni i Hercegovini, u: *Zbornik radova: Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 213-233.

47 Ovo potonje pod uvjetom da je dijete takve dobi da može samostalno i razumno iznositi svoje mišljenje. Vid. publikaciju: UNICEF, *Prava deteta i maloletničko pravosuđe: odabrani međunarodni instrumenti: Opcioni protokoli uz Konvenciju o pravima deteta*, svezak 2, 6 (dost. na: <https://npm.rs/attachments/Opcioni%20protokoli%20uz%20Konvenciju.pdf> (od 4. 9. 2019)). Za elaboraciju funkcija i značaja ova četiri načela, vid. N. Grahovac (2012) *op. cit.*, 3-7; U. Novaković (2012) Pravo deteta na izražavanje mišljenja, u: *Zbornik radova: Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 183-199.

48 R. Etinski (2010) *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 404.

49 M. N. Shaw (2003) *International Law*, 5. izd, Cambridge: Cambridge University Press, 307; čl. 3(1) Konvencije.

50 T. Buergenthal (1998) *op.cit.*, 54.

51 O katalogu prava djeteta u Bosni i Hercegovini vid. J. Bakšić-Muftić (2002), *op. cit.*, 326-330, uz dodatak onih prava koja su priznata djetetu u fakultativnim protokolima.

stranke poduzet će sve odgovarajuće zakonodavne, upravne i druge mjere za primjenu prava priznatih u ovoj Konvenciji⁵², odnosno drugim riječima, države se pozivaju da prilagode svoje unutarnje zakonodavstvo, odnosno svoje domaće pravne akte preuzetim međunarodnim obavezama s ovim u vezi. Glede ekonomskih, društvenih i kulturnih prava, države stranke poduzet će takve mjere u što širem opsegu svojih raspoloživih sredstava i, u slučaju potrebe, u okviru međunarodne suradnje.⁵³ Države stranke **će, prema čl. 23(4)**, „u duhu međunarodne suradnje promicati razmjenu najvažnijih obavijesti iz područja preventivne zdravstvene zaštite te medicinskog, psihološkog i funkcionalnog tretmana djece s teškoćama u razvoju, uključujući širenje i pristup obavijestima o metodama rehabilitacije, obrazovanja i izbora zanimanja, kako bi unaprijedile sposobnosti i vještine te proširile domaća iskustva u tim područjima.” Ovi se međunarodnopravni subjekti, dakle, pozivaju na međunarodnu suradnju, a sve u cilju što učinkovitije zaštite djeteta.⁵⁴ Nadalje, Konvencija u svome čl. 18. predviđa da roditelji ili zakonski skrbnici snose najveću odgovornost za odgoj i razvoj djeteta te da dobrobit djeteta mora biti njihova temeljna briga. „Mada polazi od toga da „roditelj(i) ili drugi odgovorni za dijete imaju prvenstvenu odgovornost da osiguraju, u okviru svojih sposobnosti i financijskih mogućnosti, uvjete života potrebne za razvoj djeteta”⁵⁵, Konvencija isto tako vrlo jasno ističe [...] obavezu država da im u tome pruže neophodnu pomoć.”⁵⁶ Kako se naznačuje u pravnoj teoriji, takvo rješenje je u skladu s odredbom iz čl. 3(2) Konvencije kojom su se stranke ovoga ugovora obavezale da „djetetu osiguraju takvu zaštitu i skrb koja je neophodna za njegovu dobrobit”.⁵⁷ Jedna od obaveza država stranaka Konvencije, a shodno čl. 42, jeste i upoznavanje djece i odraslih s njezinim načelima i odredbama. Jednako tako, države se obavezuju da podnose Odboru za prava djeteta, posredstvom Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija, „izvještaje o mjerama koje su usvojile za ostvarivanje prava koja su priznata Konvencijom i o napretku ostvarenom u pogledu uživanja tih prava: a) u roku od dvije godine od stupanja na snagu te konvencije za odnosnu državu; b) zatim svakih pet godina.”⁵⁸

4. Dva fakultativna protokola uz Konvenciju

Kako je vrijeme odmicalo, valjalo je na međunarodnoj razini regulirati ostale vrlo osjetljive odnose i situacije i negativne posljedice razarajućih dejstava na psihofizičko zdravlje i razvoj djeteta, poglavito aktivnoga učešća djece u uvjetima oružanih sukoba, ali i dodatno naglasiti značaj problema i važnost borbe protiv trgovine djecom, dječije prostitucije i dječije pornografije u svijetu. Stoga je

52 Čl. 4. Konvencije.

53 *Ibid.*

54 Konvencija potiče države stranke na svaki učinkovit oblik međunarodne suradnje, odnosno na poduzimanje dvostranih i višestranih mjera i u drugim oblastima zaštite prava i sloboda djeteta. Vid. npr. čl. 35. Konvencije.

55 Čl. 27(2) Konvencije.

56 Prema čl. 27(3) Konvencije; M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *op. cit.*, 265.

57 M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *op. cit.*, 265.

58 D. Simović, M. Stanković, V. Petrov (2018) *op. cit.*, 384. Prema čl. 44(1) Konvencije.

Generalna skupština Ujedinjenih nacija 25. maja 2000. usvojila dva fakultativna ili opciona protokola uz Konvenciju o pravima djeteta. Prvi se odnosi na učešće djece u oružanim sukobima, dok se drugi tiče trgovine djecom, dječije prostitucije i dječije pornografije. Oba fakultativna protokola stupila su na snagu 2002., nakon što je ispunjen uvjet iz čl. 10., odnosno čl. 14. dva fakultativna protokola, a to je da protokoli stupaju na snagu tri mjeseca nakon deponiranja desetoga instrumenta o ratifikaciji ili pristupanju.⁵⁹ Valjalo bi naznačiti da oba ova međunarodna ugovora promatramo kao sastavni dio Konvencije.

„U svijetu se svakodnevno povećava broj regiona u kojima usljed oružanih sukoba strada veliki broj nedužnih civila, među kojima su najugroženija djeca.“⁶⁰ Prvi fakultativni protokol (*OPAC*), poznatiji kao Ugovor o djetetu vojniku, predstavlja mnogostrani međunarodni ugovor koji, *inter alia*, propisuje da će države ugovornice poduzeti sve moguće mjere kako bi se osiguralo da pripadnici njihovih oružanih snaga koji još nisu navršili 18 godina ne uzimaju direktno učešće u neprijateljstvima⁶¹, odnosno da će države ugovornice osigurati da osobe koje još nisu navršile 18 godina ne podliježu obaveznoj regrutaciji u svoje oružane snage.⁶² Jednako tako, države stranke Protokola imaju međunarodnu obavezu da će podići minimalnu starosnu granicu za dobrovoljnu regrutaciju osoba u odnosu na čl. 38. Konvencije.⁶³ Prema predmetnoj konvencijskoj odredbi, države stranke poduzet će sve korisne mjere kako bi osigurale da osobe mlađe od 15 godina nisu izravno uključene u neprijateljstva⁶⁴ te da će se, jednako tako, države stranke suzdržati od regrutiranja osoba mlađih od 15 godina u svoje oružane snage.⁶⁵ Međutim, ono što se uočava je nesklad „koji se javlja između toga da Konvencija o pravima djeteta definira dijete kao ljudsko biće mlađe od 18 godina (i u skladu s tim osigurava mu predviđenu zaštitu)“⁶⁶ i činjenice da međunarodno humanitarno pravo, ali i prethodno citirana odredba „dozvoljava regrutiranje u oružane snage djece s navršenih 15 godina“⁶⁷. Ova se tragična nelogičnost djelimično htjela ispraviti ili ublažiti upravo usvajanjem Prvoga fakultativnoga protokola uz Konvenciju⁶⁸, koji je ponovio konvencijsku odredbu iz čl. 38. samo sa višom starosnom granicom.⁶⁹ Tako

59 Bosna i Hercegovina je prvi fakultativni protokol ratificirala 2003., a drugi 2002. Ova dva međunarodna ugovora također imaju vrlo široku ratifikaciju. Više od 160, odnosno 170 država međunarodne zajednice je ratificiralo odnosno pristupilo je ovim instrumentima.

60 A. Čović (2017) *op. cit.*, 19.

61 Čl. 1. Prvoga fakultativnoga protokola iz 2000.

62 Čl. 2. Prvoga fakultativnoga protokola.

63 Prema čl. 3(1) Prvoga fakultativnoga protokola. Temeljem čl. 3(2) Protokola, Bosna i Hercegovina je deponirala obavezujuću izjavu u smislu da ova država neće dozvoliti dobrovoljnu regrutaciju u svoje oružane snage osobama ispod 18 godina.

64 Čl. 38(2) Konvencije.

65 Čl. 38(3) Konvencije.

66 M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *op. cit.*, 267.

67 *Ibid.*

68 Znakovito je da se čl. 8 (ratni zločini) Rimskoga statuta Međunarodnoga krivičnoga suda iz 1998 (stupio na snagu 2002) zabranjuje regrutiranje ili na bilo koji drugi način stavljanje u vojnu službu djece ispod 15 godina starosti u nacionalne oružane snage ili njihovo korištenje za aktivno učestvovanje u borbi. Dakle, ovakva aktivnost se danas smatra ratnim zločinom.

69 Tako, G. Oberleitner (2015) *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy*, Cambridge:

je za države članice Protokola niži standard međunarodnoga humanitarnoga prava zamijenjen višim standardom međunarodnoga prava ljudskih prava – da li je ovo primjer komplementarnosti dva pravna režima?⁷⁰ U konačnici, može se ustvrditi da je vladalo uvjerenje da bi ovaj Protokol trebao doprinijeti efektivnoj implementaciji načela da se najbolji interes djeteta u svim djelatnostima u odnosu na djecu uvijek primarno uzima u razmatranje.⁷¹

Danas su djeca izložena velikom riziku od seksualnoga iskorištavanja.⁷² Načini seksualne zloupotrebe djece su mnogobrojni, a posebno danas kada živimo u eri interneta.⁷³ U svojoj Rezoluciji 1994/90 Komisija Ujedinjenih nacija za ljudska prava vođena potrebom da se usvoje učinkovite međunarodne mjere za sprječavanje i eradicaciju prodaje djece, dječije prostitucije i dječije pornografije, odlučila je ustanoviti radnu skupinu koja bi bila odgovorna za elaboraciju smjernica za moguću izradu nacrtu fakultativnoga protokola uz Konvenciju takve sadržine.⁷⁴ I nakon nekoliko godina rada, Drugi fakultativni protokol (*OPSC*), kako smo i ranije naznačili, usvaja se pod okriljem Ujedinjenih nacija 2000., i koji za države članice donosi određene zabrane u formi novih međunarodnih obaveza. Radi se o zabrani prodaje djece, dječije prostitucije i dječije pornografije⁷⁵, s predviđenim definicijama u smislu što znači svaka od prethodno navedenih zabranjenih ponašanja. „Ovaj protokol naglašava potrebu da države članice donesu krivične zakone za djela kao što su trgovina djecom, nezakonito usvajanje, dječija prostitucija i pornografija. [Ovim se protokolom također naglašava potreba] za međunarodnom suradnjom i akcijama usmjerenim na jačanje svijesti javnosti u cilju bolje zaštite djece od takvih ozbiljnih krivičnih djela.”⁷⁶

5. Mehanizmi nadzora nad implementacijom Konvencije i fakultativnih protokola

U okviru *opće kontrole*⁷⁷ ispunjavanja obaveza iz međunarodnih ugovora, države članice Konvencije o pravima djeteta i dva fakultativna protokola imaju, kako je ranije u tekstu navedeno, obavezu slanja *prvoga inicijalnoga izvještaja* i

Cambridge University Press, 69.

⁷⁰ Preneseno iz: *Ibid.*

⁷¹ T. Vandewiele (2006) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Optional Protocol: The Involvement of Children in Armed Conflicts*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 19.

⁷² A. Čović (2017) *op. cit.*, 20.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ S. Detrick (1999) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 605.

⁷⁵ Čl. 1. Drugoga fakultativnoga protokola iz 2000.

⁷⁶ Vid. publikaciju: UNICEF, *Prava deteta i maloletničko pravosuđe: odabrani međunarodni instrumenti: Opcioni protokoli uz Konvenciju o pravima deteta*, svezak 2, 7 (dost. na: <https://npm.rs/attachments/Opcioni%20protokoli%20uz%20Konvenciju.pdf> (od 4. 9. 2019)).

⁷⁷ “Smisao nadzora nad poštovanjem ljudskih prava je kontrola i nadzor nad vladama koliko one ugrožavaju i krše ljudska prava, odnosno dopuštaju da se ljudska prava krše na njihovoj teritoriji. Ovaj nadzor vrše međunarodni organi sastavljeni od predstavnika država ili neovisnih ličnosti i međunarodne nevladine organizacije.” (J. Bakšić-Muftić (2002) *op. cit.*, 274).

to u roku od dvije godine od stupanja na snagu Konvencije za odnosnu državu, a kasnije slanja *redovnih periodičnih izvještaja* Odboru za prava djeteta o mjerama koje su one poduzele da bi ispunile svoje međunarodne obaveze.⁷⁸ Shodno čl. 44(2) i (4) Konvencije, „Izvještaji koja se podnose na temelju ovoga člana ukazivat će na čimbenike i, po potrebi, na poteškoće koji utječu na stepen ispunjenja obaveza iz ove Konvencije. Izvještaji će također sadržavati dovoljno obavijesti kako bi Odbor mogao steći cjelovit uvid u primjenu Konvencije u određenoj zemlji. [...] Odbor može zatražiti od država stranaka dopunske obavijesti u vezi s primjenom ove Konvencije.” Po primitku izvještaja, Odbor ispituje i analizira predočene podatke, ocjenjuje ih i na koncu usvaja *zaključna razmatranja (prijedloge)* za svaku pojedinu državu, u kojima će se naći ocjena i mišljenje Odbora glede predočenoga izvještaja, a u odnosu na razinu i kvalitet zaštite prava djeteta u nekoj državi. Stoga se utvrđuje da ovo tijelo ima funkciju nadzora nad provedbom Konvencije i dva fakultativna protokola od država njihovih stranaka.

Univerzalni međunarodni ugovori se prvenstveno oslanjaju na utvrđivanje općega stanja u nekoj državi, na temelju njezina izvještaja, koju obavezu države stranke neke konvencije odista ne mogu izbjeći.⁷⁹ „Periodično ispitivanje izvještaja ima tu manu što njime ne može da se reagira na pojedinačne povrede ljudskih prava, ali i tu prednost da se tako bolje sagledava cjelokupno stanje u jednoj zemlji.”⁸⁰ Da bi u našem slučaju Odbor za prava djeteta donio zaključna razmatranja povodom podnesenoga izvještaja, članovi Odbora ne samo da moraju utvrditi ispunjavanje formalnih uvjeta (u smislu da li je izvještaj podnesen pravovremeno i sl.) već i da donesu svoj sud o najvažnijemu pitanju s ovim u vezi – da li izvještaj odgovara stvarnome stanju u državi. U tome smislu, kao pomoć Odboru, Konvencija u čl. 45(1) (b) i (c) stipulira da „Bude li držao potrebnim, Odbor će specijaliziranim službama, UNICEF-u i ostalim mjerodavnim tijelima dostaviti svaki izvještaj država stranaka u kojemu se traži ili iskazuje potreba za tehničkim savjetom ili pomoći, zajedno sa svojim mogućim primjedbama i prijedlozima u vezi s tim zahtjevima ili pozivima; [Jednako tako] Odbor može preporučiti Općoj skupštini da od Generalnoga sekretara zatraži da se u njezino ime pokrenu istraživanja pojedinih pitanja prava djeteta.”⁸¹

Kao dio općega procesa izvještavanja, Odbor je usvojio hitnu proceduru djelovanja u uvjetima kada je država ratificirala Konvenciju (dva fakultativna protokola), kada je situacija ozbiljna i kada istovremeno postoji rizik od daljnjih povreda – tada Odbor može pozvati državu „na dijalog“, **može od nje zahtijevati dostavljanje dodatnih informacija ili predložiti posjetu državi.**⁸² No, ne čini li se u situacijama teških i sustavnih povreda prava djeteta, u uvjetima unutarnjih nemira i zategnutosti, uvjetima teških oblika diskriminacije, da su navedene mjere i alati, koji Odboru stoje na raspolaganju temeljem međunarodnoga prava u takvim

78 Odbor također ispituje inicijalne izvještaje koji moraju biti podneseni od država koje su pristupile nekom ili oba fakultativna protokola uz Konvenciju.

79 M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *op. cit.*, 121.

80 *Ibid.*

81 S ovim u bliskoj vezi može biti i obaveza Odbora, a to je da svake dvije godine podnosi Općoj skupštini Ujedinjenih nacija, putem Ekonomskoga i Socijalnoga vijeća, izvještaje o svojim aktivnostima.

82 M. N. Shaw (2003) *op. cit.*, 308.

specifičnim okolnostima, isuviše blagi po državu, u takvoj mjeri da ih država uopće ne doživljava kao oblik sankcije za povredu međunarodnoga prava, tj. za neizvršavanje međunarodnim ugovorom preuzetih obaveza?

Zaključna razmatranja Odbora u ovome dijelu ne predstavljaju akt pravnoobavezujućega karaktera po državu poput arbitražne ili sudske odluke. Ona imaju isključivo snagu preporuke u kojima će Odbor, sukladno situaciji, eventualno izraziti svoju zabrinutost u pogledu nekih karakterističnih pitanja te dati svoje sugestije i komentare, odnosno zaključke „u kojima ukazuju na najvažnije prednosti i nedostatke”⁸³ koje je Odbor ustanovio. Iako nemaju obavezujući učinak po državu, zaključna razmatranja Odbora „predstavljaju značajan putokaz za države u kom pravcu treba da sprovedu reforme u periodu do podnošenja narednoga izvještaja.”⁸⁴ „Od država se uglavnom očekuje da brzo reagiraju i bez odlaganja započnu nužne reforme”⁸⁵, a pritisak na odnosnu državu uglavnom će vršiti međunarodne međuvladine, ali i međunarodne nevladine organizacije⁸⁶. Dakle, od Odbora se očekuje da u kontinuitetu „provjerava da li je i u kojoj mjeri država stranka postigla napretke u primjeni Konvencije”⁸⁷ i dva fakultativna protokola.⁸⁸ U pogledu Bosne i Hercegovine, Odbor je do sada usvojio četiri zaključna razmatranja.⁸⁹

Ovo tijelo također objavljuje svoje tumačenje sadržaja i značenja odredaba o ljudskim pravima, koja su poznatija kao *opći komentari*. Opći komentari donose se, u velikoj mjeri, u odnosu na pojedina pitanja i općeprisutne dileme iz univerzalnoga međunarodnopravnoga sistema zaštite prava i sloboda djeteta. Tako je Odbor do danas donio preko 20 općih komentara, koji su po svojoj pravnoj naravi isto tako neobavezujućega djeljstva po države i smatraju se općim preporukama. Međutim, s druge strane, predstavljaju ili mogu predstavljati međunarodni stručni dokument

83 M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *op. cit.*, 123.

84 *Ibid.*, 124.

85 *Ibid.*

86 O nevladinim organizacijama za ljudska prava i njihovim djelatnostima, više u: T. Buergenthal (1998) *op. cit.*, 174 *et seq.* „Odbor je, da bi ostvario kompletniji uvid u stanje prava djece u jednoj zemlji, dao mogućnost nevladinim organizacijama da mu podnesu svoje izvještaje, u kojima će ukazati na stanje prava djeteta i napretke koji su učinjeni u vremenu od prethodnoga izvještaja.” (N. Grahovac (2012) *op.cit.*, 8).

87 N. Grahovac (2012) *op.cit.*, 8.

88 O poštovanju i zaštiti prava djeteta u Bosni i Hercegovini vid. u izvještajima i drugim dokumentima raznih tijela, naprimjer: Vijeće ministara Bosne i Hercegovine (2015) *Action Plan for Children of Bosnia and Herzegovina: 2015 – 2018*; Usp. Lj. Krunić Zita, A. Krehić, J. Džumhur, M. Sendić (2009) *Analiza usklađenosti zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa Konvencijom o pravima djeteta*, Sarajevo: Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine; Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine (2010) *Specijalni izvještaj o pravima djece smještene u ustanove, sa posebnim osvrtom na normative i standarde*; A. Mehmedić, M. Izmirlija, S. Madacki (ur.) (2012) *Human Rights in Bosnia and Herzegovina 2011: Legal Provisions, Practice and International Human Rights Standards with Public Opinion Survey*, Sarajevo: Human Rights Centre University of Sarajevo, 248-252; usp. A. Bećiraj, A. Bakrač (2014) Primjena Konvencije o pravima djeteta u Bosni i Hercegovini, *Pravni vjesnik*, god. 30, br. 2, 89-99.

89 Dost. na: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5 (od 11. 9. 2019). Također, Odbor je od 9. do 27. septembra 2019. zasjedao u Ženevi i, između ostaloga, raspravljao o stanju prava djeteta u Bosni i Hercegovini.

velikoga autoriteta i moralne snage. Jednako tako, značajni su jer sadrže bliže tumačenje pojedinih odredaba iz Konvencije i, eventualno, dva fakultativna protokola, a pomažu i stvaranju jedinstvene prakse država po određenim pitanjima.⁹⁰ U svojim se općim komentarima Odbor bavi različitim temama poput prava djece da njihovo mišljenje bude uzeto u obzir, prava djece koja pripadaju autohtonim narodima, prava djece na zaštitu od tjelesnoga kažnjavanja, prava djece s invaliditetom⁹¹, o ciljevima obrazovanja, ulozi neovisnih nacionalnih institucija o ljudskim pravima, o zdravlju adolescenata i njihovom razvoju, primjeni prava djece u ranome djetinjstvu.⁹²

6. Treći fakultativni protokol uz Konvenciju: djelotvornija zaštita djeteta?

Rezolucijom 66/138 od 19. decembra 2011., na 66. sjednici Opće skupštine Ujedinjenih nacija, usvojen je Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta o postupku povodom pritužbi (predstavki) (*OP3-CRC*). Danas je već postao mnogostrani međunarodni ugovor. Protokol je otvoren za potpisivanje u Ženevi 2012. te predstavlja Treći fakultativni protokol uz Konvenciju. Na snagu je stupio 14. aprila 2014., protekom tri mjeseca nakon što je deseta država ratificirala ili pristupila ovome protokolu⁹³, što je identična norma onoj o stupanju na snagu Prvoga i Drugoga fakultativnoga protokola. Za svaku državu koja ga ratificira ili mu pristupa nakon što se taj instrument počeo primjenjivati, on za tu državu stupa na snagu tri mjeseca nakon datuma polaganja njezine vlastite isprave o ratifikaciji ili pristupu.⁹⁴ Do sada ga je potpisalo preko 50 država, dok je svoje ratifikacijske instrumente deponiralo njih oko 45.⁹⁵ Bosna i Hercegovina potpisala ga je 11. jula 2017., a ratificirala 17. maja 2018.⁹⁶

Treći fakultativni protokol, poput njegovih prethodnika, sastavni je dio Konvencije o pravima djeteta i na takav način se treba i promatrati. Drži se da možda predstavlja jednu od najvećih prekretnica u međunarodnopravnoj zaštiti djeteta. Zbog čega? Upravo iz razloga što njime Odbor za prava djeteta dobija potpuno novu nadležnost iz oblasti individualnih predstavki. Treći fakultativni protokol uvodi jednu novu dimenziju s ciljem da zaštita djeteta u državama strankama bude što djelotvornija. Ovo se postiglo priznavanjem prava pojedincima, kao oštećenoj stranci, da upućuju pritužbe protiv država koje su im povrijedile neko od zagarantiranih prava djeteta i da o njihovim pritužbama odlučuje Odbor. Dakle, djeca se sada mogu žaliti protiv bilo koje države stranke.⁹⁷ Hipotetički uzevši, teško da bi

90 M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *op. cit.*, 125.

91 *Ibid.*

92 D. Simović, M. Stanković, V. Petrov (2018) *op. cit.*, 384.

93 Prema čl. 19(1) Protokola.

94 Prema čl. 19(2) Protokola.

95 Vid. pobliže službenu internetsku stranicu Međunarodne koalicije za Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta o postupku povodom pritužbi: <http://ratifyop3crc.org/> (od 12. 9. 2019).

96 Izvor: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en (od 12. 9. 2019).

97 R. Smith (2014) *The Third Optional Protocol to the UN Convention on the Rights of the Child? – Challenges Arising Transforming the Rhetoric into Reality*, u: M. Freeman (ur.) *The Future of Chil-*

se mogli žaliti protiv one države koja je stranka Trećega fakultativnoga protokola, a još nije postala strankom Konvencije niti prva dva opciona protokola. No, kako je Konvencija dosegla univerzalnu primjenu, i tako postala dijelom općega običajnoga međunarodnoga prava, to se u praksi vrlo teško može desiti.

Još je jedna odlika Protokola u ovome smislu – Odbor je na temelju njega postao svojevrsno međunarodno kvazisudsko tijelo. Ova karakteristika znači da u suvremenome međunarodnome pravu svi najvažniji mnogostrani međunarodni ugovori iz oblasti zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda imaju dostupan „opcioni mehanizam individualnih pritužbi”⁹⁸. Tako se ovim protokolom priznaje „nadležnost Odbora za razmatranje individualnih predstavi, usvajanje privremenih mjera, sprovođenje nadzora nad implementiranjem stavova Odbora, podnošenje međudržavnih predstavi, vođenje postupaka istrage o grubim ili sistemskim kršenjima prava djeteta i za sprovođenje nadzora nad primjenom stavova usvojenih u postupku istrage.”⁹⁹ Protokol je otuda značio pristup „međunarodnoj pravdi” za djecu u odnosu na povrede ljudskih prava tamo gdje su domaći pravni lijekovi neadekvatni ili ne postoje.¹⁰⁰ Jedan od ciljeva je (bio) dati Protokolu „veći učinak u odnosu na prava koja su obuhvaćena”¹⁰¹ ranijim instrumentarijem za međunarodnopravnu zaštitu djeteta. Sljedstveno prednjemu, da li ga, s ovim u vezi, možemo shvatiti i na način da cijelom katalogu dječijih prava daje jedan novi smisao, s novom, učinkovitijom svrhom koja se odražava u kvalitetnijoj zaštiti prava djeteta? Jednako tako, možemo li ga razumjeti na način da će potonji instrument predstavljati temelj za svaku vrstu sprječavanja potencijalnih povreda navedenih prava i sloboda? Kakve su odista odredbe Protokola i što zaista znače za države stranke, pogledajmo u nastavku rada.

Kako stoji u čl. 1(2) Protokola, Odbor neće imati nadležnost u odnosu na države njegove stranke u vezi s pitanjima koja se tiču povreda prava koja su predviđena u instrumentu kojega takva država nije stranka, niti će Odbor biti nadležan za predstavke protiv onih država koje nisu postale njegove stranke, bilo ratifikacijom, bilo pristupanjem. Temeljem toga, pojedinci mogu podnijeti pritužbu protiv Bosne i Hercegovine isključivo za povredu prava djeteta koja je učinjena nakon što je Treći fakultativni protokol stupio na snagu za odnosnu državu.¹⁰² Nadalje, prilikom donošenja odluka, Odbor će slijediti opće međunarodnopravno načelo, koje je danas postalo međunarodni standard, a na koje nailazimo i u Konvenciji: *najbolji interes djeteta*.

Protokol u čl. 7. postavlja i neke uvjete za podnošenje predstavke od pojedinca ili skupine pojedinaca – jedno od važnijih za svrhe ovoga rada svakako je iscrpljivanje svih domaćih pravnih lijekova. Međutim, to neće biti slučaj ukoliko takva domaća pravna sredstva ne dovode do krajnjega učinka. Kada Odbor zaprimi individualnu

dren's Rights, Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 178.

98 *Ibid.*

99 D. Simović, M. Stanković, V. Petrov (2018) *op. cit.*, 384.

100 S. C. Grover (2015) *Children Defending their Human Rights Under the CRC Communications Procedure: On Strengthening the Convention on the Rights of the Child Complaints Mechanism*, Heidelberg: Springer, 3.

101 *Ibid.*

102 Prema čl. 20. Protokola.

pritužbu, započinje pismeni postupak pred ovim tijelom, koji se završava vijećanjem i donošenjem odluke, koja je po svojoj formi najbliža *pogledima* i *preporukama*. Ovo nas navodi na promišljanje u smjeru pravne naravi i (ne)obaveznosti odluke. Dakle, iako se pred Odborom vodi postupak protiv neke države stranke, taj će se postupak završiti preporukom. U tome se smislu postavlja pitanje jesmo li ovakvim rješenjem išta dobili, osim što u sadašnjim uvjetima i okolnostima Odbor ima nadležnost ispitivati pojedinačne zahtjeve i pojedinačna kršenja prava djeteta. S druge strane ili s prethodnim u vezi, postoji dužnost države stranke, protiv koje je podnesena pritužba i donešena odluka, da *informira* Odbor o poduzetim aktivnostima ili mjerama koje imaju za cilj izvršenje odluke Odbora u dobroj vjeri i ispravljanje načinjene povrede prava djeteta.

Međdržavne predstavke određene su osnovnim obrisima u čl. 12. Protokola, temeljem kojega shvatamo da jedna država može podnijeti pritužbu protiv druge koja ne izvršava svoje međunarodne obaveze u pogledu zaštite prava djeteta. Međutim, ovakve pritužbe nisu moguće *protiv države* koja nije deponirala svoju izjavu kod Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija u smislu da prihvata ovakvu vrstu nadležnosti Odbora, odnosno pritužbu neće moći podnijeti *ona država* koja nije deponirala izjavu o ovakvoj proceduralnopravnoj mogućnosti. Dakle, protiv neke države se može podnijeti međdržavna predstavka jedino ukoliko je ona prihvatila takvu vrstu mogućnosti.

Čl. 13. Protokola naznačuje postupak istrage protiv države za teške ili sistematske povrede prava djeteta. Naime, ukoliko Odbor primi *pouzdana informacije* koje ukazuju na kršenje jakoga intenziteta, otuda će otvoriti postupak istrage na čijem koncu Odbor donosi nalaze, komentare i preporuke, koje su ponovno pravnoneobavezujućega karaktera po državu stranku, iako, istina, od nje može zahtijevati da ga izvijesti o svim poduzetim koracima u smislu ispravljanja povredâ prava djeteta.¹⁰³ Ukoliko, pak, Odbor ocijeni svrsishodnim, može imenovati i uputiti delegaciju u posjet državi, a sve u cilju potpunije i relevantnije istrage. Međutim, ovakva se posjeta neće moći realizirati ukoliko država *nije dala svoj pristanak*. Jednako tako, država stranka prilikom potpisivanja, ratifikacije ili pristupanja ovom protokolu može donijeti izjavu da ona Odboru *ne priznaje* ovu vrstu nadležnosti.

Na koncu, Odboru se dodjeljuje istovjetna obaveza koju imaju sve države stranke, a to je da će svake dvije godine Generalnu skupštinu Ujedinjenih nacija izvještavati o svome radu.¹⁰⁴

Nakon kratke analize najznačajnijih odredaba Protokola, ne čini li se da je njegovim usvajanjem stvoren samo privid kompletnije međunarodne zaštite prava djeteta?

103 Prema čl. 14. Protokola.

104 Vid. čl. 16. Protokola. Da li je i u kojem opsegu Treći fakultativni protokol našao svojega odjeka u praksi, valjalo bi, povrh svega, ispitati na temelju činjenice koliko je do sada Odbor za prava djeteta vodio postupaka po individualnim predstavkama, koliko po međdržavnim pritužbama, a koliko je istraga otvoreno i/ili zaključeno. No, zbog nedostatka prostora, predmet je to buduće studije.

7. Imovinska prava djeteta

Shodno navedenoj Konvenciji prava djeteta se mogu podijeliti kao osobna, obrazovna, društvena, kulturna, zdravstvena, socijalna, ekonomska i pravosudno-zaštitna, čime su obuhvaćena sva područja života djeteta. Briga o životu i zdravlju djeteta svakako jesu najvažnije komponente, ali pored zaštite ličnog integriteta i mentalnog zdravlja djeteta, kao vrlo značajna komponenta pojavljuje se i potreba zaštite imovine i imovinskih interesa djeteta. Ovaj vid zaštite je vrlo kompleksan s obzirom na sve specifičnosti subjekta koji se pojavljuje kao titular predmetnih prava tj. djeteta. Tako postoje brojna ograničenja u pogledu raspolaganja predmetnom imovinom, zavisno o vrsti imovine, načinu sticanja i vrsti raspolaganja. Pored navedenih ograničenja, zakonodavac je, u cilju zaštite najboljeg interesa djeteta, uveo i niz kontrolnih mehanizama, na način da je u postupke koji imaju za predmet raspolaganje imovinom djeteta uključio više nadležnih institucija.

8. Imovina djeteta

Konvencija o pravima djeteta, djetetu je priznala pravni subjektivitet, što znači da se djeca rađaju s osnovnim slobodama i pravima koja pripadaju svim ljudskim bićima, tako da mogu imati i određena imovinska prava. Maloljetno dijete, dakle, može imati vlastitu imovinu. Imovina, pri tome, predstavlja svako pravo koje se može mjeriti u novcu (sva stvarna, obligaciona ili intelektualna prava). Dijete može na različite načine postati nositeljem imovinskih prava, a najčešće je riječ o imovini koju dijete dobije (na osnovu ugovora o poklonu), naslijedi ili samo stekne.

Ugovor o poklonu se najčešće zaključuje između roditelja i djece.¹⁰⁵ Motivi su pri tome različiti, s tim da u praksi najčešće možemo govoriti o slijedećem:

- porezne olakšice;
- izbjegavanje mogućih sporova između zakonskih nasljednika;
- poklon u zamjenu za obećanje djeteta da će se brinuti o roditeljima u starosti;
- smanjenje nužnog nasljednog dijela kako bi se prava nevoljene djece tj. djeteta smanjila;
- onemogućavanje državnim organima da dođu do imovine (tužilaštvu ili centru za socijalni rad);
- zaštita od potraživanja postojećih povjerenaca (posebno u slučaju kada se poklonodavac bavi ekonomsko rizičnim poslom).

Ovi motivi se mogu pojaviti kao pojedinačni ili kumulativno. U slučaju kada se roditelji još za života odluče da, naprimjer, nekretninu prenesu na dijete, u pravilu, ipak tu nekretninu ne žele u potpunosti da daju iz svojih ruku. Roditeljsko staranje podrazumijeva i zaštitu imovinskih prava i interesa djeteta (čl. 129. Porodičnoga zakona Federacije Bosne i Hercegovine, u daljem tekstu: PZ FBiH), a to znači da roditelji u pravilu imaju pravo i obavezu da upravljaju imovinom djeteta do njegovog punoljetstva (čl. 139, 264. PZ FBiH). Dakle, roditelji su i dalje u prilici da

¹⁰⁵ https://www.lohmar.de/fileadmin/redaktion/2_Familienfreundlichkeit/3_Senioren/7_FoeS-Foer-derverin/Dirk_Hoefinghoff_Immobilien_uebertragen_auf_Kinder.pdf (od 21. 7. 2019).

tu imovinu u potpunosti koriste (naprimjer, da tu i dalje žive)¹⁰⁶, a pod određenim uslovima, mogu koristiti i prihode iz te imovine (čl. 265(2), 217, 219). Značajna ograničenja roditelja postoje u pogledu otuđenja ili opterećenja te imovine o čemu će biti riječ u posebnom poglavlju. Dijete postaje vlasnik sa svim vlasničkim pravima, međutim, pod određenim uslovima roditelji mogu opozvati poklon, tj. poklonjenu nekretnu tražiti nazad. Prvenstveno se misli na opoziv poklona zbog nezahvalnosti poklonoprimalca, a moguć je i opoziv poklona zbog osiromašenja poklonodavca¹⁰⁷. Prema OGZ, povrat poklona radi grube nezahvalnosti se može tražiti u slučaju kada se poklonoprimalac teško ogriješio prema poklonodavcu ili nekom od članova njegove obitelji. Pri tome se misli na tjelesnu povredu, povredu časti, slobode ili imovine takve vrste da protiv poklonoprimalca može biti pokrenut krivični postupak (čl. 948(2) OGZ). Opoziv poklona zbog osiromašenja poklonodavca je moguć u slučaju kad je poklonodavac, poslije učinjenog poklona toliko osiromašio da nema nužnih sredstava za svoje izdržavanje ili da izdržava lica koja je po zakonu obavezan izdržavati (čl. 947(1) OGZ).

Do svoje 14 godine u Federaciji Bosne i Hercegovine (čl. 137(2) PZ FBiH) odnosno 15 godine u Republici Srpskoj (čl. 84(3) Porodičnog zakona Republike Srpske (PZ RS)), djeca su potpuno poslovno nesposobna. Međutim, nakon što navrše potrebnu životnu dob, maloljetne osobe mogu samostalno zasnivati radni odnos i time ostvarivati prihode. Imovinom koju je steklo radom, dijete može samostalno raspolagati bez saglasnosti roditelja¹⁰⁸.

Dijete sa 16 godina također može steći poslovnu sposobnost, koja mu omogućava samostalno raspolaganja s imovinom, u slučaju sklapanja braka, uz prethodno odobrenje suda ili odlukom suda kada je postao roditelj (čl. 157. PZ FBiH).

9. Upravljanje imovinom djeteta

Kako što je već rečeno, do punoljetstva djeteta u pravilu njegovom imovinom upravljaju roditelji. Roditelji imaju pravo i dužnost upravljati imovinom djeteta u njegovom interesu, s pažnjom odgovornog roditelja, na način da istu očuvaju i po mogućnosti uvećaju.¹⁰⁹

Roditelji pri tome postupaju zajednički i sporazumno, osim u slučaju kada roditeljsko pravo vrši samo jedan roditelj (naprimjer, ukoliko je drugi roditelj umro,

106 Roditelji često zadržavaju pravo doživotnog uživanja nekretnine koje se kao takvo evidentira u zemljišne knjige. Dakle, bez obzira što se mijenja ime u vlasničkom listu zemljišnoknjižnog uloška, roditelji uživaju sva prava na toj nekretnini, pa čak i nakon punoljetstva djeteta. Djeca kao zemljišnoknjižni vlasnici nekretnine istu mogu otuđiti ali novi kupac mora poštovati pravo roditelja, tako da je jako teško naći kupca za nekretninu opterećenu pravom doživotnog uživanja.

107 Našim Zakonom o obligacionim odnosima nisu regulirani svi obligacioni odnosi, pa tako je izolirana pravna regulativa ugovora o poklonu, iz tih razloga se na ove ugovore primjenjuju pravna pravila Opšteg Austrijskog građanskog zakonika (OGZ ili AGZ); član 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa („Službeni list FNRJ“, br. 86/1946 i 105/1947).

108 E. Zečević (2000) *Pravila građanskog i porodičnog prava sa sudskom praksom*, Sarajevo: Samostalni sindikat službenika organa uprave i sudske vlasti u FBiH, 209.

109 N. Traljić, S. Bubić (2007) *Porodično pravo*, Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 185.

nepoznat, lišen poslovne sposobnosti, ili mu je odlukom suda oduzeto roditeljsko staranje). S obzirom da su oba roditelja ravnopravna u pogledu prava na roditeljsku brigu i staranje, sloboda jednog roditelja da odlučuje je ograničena slobodom drugog roditelja. Ukoliko nema sporazuma u pogledu načina upravljanja djetetovom vrijednijom imovinom, tj. u slučaju spora između roditelja o pojedinim pitanjima bitnim za dijete, roditelji mogu pokrenuti vanparnični postupak (čl. 141(III) PZ FBiH). Imovinska prava djeteta su osigurana i na način da organ starateljstva može u svako doba zahtijevati od roditelja polaganje računa o upravljanju imovinom djeteta i o prihodima koji se ostvaruju za potrebe djeteta (čl. 155(1) PZ FBiH). U slučaju da organ starateljstva utvrdi neke nepravilnosti, taj organ može roditelje staviti u položaj staratelja (čl. 155(2) PZ FBiH), što znači da bi isti bili pod nadzorom organa starateljstva.

10. Korištenje prihoda iz imovine djeteta

Prihode iz imovine djeteta roditelji mogu koristiti samo za njegovo izdržavanje, liječenje, vaspitanje, obrazovanje ili ukoliko to zahtijeva drugi važan interes djeteta (čl. 265(1) PZ FBiH). Samo u slučaju kada su roditelji nesposobni za rad, ti prihodi se mogu koristiti i za izdržavanje drugih članova porodice. Zakonodavac je, dakle, u pogledu korištenja prihoda iz imovine djeteta, potpuno određen i kao osnovno pravilo zadržava obavezu čuvanja djetetove imovine, s tim da roditeljima daje mogućnost da pod zakonom određenim uslovima odstupe od navedenog pravila. Roditelj koji je nesposoban za rad i koji se ne može zaposliti, te nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz svoje imovine, može koristiti prihode iz imovine djeteta. Ti prihodi se mogu koristiti i za izdržavanje samog djeteta.¹¹⁰

11. Raspolaganje imovinom djeteta

Pod raspolaganjem imovinom djeteta podrazumijevamo njen prenos ili opterećenje. Zavisno od vrijednosti imovine postoje određena ograničenja. Kada je upitanju vrijednija imovina djeteta zakonodavac ograničava prava roditelja na način da isti samo uz odobrenje nadležnog organa starateljstva navedenom imovinom mogu raspolagati i to pod uslovom da to zahtijeva neki važan interes djeteta (izdržavanje, liječenje, odgoj, obrazovanje i sl). Razlog za ovakvo rješenje predstavlja činjenica da u slučajevima raspolaganja vrijednijom imovinom, maloljetna osoba može potpuno ostati bez imovine tako da njegova egzistencija može biti upitna. Odobrenje organa starateljstva nije potrebno kada se radi o manje vrijednoj imovini. Probleme predstavlja granica, odnosno kada možemo govoriti o vrijednijoj imovini, jer ne postoji jasna definicija „vrijednije imovine.“ Stoga ostaje da se u svakom

110 Prema mišljenju Ministarstva socijalne politike i mladih o imovinskim odnosima roditelja i djece u smislu tumačenja odredaba Obiteljskog zakona od 2. novembra 2012., za raspolaganje prihodima od imovine djeteta (novac od najamnine i zakupa, kamata i dividenda, prinos od udjela u investicijskim fondovima i sl.) ili raspolaganje redovitim prihodima djeteta (obiteljska mirovina, stipendije, pomoći za školovanje i sl.) nije potrebno odobrenje centra za socijalnu skrb.

pojedinačnom slučaju utvrdi da li je riječ o vrijednijoj imovini za čije opterećenje ili otuđenje trebamo odobrenje nadležnog organa starateljstva. U Republici Hrvatskoj, vrijednijom imovinom djeteta smatra se imovina vrijednosti iznad 10 000 kn (cca. 3.000 KM).¹¹¹ Nesporno je, međutim, da odobrenje centra za socijalni rad trebamo imati u svim slučajevima otuđenja i opterećenja nekretnina, kao i pokretnih stvari upisanih u javni registar, upravo iz razloga što se tada nesporno radi o imovini veće vrijednosti.¹¹²

Dakle, glavicu imovine djeteta roditelji mogu da koriste samo za izdržavanje djeteta ili za neki drugi važan interes djeteta, dok prihodi od imovine djeteta mogu da se koriste i za izdržavanje roditelja ili nekog drugog člana porodice.¹¹³

Pored odobrenja nadležnog organa starateljstva, otuđenje ili opterećenje vrijednije imovine djeteta zahtijeva i notarsku obradu, u Republici Srpskoj¹¹⁴, dok su odredbe Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine, koje su propisivale obavezu notarske obrade za pravne poslove maloljetnih i poslovno nesposobnih lica proglašene neustavnim.¹¹⁵ Propisivanjem posebne forme, notarske obrade, zakonodavac je nastojao zaštititi interese maloljetnih i poslovno nesposobnih lica,¹¹⁶ mada su njihova prava već zaštićena obavezom roditelja da postupaju u najboljem interesu djeteta, kao i uključivanjem centra za socijalni rad. Materijalno pravno gledano, u Republici Srpskoj nedostatak notarske obrade navedenih pravnih poslova ima za posljedicu ništavost ugovora, što u Federaciji Bosne i Hercegovine više ne bi bio slučaj.

Međutim, isto kao i u Republici Srpskoj tako i u Federaciji Bosne i Hercegovine, notari i dalje obavljaju taj posao, posebno kada je predmet imovine nekretnina. Stoga je bitno pravilno razumjeti ulogu notara i značaj notarskih isprava. Naime, notarska isprava u pravilu treba da predstavlja jasan i trajan dokument na osnovu kojeg na jednostavan način može doći do izvršenja, a sam postupak sačinjavanja iste treba biti pravičan i pravno siguran. Pored državnih organa i notari imaju obavezu da vode

111 https://www.czss-ck.hr/?Djelatnosti__Obiteljsko_pravna_za%C5%A1tita_Raspologanje_imovinom_djeteta (od 23. 7. 2019).

112 D. Radić, *Zaštita imovinskih prava i interesa djeteta*, 3, <http://eprints.ibu.edu.ba/2990/2/005%20Darko%20Radi%C4%87%20-%20ZRM.pdf> (od 21. 1. 2019).

113 D. Medić, H. Tajić (2013) *Porodično pravo u praksi*, Sarajevo: Privredna štampa, 441; Vrhovni sud Srbije, Rev-5303/99 od 25. marta 2000.

114 Čl. 68. Zakona o notarima RS („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005 - ispr., 91/2006, 37/2007, 74/2007).

115 Presuda Ustavnoga suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: U-15/10 od 02. decembra 2015 („Službene novine Federacije BiH“, broj: 30/16) kojom je utvrđeno da čl. 6(1), u dijelu koji glasi: „kao i lica koje ispunjava pretpostavke iz stava 2. ovoga člana“ i st. 2. istoga člana, te čl. 27. i 73. Zakona o notarima („Službene novine Federacije BiH“, broj: 45/02), nisu u skladu s Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine“. Međutim, nakon donošenja presude Ustavnoga suda nije došlo do promjena niti u praktičnom niti u zakonodavnom smislu, dakle nije bilo nikakvih aktivnosti u pogledu izvršenja citirane presude, tako da je Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine morao ponovo odučivati o ustavnosti odredaba posebnih zakona koji su propisivali notarsku obradu, a čiji je zakonski osnov za donošenje bio čl. 73. Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine. Presudom Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: U-22/16 od 06. marta 2019. potvrđena je citirana presuda.

116 E. Bikić, S. Suljević, M. Pvlakić, M. Plavšić (2013) *Notarsko pravo*, Sarajevo: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), 436.

računa o najboljem interesu djeteta,¹¹⁷ o ispunjenju svih zakonskih pretpostavki, a pored toga notari moraju prikupiti i sve potrebne dokumente. U ovom kontekstu bitno je napomenuti da su pravni poslovi koje maloljetnik sklopi bez saglasnosti roditelja ili organa starateljstva relativno ništavi, što znači da je za njihovu punovažnost neophodna naknadna saglasnost. Ukoliko je sklapanje pravnog posla u najboljem interesu djeteta, onda notar također treba da djeluje u pravcu pravovremenog dobijanja potrebnih saglasnosti ili na način da se osigura prethodno odobrenje za takav pravni posao. Također je bitno naglasiti da i teretni pravni poslovi mogu biti u interesu djeteta, zavisno od slučaja do slučaja.¹¹⁸ Naravno, notari također moraju voditi računa i o suprotnoj strani i istu upoznati sa svim posljedicama sklapanja pravnog posla s maloljetnim licem bez eventualne saglasnosti roditelja ili organa starateljstva.

* * *

Pravo na izdržavanje spada u najvažnija prava djeteta jer se na taj način osigurava njegova egzistencija. To pravo je zagarantovano i Evropskom konvencijom na način da je osigurano pravo djeteta na odgovarajući životni standard.¹¹⁹ Prema PZ FBiH, radi se prvenstveno o obavezi koju imaju roditelji, a ako oni nisu u mogućnosti da izdržavaju dijete, onda ta obaveza prelazi na druge osobe (maćeha, očuh, djed, nana, i dr). Možemo konstatovati da obaveza izdržavanja djeteta predstavlja najvažniji slučaj rodbinskog izdržavanja. Roditelji su dužni izdržavati maloljetno dijete bez obzira da li dijete ima sopstvenu imovinu ili ne, i, pri tome, moraju iskoristiti sve svoje mogućnosti i sposobnosti.¹²⁰ Ukoliko roditelji maloljetnog djeteta žive odvojeno, onda u pravilu roditelj s kojim dijete živi svoju obavezu izvršava na način da dijete njeguje i odgaja i sl., a drugi roditelj ima obavezu novčanog doprinosa. Zakonodavac pri tome ne vodi računa o ličnim potrebama roditelja i o njegovim mogućnostima, već se polazi od toga da roditelj mora da doprinosi izdržavanju djeteta (čl. 215. PZ FBiH). Samo u slučaju izdržavanja djeteta koje se nalazi na redovnom školovanju nakon punoljetstva, zakonodavac propisuje obavezu u skladu s mogućnostima roditelja i ograničava izdržavanje do 26. godine djetetovog života, vodeći računa o poziciji roditelja, tj. njihovim finansijskim mogućnostima¹²¹ Problem predstavlja i različita praksa sudova u pogledu određivanja visine doprinosa za izdržavanje djeteta. Sud je u obavezi da u skladu sa finansijskim mogućnostima roditelja koji se obavezuje na plaćanje alimentacije i s potrebama djeteta utvrdi visinu izdržavanja, ali, nažalost, nemamo smjernice kojim bi se osigurala ravnopravnost i isključila diskriminacija djece. Naravno, postoji mogućnost i sporazumnog odlučivanja o visini izdržavanja djeteta pred organom starateljstva, pri čemu bi upravo taj organ morao da vodi

117 Đ. Mutapčić (2013) Imovinski aspekti najboljeg interesa djeteta u zakonodavstvu i praksi, u Zborniku radova, Drugi međunarodni naučni skup „Najbolji interes djeteta u zakonodavstvu i praksi“, Mostar, 29. i 30. 11. 2013., 220.

118 *Ibid*, 218.

119 Više o tome: B. Krešić (2013) Određivanje visine izdržavanja u praksi Centra za socijalni rad Tuzla, Zbornik radova, Drugi međunarodni naučni skup „Najbolji interes djeteta u zakonodavstvu i praksi“, Dani porodičnog prava, Mostar, 29. i 30. 11. 2013., 130.

120 O mogućnostima korištenja imovine djeteta smo prethodno govorili.

121 S. Panov (2018) *Porodično pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 318.

računa o objektivnosti istog. I u jednom i u drugom slučaju možemo konstatovati da ne postoji objektivizacija kriterijuma za određivanje visine izdržavanja djeteta, te da i u slučaju postojanja istovjetnih kriterija, utvrđena visina izdržavanja može biti potpuno drugačija. Navedeni problem ne rješava ni Federalno ministarstvo rada i socijalne politike koje jednom godišnje, najkasnije do 1. marta tekuće godine, utvrđuje podatke o prosječnim potrebama osobe koja zahtijeva izdržavanje, imajući u vidu troškove života, koji se opet ravnaju prema prosječnoj plati. Dakle, neophodno je da se pristupi objektiviziranju kriterija za određivanje visine izdržavanja djeteta, po uzoru na Njemačku (*Düsseldorfer Tabelle*¹²²) ili sada Republiku Hrvatsku.¹²³

Poseban problem u vezi s izdržavanjem djeteta predstavlja i česta nemogućnost izvršenja utvrđene obaveze, pa se u vezi s tim u teoriji često govori o potrebi osnivanja Fonda za privremeno izdržavanje djeteta u Federaciji Bosne i Hercegovine.¹²⁴ U Republici Hrvatskoj, država preuzima obavezu izdržavanja djeteta u slučaju kada roditelj koji je na to obavezan, izbjegava to izvršiti i ako se učini vjerovatnim da baka i djed po tom roditelju ne doprinose djetetovom izdržavanju u određenoj visini. Riječ je o privremenom izdržavanju¹²⁵ koje iznosi 50% zakonskog minimuma izdržavanja.¹²⁶ Isplatom iznosa utvrđenog za privremeno izdržavanje, Republika Hrvatska postaje povjerilac, tj. na nju prelaze tražbine izdržavanja sa svim sporednim pravima. Iz navedenih razloga, Republika Hrvatska podnosi regresni zahtjev protiv dužnika.

12. Zaključak

„Oznaka suvremenoga stanja prava i sloboda u svijetu jeste lakoća njihovoga deklaracijskoga prihvatanja od pojedinih država [...]. [No] ocjene o stanju prava i sloboda, globalno gledano, radikalno se mijenjaju kada se prijeđe na pitanje njihove efektivne zaštite. [...]“¹²⁷ Stoga se može donijeti zaključak da postoji veći ili manji raskorak ili nesklad „između ljudskih prava koja su proklamirana i ljudskih prava koja se zaista primjenjuju. Drugim riječima, problemi prava i sloboda danas su, ustvari, svedeni samo na njihovu primjenu“¹²⁸. Dakle, srž slabosti je u međunarodnome

122 *Düsseldorfer Tablle* (Dizeldorfaska tabela) nema zakonsku snagu, već predstavlja smjernicu (*Richtlinie*).

123 Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku donosi Odluke o minimalnim mjesečnim iznosima potrebnim za mjesečno izdržavanje djeteta. Visina doprinosa za izdržavanje pri tome zavisi od starosti djeteta i visine ličnih primanja dužnika.

124 Više o tome: B. Krešić (2013) *op. cit.*, 139.

125 Pravo na privremeno uzdržavanje, pod uvjetima propisanim Zakonom o privremenom uzdržavanju (Narodne novine, br. 92/14), ima dijete hrvatski državljanin koje ima prebivalište u Republici Hrvatskoj.

126 https://e-justice.europa.eu/content_maintenance_claims-47-hr-hr.do?member=1#toc_14 (od 26. 7. 2019).

127 Ć. Sadiković (1998) *Ljudska prava bez zaštite. Rat protiv BiH i ljudska prava*, Sarajevo: Bosanska knjiga, Pravni centar Fonda otvoreno društvo Bosna i Hercegovina, 7.

128 *Ibid.*, 7-8.

nadzoru ili kontroli nad provedbom međunarodnih ugovora o ljudskim pravima.¹²⁹

Ove se misli vrlo lako mogu primijeniti i na cjelokupni međunarodnopravni instrumentarij iz oblasti zaštite prava djeteta, budući da je cijeli taj međunarodnopravni sistem postavljen bez nekih velikih sankcioniranja onih država stranaka koje su međunarodno odgovorne za kršenja svojih međunarodnih obaveza u ovome području zaštite. Štoviše, iako se na prvi pogled čini da je Treći fakultativni protokol uvelike odmakao i načinio zaokret ili prekretnicu u daljnjoj međunarodnoj institucionalnoj zaštiti prava djeteta, odluke sa snagom preporuke i odsustvo pravne obaveznosti za države stranke predstavlja i dalje izraz jednoga pukoga kompromisa između država suvremenoga doba. Primjena Trećega fakultativnoga protokola uz Konvenciju o pravima djeteta o postupku povodom pritužbi sigurno će pokazati i prednosti, ali i slabosti, sada već, zaokruženoga sistema međunarodne zaštite djeteta.

Načelo najboljeg interesa djeteta podrazumijeva da se pri donošenju svih odluka koje utiču na dijete mora voditi računa o njegovom interesu, tj. o dobrobiti djeteta. To se odnosi kako na odluke koje donose sudska ili upravna tijela, tako i na akte zakonodavne vlasti. U cilju zaštite najboljeg interesa djeteta, određeni postupci podrazumijevaju multidisciplinarni pristup i zajednički rad različitih organa (centri za socijalni rad, organi krivičnog gonjenja, sudstvo i dr). Pravo na imovinu pri tome predstavlja jedno od osnovnih ljudskih prava, pa samim tim i pravo djeteta, zaštićeno čl. 1. Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i Ustavom Bosne i Hercegovine (čl. II/3.k) koji osigurava i pravo na imovinu. Iz tih razloga, u porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovini, zaštiti tog prava je posvećena posebna pažnja, i to propisivanjem posebne obaveze roditelja u pogledu zaštite djetetove imovine i obaveze nadzora posebnih organa. Međutim, bez obzira na postojeće mehanizme zaštite imovine, određene intervencije, kako u zakonodavnom tako i u društvenom smislu, mogle bi pozitivno uticati na kvalitet djetetovog života.

129 U pravnoj doktrini se navode različite slabosti. Tako je svaka ozbiljnija intervencija međunarodnih tijela u pogledu zaštite ljudskih prava ograničena suverenitetom država. Ona se odvija na način i u skladu s pristankom, kako smo vidjeli ranije u radu, države stranke. Stoga je put zaštite moguć jedino na posredan način, i to posredstvom političkoga pritiska na odnosnu državu koji se može pronaći u ocjeni podnesenih izvještaja ili traženju dodatnih odgovora i informacija. Sljedeća slabost uočava se u vjerodostojnosti izvještaja, budući da države uglavnom žele predstaviti stvari onakvim kakvim bi one željele da budu. Otuda je nužno kombinirati podatke dobivenih iz izvještaja s onima iz rada međunarodnih međuvladinih i nevladinih organizacija. Iskustvo pokazuje da se obaveza slanja izvještaja ne poštuje niti se ona izvršava na vrijeme. S druge strane, sam rad međunarodnih tijela opterećen je vanjskim političkim utjecajima država čiji predstavnici ulaze u njihov sastav, ali i odsustvom financiranja rada međunarodnih tijela. (Nav. prema: J. Bakšić-Muftić (2002) *op. cit.*, 277).

Prof. Dr. Larisa Velić
Ass. Prof. Dr. Enis Omerović
Faculty of Law, University of Zenica

**UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD AND ITS
PROTOCOLS WITH SPECIAL REFERENCE TO THE PROTECTION OF
THE PROPERTY RIGHTS AND INTERESTS OF THE CHILD: MOVING
TOWARDS A MORE COMPLETE AND EFFECTIVE PROTECTION OF
THE CHILD OR MOVING TOWARDS INCOMPLETE AND INEFFICIENT
OBLIGATIONS OF THE PARTIES?**

The history of international child protection is characterized by specific international documents, from the Geneva Declaration on the Rights of the Child of 1924, the first Declaration on the Rights of the Child of 1948, the second Declaration on the Rights of the Child from 1959, through the *travaux préparatoires* of the Convention on the Rights of the Child, adopted in 1989. The rights of the child, on the one hand, and the obligations of the parties to the international treaties, on the other, are supplemented by optional protocols to the Convention: First: on the involvement of children in armed conflicts from 2000 (the Child Soldier Treaty), Second: on the sale of children, child prostitution and child pornography from the same year, but also the Third: on a communications procedure from 2011. Bosnia and Herzegovina assumed its obligations under the Convention through the notification of succession in 1993, from the first two Optional Protocols in 2002 and 2003 respectively, while the Third Optional Protocol was signed in 2017 and ratified in 2018. The first part of this paper focuses, *inter alia*, on the latter Protocol to the Convention, which introduces certain innovations in terms of an international mechanism for the supervision and control of the fulfillment of obligations by the Contracting Parties, which, as a consequence, should mean a stronger adherence to the rights of the child.

The United Nations Convention on the Rights of the Child has taken a turn as regards the position of the child in society, his rights and interests, and assured the child the protection of his personal and property rights. In the second part, we discuss precisely the property rights and interests of the child and the mechanisms for their protection. Property rights are protected not only by laws, but also by the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950.

Keywords: UN Convention on the Rights of the Child, Optional Protocols to the Convention, Third Optional Protocol on a Communications Procedure, Protection of the Rights and Interests of the Child, Property Rights of the Child

Dr. sc. Boris Krešić, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Mr. sc. Agnesa Jaganjac,
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

UTVRĐIVANJE BRAČNOG I VANBRAČNOG OČINSTVA/ MATERINSTVA I PRAVO DJETETA DA ZNA SVOJE PORIJEKLO

U Bosni i Hercegovini bračno i vanbračno očinstvo se može utvrditi sudskim i vansudskim putem. Vansudski put podrazumijeva primjenu pravne pretpostavke kod bračnog očinstva i priznanje u slučajevima kada se radi o vanbračnom očinstvu. Sudskim putem može utvrđivati vanbračno očinstvo onda kada otac ne želi priznati dijete ili kada se radi o osporavanju bračnog očinstva utvrđenog primjenom pravne pretpostavke ili priznanjem. Postupak za utvrđivanje očinstva pred sudom mogu pokrenuti samo aktivno legitimisana lica, koja su taksativno navedena u zakonu. Neka od ovih lica su ograničena zakonskim rokovima na podnošenje tužbe.

Pravo djeteta da zna roditelje i uživa njihovu zaštitu zagarantovano je Konvencijom o pravima djeteta, tačnije u članu 7 Konvencije. Evropski sud za ljudska prava, je zauzeo stav da je pravo na saznanje porijekla u direktnoj vezi sa članom 8 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim je zagarantovano pravo na privatni i porodični život. Bosna i Hercegovina je, kao potpisnica mnogih konvencija, između ostalih i Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i Konvencije o pravima djeteta, obavezna iste direktno primjenjivati zajedno sa svim njihovim protokolima.

U radu se postavlja pitanje da li se propisivanjem rokova za podnošenje tužbe za utvrđivanje očinstva krši pravo na saznanje porijekla djeteta, kao i da li onemogućavanje primjene pravne pretpostavke na vanbračno očinstvo dovodi do diskriminacije vanbračnog djeteta. U radu će se analizirati usklađenost porodičnih zakona u BiH u pogledu odredaba koje se odnose na utvrđivanje bračnog i vanbračnog očinstva, te usklađenost istih sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i Konvencijom o pravima djeteta.

Ključne riječi: bračno očinstvo, vanbračno očinstvo, porijeklo djeteta, priznanje očinstva.

Uvod

Najznačajniji međunarodni dokument kojim se uređuju prava djeteta je Konvencija o pravima djeteta¹ (u daljem tekstu: Konvencija). Bosna i Hercegovina

¹ Konvencija o pravima djeteta preuzeta sa web stranice: <https://www.unicef.org/bih/media/676/file/Konvencija%20o%20pravima%20djeteta.pdf>, dana 05.06. 2019. godine. Ista je usvojena na Generalnoj

(u daljem tekstu BiH) je Konvenciju preuzela notifikacijom o sukcesiji 23.11.1993. godine, što je prema međunarodnom pravu stvorilo obavezu da se Konvencija implementira u domaće zakonodavstvo. To znači da BiH ima obavezu da uskladi svoje zakonodavstvo i preduzme sve neophodne korake da osigura efikasnu implementaciju ugovornih odredbi iz Konvencije.

Nadležnost za donošenje propisa iz porodično-pravne oblasti u BiH je na nivou entiteta i Brčko distrikta BiH. U tom smislu u BiH oblast utvrđivanja očinstva uređuju tri porodična zakona, i to: Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine² (u daljem tekstu: PZ FBiH), Porodični zakon Republike Srpske³ (u daljem tekstu: PZ RS) i Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine⁴ (u daljem tekstu: PZ BD BiH). Prilikom donošenja navedenih porodičnih zakona u BiH uglavnom su ispoštovana načela Konvencije. Prava djeteta su stavljena u prvi plan u svakom predmetu u kome se djeca pojavljuju kao subjekti, uz poštovanje standarda najboljeg interesa djeteta.⁵ Pored same Konvencije, prilikom donošenja porodičnih zakona u obzir su uzeti i akti koje je donijela Evropska unija i Vijeće Evrope, te dotadašnja praksa Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP).⁶ Postojanje tri porodična zakona u BiH dovelo je do različitih uređenja pojedinih instituta, a što se odnosi i na institut utvrđivanja očinstva. PZ FBiH i PZ BD BiH ustanovu utvrđivanja očinstva uredili su u skladu s tadašnjim važećim propisima uporednog i evropskog prava, dok je PZ RS, za razliku od druga dva zakona, tek neznatno izmijenjen u odnosu na ranija rješenja.⁷

Za predmet analize ovoga rada uzet je član 7 Konvencije u kojem je propisano da djetetu, kao posebnom subjektu međunarodnog prava, pripada pravo da zna svoje porijeklo, odnosno da zna ko su njegovi roditelji i da se isti brinu o njemu. Članom 7 Konvencije garantuje se pravo djeteta na saznanje svog porijekla.⁸ Prema stavu 1. navedenog člana dijete treba da bude registrovano odmah po rođenju te ima pravo da zna ko su mu roditelji „ukoliko je to moguće“. Prema tome, odredbama Konvencije preferira se pravni roditeljski odnos koji je djelomično apstrahirao pravo djeteta na saznanje vlastitoga porijekla. Pravo na saznanje porijekla nije apsolutno. U ostvarivanju ovoga prava mora se poštivati i interes drugih lica. Naime, ovo

skupštini Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989. godine.

2 Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine „Službene novine Federacije“ br. 35/05, 41/05 i 31/14.

3 Porodični zakon Republike Srpske „Službeni glasnik RS“ br. 54/02, 41/08 i 63/14.

4 Porodični zakon Brčko Distrikta BiH „Službeni glasnik BD BiH“ br. 23/07.

5 Bubić, S., *Opšti trendovi u promovisanju najboljeg interesa djeteta – usvojenika*, Zbornik radova - Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog“, Mostar, 2012., str. 72. i 73.

6 Bubić, S., *Uticaj Evropskog prava na porodično pravo u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova – Razvoj porodičnog prava od nacionalnog do evropskog, Mostar, 2013., str. 27.

7 Ibid, str. 29.

8 Član 7 Konvencije glasi:

„1. Dijete će biti registrirano odmah nakon rođenja i imat će od rođenja pravo na ime, pravo na državljanstvo, i, koliko je to moguće, pravo da poznaje svoje roditelje i da se oni brinu za njega.

2. Države potpisnice će osigurati implementaciju tih prava u skladu sa svojim nacionalnim zakonima i svojim obavezama prema relevantnim međunarodnim instrumentima u ovoj oblasti, naročito tamo gdje bi dijete bilo bez državljanstva.“

djetetovo pravo ipak je ovisno o volji njegovih roditelja, jer se „službeni“ roditeljski odnos „pretpostavlja“ pravu djeteta - („...nakon rođenja ...mu se mora garantovati... koliko je to moguće, pravo da zna za svoje roditelje i da uživa dječja prava).⁹ U tom kontekstu potrebno je analizirati u kojoj mjeri pojedinačna prava jednog subjekta – oca, mogu uticati na prava drugog subjekta – djeteta. Odnosno u radu će se fokusirati na dužnosti i prava jednog roditelja u ovom slučaju oca na jednoj strani te prava djeteta da zna svoje roditelje na drugoj strani.

U radu ćemo dati odgovor na pitanje da li ograničenje rokovima za aktivno legitimisana lica u slučajevima utvrđivanja/osporavanja očinstva ili onemogućavanje muškarcu koji sebe smatra ocem da osporava bračno očinstvo može dovesti do povrede člana 8 Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (u daljem tekstu: EKLJP), i kakve bi to u konačnosti posljedice imalo? Odredbom člana 8 stav 1 EKLJP je propisano da “Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.”, što na određeni način predstavlja garant, kako djeci za ostvarenjem njihovog prava na saznanje istine o porijeklu, prava na porodični život i sticanje svih pripadajućih im prava po toj osnovi.¹⁰ Evropski sud za ljudska prava ima široku nadležnost nad dječjim pravima.

Pored razmatranja prava na poštovanje porodičnog života u slučajevima utvrđivanja bračnog očinstva u radu će se pokušati dati i odgovor da li moguće izjednačiti bračne i vanbračne partnere u pogledu primjene pravne pretpostavke prema kojoj je majčin muž odnosno njen izvanbračni partner otac djeteta.

1. Nastanak roditeljskog odnosa u Bosni i Hercegovini

Pravo na saznanje vlastitoga porijekla posmatra se kroz dva segmenta ljudskog života: kao specifično pravo djeteta kojem je svrha njegova zaštita u vrijeme odrastanja i razvoja, te kao prirodno pravo čovjeka (i nakon punoljetnosti) u sklopu prava na identitet i pripadnost određenoj srodničkoj i društvenoj skupini.¹¹ U svrhu ovoga rada nama je bitan prvi segment koji se odnosi na pravo djeteta u pogledu njegove zaštite u vrijeme odrastanja i razvoja. Utvrđivanje majčinstva i očinstva dovodi do uspostavljanja roditeljskog odnosa, što u pravilu vodi do ostvarenja principa najboljeg interesa djeteta. Hoće li se biološko i pravno roditeljstvo podudarati zavisi od volje osoba koje mogu učestvovati u postupcima utvrđivanja očinstva/materinstva i životnih okolnosti.

Roditeljski odnos nastaje prirodnim putem i pravnim putem. Prirodni put je rađanje djeteta, a pravni usvojenje. Roditeljski odnos zasniva se u braku ili van braka, zavisno od činjenice da li su roditelji djeteta u vrijeme začeća ili rođenja djeteta bili u braku ili ne. Koncept nuklearne porodice, u kojoj se porodica sastoji od oca (muža), njegove supruge i njihove djece, vuče svoje porijeklo od stare Grčke i

9 Galić, Ž., *Pravo na saznanje podrijetla i najbolji interes djeteta*, str. 117. Rad je preuzet sa web stranice: <https://core.ac.uk/download/pdf/153449529.pdf>, dana 25.05.2019. godine.

10 **Jakovac-Lozić D.**, *Prosudbe Evropskog suda za ljudska prava temeljene na dosezima suvremenih dokaznih sredstava u paternitetskim postupcima*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 61 No. 4, 2011.*, str 1134.

11 Galić, Ž., op. cit., str. 115..

rođeno u toku trajanja braka, a u slučaju rođenja djeteta po prestanku braka je važno i vrijeme rođenja djeteta. Dijete rođeno u vrijeme trajanja braka će se smatrati bračnim bez obzira da li je začeto prije ili poslije sklapanja braka. Djetetu koje je rođeno u braku očinstvo se ne utvrđuje priznanjem ili u postupku pred sudom, jer se primjenjuje pravilo „*pater est*“.¹⁷ Da bi se primijenilo pravilo „*pater est*“ neophodno je da je dijete rođeno u postojećem braku.¹⁸ Ukoliko se ustanovi da je brak bio nepostojeći, smatrat će se da je dijete rođeno van braka obzirom da takav brak ne proizvodi pravno dejstvo, dok u slučaju poništenja braka dijete neće izgubiti bračni status koji je ranije steklo.¹⁹

Dijete rođeno nakon prestanka braka će steći status bračnog djeteta samo ukoliko bude rođeno u periodu do 300 dana od prestanka postojećeg ili ništavog braka.²⁰

Pravilo „*pater est*“ se na specifičan način primjenjuje u slučajevima kada žena neposredno po prestanku braka zaključi novi brak i u njemu, prije isteka roka od 300 dana od dana prestanka prethodnog braka rodi dijete, kao ni u slučaju kada je žena odnosno majka djeteta u vrijeme rođenja djeteta imala sklopljena dva braka, jedan ništav i jedan punovažan. U prvom slučaju radi se o sukobu dvije pretpostavke, a to su pretpostavka o mužu majke iz ranijeg braka kao ocu djeteta (obzirom da je dijete rođeno unutar roka od 300 dana od prestanka tog braka) i pretpostavke o mužu majke iz kasnijeg braka kao ocu djeteta (pošto je dijete rođeno za vrijeme trajanja tog braka). U porodičnom zakonodavstvu u BiH nije na jedinstven način uređeno pitanje sukoba bračnog očinstva. U PZ FBiH propisano je da će se u datom slučaju ocem djeteta smatrati muž majke iz kasnijeg braka.²¹ Ovakvo rješenje odgovara stanju u praksi obzirom da do razvoda ranijeg i sklapanja kasnijeg braka najčešće dolazi iz razloga što dijete nije začeto sa mužem iz ranijeg braka, te iz toga proizilazi da je ovakvo rješenje povoljnije za dijete.²² Prema PZ RS 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.²³ Za razliku od rješenja u PZ FBiH i PZ RS u Republici Srbiji primjenjuje se kriterij bračnog statusa u trenutku rođenja djeteta.²⁴ U PZ BD BiH ovo pitanje zakonodavac nije uređio pa ostaje upitno kojoj pravnoj pretpostavci će se u praksi dati prednost. Hrvatski zakonodavac ostavio je mogućnost priznanja djeteta od strane muškarca koji se smatra ocem djeteta rođenog za vrijeme trajanja braka ili u razdoblju do 300 dana od prestanka braka razvodom ili

17 Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 30.

18 Bitno je napomenuti da se i djeca iz ništavog braka smatraju bračnom, i to zbog toga što ništav brak proizvodi sve pravne posljedice punovažnog braka do momenta pravosnažnosti presude o poništenju braka. I. Panov S., str. 166.

19 Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 31.

20 Član 54 stav 1 PZ FBiH, Član 50 stav 1 PZ BDBiH, Član 109 stav 2 PZ RS.

21 Član 54 stav 2 PZ FBiH,

22 Bubić, S., Traljić, N., str. 36.

23 Član 109 stav 4 PZ RS.

24 Porodični zakon Republike Srbije, "Službeni glasnik RS", br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015., Član 45 stav 3: „Ocem deteta koje je rođeno u novom braku smatra se muž majke deteta iz tog braka“.

poništenjem uz pristanak majke i majčina muža.²⁵ Na ovaj način hrvatski zakonodavac daje mogućnost da se pravilo „*pater est*“ pobije pristankom majke i majčina muža na priznanje biološkog oca. Talijanski zakonodavac normira mogućnost da majka, koja je u braku, u trenutku upisa djeteta u matičnu knjigu rođenih može izjaviti da njeno dijete nije bračno, pri čemu se automatski isključuje pretpostavka bračnog očinstva, i muž majke ne može biti upisan kao otac djeteta.²⁶ Možemo reći da se na ovaj način daje prednost biološkoj činjenici u odnosu na pravnu pretpostavku.

Drugi slučaj u kojem se ne može primijeniti pravilo „*pater est*“ jeste onaj u kome je majka u vrijeme rođenja djeteta bila u dva braka, pri čemu je jedan od pomenuta dva braka ništav zbog postojanja bračne smetnje bračnost a drugi je punovažan. Porodični zakoni u BiH ne normiraju koje lice će se u ovom slučaju smatrati ocem djeteta, te s toga ostaje mogućnost različitog rješavanja u praksi. S jedne strane, činjenica da majka djeteta živi u zajednici sa drugim mužem te da se on najčešće upisuje u matičnu knjigu rođenih kao otac djeteta ide u korist stavu da je upravo on biološki otac djeteta. Kada govorimo o pomenutim slučajevima, potrebno je navesti da je „mogući argument za stajalište da je djetetov otac majčin muž iz ranijeg braka doslovna primjena presumpcije o bračnom očinstvu; a argumenti za stajalište da je djetetov otac muž iz kasnijeg braka očituju se u savremenim 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).“²⁷

Pravilo „*pater est*“ primjenjuje se i u onim slučajevima kada je roditeljstvo muža, u odnosu na okolnosti slučaja, nemoguće ili nevjerovatno. Muž majke djeteta će se i dalje smatrati ocem djeteta, pri čemu se pomenuta nemogućnost može ogledati u fizičkoj razdvojenosti bračnih partnera ili njihovom narušenom odnosu iz kojeg proizlazi da muž majke ne bi mogao biti biološki otac djeteta. Očinstvo koje je upisano na osnovu pravila „*pater est*“ je neovisno od genetskog faktora, te se pitanje očinstva postavlja tek ukoliko se bračno očinstvo utvrđuje i osporava. Da li je opravdana primjena pravila „*pater est*“ i u onim slučajevima kada to očigledno ne odgovara biološkoj stvarnosti? Treba li omogućiti muškarcu koji se smatra ocem djeteta kao i ocu djeteta (upisanog na osnovu pravne pretpostavke) da može uvijek, bez bilo kakvih ograničenja u pogledu rokova, osporavati pravilo „*pater est*“, odnosno osporavati bračno očinstvo?

Pred Apelacionim sudom u Novom Sadu,²⁸ tužitelj je kao otac djeteta bio upisan primjenom pravila „*pater est*“ s obzirom da je u trenutku rođenja djeteta bio u braku sa majkom A.B., koja je u međuvremenu zasnovala životnu zajednicu sa drugim muškarcem, i u toku trajanja iste postala majka. U trenutku rođenja djeteta

25 Obiteljski zakon Narodne novine br. 103/15 na snazi od 01.11.2015., Član 61 stav 3.

26 Giovanna Cubeddu Wiedemanncherpe M., *The changing concept of 'family' and challenges for family law in Italy*, European Family Law, Volume II, Edward Elgar Publishing Limited, 2016., op. cit., str. 174.

27 Galić, Ž., *Srodstvo u obiteljskim odnosima u kontekstu aktualnosti de lege ferenda*, Zbornik radova, Naučni skup, Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do Evropskog, 2012., str. 106.

28 Presuda Apelacionog suda Novi Sad Gž2.138/16 od 01.03.2016. godine, preuzeto s <https://www.n.s.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/1076-gz2-138-16>.

brak između tužioca i tužene A.B. još nije bio razveden, a u matičnu knjigu rođenih je kao otac djeteta upisan tužilac, za šta je isti saznao krajem 2006. godine kada mu je tužena A.B. pokazala izvod iz matične knjige rođenih. Dakle, bez obzira na postojanje životne zajednice koju je majka djeteta zasnovala s drugim muškarcem, tužitelj je u matičnu knjigu rođenih upisan kao otac djeteta po pravnoj pretpostavci bračnog očinstva iz člana 45 stav 1 Porodičnog zakona Republike Srbije.²⁹ Tužitelj je tražio da se u postupku utvrdi da on nije otac maloljetne djevojčice, pozivajući se na odredbe članova 56 stav 1 i 2,³⁰ i 252 stav 3 Porodičnog zakona Srbije u kojem se normira da „Muž majke može podneti tužbu radi osporavanja svog očinstva u roku od godinu dana od dana saznanja da on nije otac deteta, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta“, zbog čega je Apelacioni sud u Novom Sadu odbio tužbeni zahtjev zbog prekoračenja zakonom propisanog roka. Sud je konstatovao: „pravilan je zaključak prvostepenog suda da tužilac zbog proteka prekluzivnog roka ne uživa sudsku zaštitu, pri čemu nije bilo mesta intervenciji ovog suda iako je doneta meritorna odluka o tužbenom zahtevu, pošto tužilac u drugom postupku ne može ishodovati povoljniju odluku. Po odredbi člana 252 stav 1 Porodičnog zakona neoročeno pravo na tužbu radi osporavanja očinstva pripada samo detetu“. U navedenom slučaju vidimo da je sud dao prednost pravnoj pretpostavci a ne biološkoj stvarnosti. Sud je bez obzira na biološku stvarnost, a samo iz razloga proteka prekluzivnog roka, odlučio da djetetu uskrati pravo na saznanje porijekla.

Prema porodičnom zakonodavstvu u BiH muž majke djeteta može osporavati očinstvo djeteta rođenog u braku ili u periodu do 300 dana od prestanka braka, ako smatra da mu nije otac.³¹ Prema PZ FBiH i PZ BD BiH u pogledu subjektivnog roka ova tužba se može podnijeti u roku od jedne godine od dana saznanja za činjenicu koja dovodi u sumnju očinstvo, dok je u PZ RS subjektivni rok 6 mjeseci od dana saznanja za činjenicu na osnovu koje se može zaključiti da tužilac nije otac djeteta. U pogledu objektivnog roka rješenja su različita u sva tri porodična zakona. Prema PZ FBiH muž majke može osporavati svoje očinstvo do kraja svog života, odnosno zakonodavac nije odredio objektivni rok,³² u PZ BD BiH objektivni rok je do 18 godine života djeteta,³³ a u PZ RS objektivni rok je do 10 godine života djeteta.³⁴ Svako saznanje muža majke djeteta, koje dovodi u sumnju njegovo očinstvo, značajna je samo do isteka objektivnog roka, a svako saznanje nakon isteka objektivnog roka nema nikakav značaj. ESLJP je u zauzeo stav da je propisivanje roka od šest mjeseci, kao objektivnog roka, suviše restriktivno te da se na taj način ne uspostavlja

29 Porodični zakon Republike Srbije. Član 45 stav 1: „Ocem deteta koje je rođeno u braku smatra se muž majke deteta“.

30 Član 56 Porodičnog zakona Republike Srbije: „(1) Očinstvo muškarca koji je upisan u matičnu knjigu rođenih kao otac deteta - može biti osporeno. (2) Pravo na osporavanje očinstva imaju: dete, majka, muž majke i muškarac koji tvrdi da je otac deteta ako istom tužbom traži i utvrđivanje svog očinstva“.

31 Član 82 PZ FBiH, član 127 PZ RS, član 68 PZ BD BiH.

32 U tekstu stava 3 člana 82 Porodičnog zakona iz neobjašnjivih razloga je izostavljen objektivni rok za podnošenje tužbe. Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 74.

33 Član 68 stav 3 PZ BD BiH.

34 Član 128 PZ RS.

ravnoteža između sigurnosti porodičnog odnosa i interesa muža majke djeteta da ne bude otac djeteta.³⁵

U literaturi se navodi da određivanje objektivnog roka štiti najbolji interes djeteta, odnosno da se obezbjeđuje pravna sigurnost u smislu da se njegovo očinstvo više ne može osporavati,³⁶ kao i da je objektivni rok do 10 godine života djeteta kratak i da se isti treba produžiti do 18 godine života djeteta.³⁷ Smatramo da je ipak potrebno postaviti pitanje da li je pravedno određivanje objektivnog roka u slučaju osporavanja bračnog očinstva. U konkretnom slučaju samo dijete ima pravo da pokrene tužbu za osporavanje očinstva, te ukoliko je ono i svjesno činjenice da mu upisani muškarac nije biološki otac, on može, radi ostvarivanja prava na npr. nasljeđivanje, odlučiti da nikada ne pokrene postupak za osporavanje očinstva a sve u cilju ostvarivanja imovinske koristi. Za razliku od rješenja sadržanog u PZ Republike Srbije u porodičnom zakonodavstvu u BiH tužbu za osporavanje očinstva može pokrenuti dijete do svoje 25. godine života.³⁸

Odgovor na pitanje da li je ispravno dati prednost propisanim zakonskim odredbama, a ne biološkoj činjenici koja je na kraju krajeva najispravnija i u najboljem interesu djeteta, dao je ESLJP. Primjer osporavanja bračnog očinstva od strane muškarca koji se smatra ocem djeteta nalazimo u predmetu Kroon i ostali protiv Nizozemske.³⁹ Bračni partneri *Catharina Kroon* i *Omar M'Hallem-Driss* prekinuli su zajednicu života 1980. godine. Suprug je napustio Nizozemsku i njegovo prebivalište nije bilo poznato. U međuvremenu je majka zasnovala životnu zajednicu sa drugim muškarcem *Ali Zerroukom* i u njoj rodila dijete 1987. godine, te je, obzirom da je još uvijek pravno bila u braku, kao otac a na osnovu pravila „*pater est*“ upisan njen muž. Zbog primjene presumpcije je bilo onemogućeno da dijete uspostavi roditeljskopравни odnos sa svojim biološkim ocem. Dakle, kao otac djeteta je upisan muž majke bez obzira na činjenicu što majka nije živjela sa mužem i što je izgubila svaki kontakt sa njim pošto je utvrđeno da je on otišao iz Amsterdama 1986. godine te da se od tada ne zna gdje se nalazi. Prema nizozemskom pravu bračno očinstvo mogao je osporavati samo muž majke, koji to nije učinio, a nije mu se znalo niti prebivalište, dok biološki otac djeteta (majčin partner) nije imao pravnu mogućnost da prizna svoje očinstvo.⁴⁰ Zapravo, on nije ni mogao priznanjem zasnovati roditeljski odnos sve dok bračno očinstvo ne ospori muž majke. Sud je podsjetio da je u ovome predmetu utvrđeno da se odnos između podnositelja zahtjeva kvalificira kao “porodični život” te stoga postoji pozitivna obveza nadležnih organa da omoguće uspostavu roditeljskog odnosa između gospodina *Zerrouka* i njegovog

35 Predmet Mizzi protiv Malte (Application no. 26111/02), preuzeto sa web stranice dana 20.05.2019 godine: http://www.humanrightsmalta.org/uploads/1/2/3/3/12339284/2002_mizzi26111.pdf

36 Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 75.

37 Ponjavić Z., *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2005., str. 196.

38 Član 79 stav 2 PZ FBiH, član 131 stav 2 PZ RS, član 66 stav 2 PZ BD BiH.

39 Predmet Kroon i ostali protiv Nizozemske (*aplikacija 18535/91*), Preuzeto sa web stranice dana 15.06.2019. godine : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22695781%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57904%22%5D%7D>

40 Para-§ 35 Predmet Kroon i ostali protiv Nizozemske.

pravom na poštovanje porodičnog života (član 8. Konvencije). Sud nije prihvatio takvo obrazloženje i primijetio je da u ovom predmetu podnositelj zahtjeva i dijete nisu bili povezani bilo kakvim emocionalnim vezama, što je u potpunosti išlo u prilog činjenici da su domaći sudovi dali veću težinu interesima djeteta i porodice u kojoj je živio, nego li interesu podnosioca zahtjeva za utvrđivanje biološke činjenice.⁴⁶ Štaviše, Sud je istakao da uspostavljanje biološkog očinstva, kao takvo, ne bi stvorilo nikakva prava ili obaveze za one koji su u pitanju. Stoga, treba zaključiti da je ESLJP, priznajući važnost društvenog značaja bračnog očinstva, pojačao pravilo da biološki otac djeteta može osporiti očinstvo djeteta rođenog u braku samo kada postoje dovoljni razlozi i samo u slučajevima kada to ima uticaj na pravni odnos između njega i djeteta. Iz gore navedenih okolnosti proizilazi da pretpostavka zasnovana na pravilu „*pater est*“ osigurava pravnu sigurnost i sigurnost u porodičnim odnosima, a pretpostavka se može zanemariti samo u posebnim izuzetnim okolnostima vezanim za osiguranje interesa i dobrobiti djeteta.

1.2. Vanbračni status djeteta

Drugi metod utvrđivanja očinstva koji se koristi u pravnim sistemima je dobrovoljno priznavanje očinstva. Ukoliko dijete rodi žena koja nije u braku, koja je bila u braku, ali je dijete rođeno nakon proteka roka od 300 dana od dana prestanka braka, koja je bila u nepostojećem braku, ili ako je dijete rođeno u braku ali mu je bračnost naknadno osporena, onda ono ima status vanbračnog djeteta. Roditeljsko-pravni odnos između oca i djeteta koje ima vanbračni status⁴⁷ nastaje priznanjem ili sudskom odlukom. Priznanje je jednostrana izjava volje muškarca koji sebe smatra ocem djeteta a koja se daje u zakonom propisanoj formi uz ispunjenje ostalih zakonom propisanih uslova.⁴⁸ Dakle, muškarac koji sebe smatra ocem djeteta dobrovoljno izjavljuje da je otac djeteta, te se očinstvo ne dokazuje u sudskom postupku. Na ovaj način roditelj omogućava svom djetetu da ostvari svoje pravo na saznanje porijekla koje mu je osigurano članom 7 Konvencije. Postupak priznanja je jednostavan, ekonomičan i poželjan, ali i podložan i opasnostima lažnog priznanja.⁴⁹

Muškarcu koji sebe smatra ocem djeteta i koji želi uspostaviti roditeljsko-pravni odnos, daje se mogućnost da to učini ukoliko je majka djeteta s tim saglasna. Svako ograničenje ovog prava u praksi ESLJP nailazi na značajne kritike. U predmetu Krušković protiv Hrvatske,⁵⁰ podnosiocu zahtjeva, kojem je bila oduzeta poslovna sposobnost, uskraćeno je pravo da se upiše kao otac djeteta na osnovu priznanja. Prema činjeničnom stanju u predmetu 30. juna 2007. godine K.S. je rodila kćer K.,

46 Vidi presudu Nylund protiv Finske

47 Moguće je priznati samo dijete koje ima status vanbračnog djeteta, bilo da je rođenjem steklo taj status ili da mu je osporeno bračno očinstvo. Iz ovoga proizilazi da nije moguće priznati dijete koje je rođenjem steklo bračni status dok se isti uspješno ne ospori. Nakon uspješno osporenog bračnog očinstva, dijete gubi taj status i dobija status vanbračnog djeteta, i od tog trenutka postoji mogućnost da ga muškarac koji sebe smatra ocem djeteta prizna kao svoje. Vidi: Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 40.

48 Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 40.

49 I. Panov S., str. 178

50 Predmet Krušković protiv Hrvatske, preuzet sa web stranice dana 10.05.2019 godine: <http://saj.hr/wp-content/uploads/2012/03/Kruskovic-v-Croatia.pdf>

te je navela podnositelja zahtjeva kao djetetovog oca. Podnositelj zahtjeva je, uz suglasnost majke djeteta, dao izjavu u Matičnom uredu u Rijeci u kojoj je rekao da je on otac djeteta te je nakon toga kao takav upisan u izvodu iz matične knjige rođenih. Ured državne uprave je donio odluku, koju je pokrenuo Matični ured u Rijeci, kojom je naložio da se izmijeni izvod iz matične knjige rođenih na način da se poništi prethodna bilješka u kojoj se navodi da je podnositelj zahtjeva otac djeteta, s osnova da kao osoba lišena poslovne sposobnosti nije imao mogućnost priznanja očinstva, s pravnim učinkom, lica K. kao svoga djeteta. ESLJP u ovome predmetu primjećuje da podnositelj zahtjeva prema mjerodavnom domaćem pravu nema mogućnosti dati bilo kakvu izjavu o svom očinstvu K.-e. Kao osobi lišenoj poslovne sposobnosti nije mu dozvoljeno pokrenuti bilo kakav postupak za utvrđenje svog očinstva. U tom pogledu on u cijelosti ovisi o radnjama nadležnog centra za socijalnu skrb.⁵¹ Prema Obiteljskom zakonu R Hrvatske postupak za utvrđenje očinstva može pokrenuti centar za socijalnu skrb do osamnaestog rođendana djeteta.⁵² Međutim mjerodavne nacionalne vlasti nadležne za podnositelja zahtjeva nemaju na temelju nacionalnog prava uopće nikakvu pravnu obvezu pokrenuti taj postupak te stoga ne postoje rokovi u kojima bi nadležne vlasti trebale odgovoriti na tvrdnju podnositelja zahtjeva da je on biološki otac K.-e. ESLJP smatra da nije postignuta poštena ravnoteža između javnog interesa da se zaštite osobe lišene poslovne sposobnosti od toga da daju izjave na svoju štetu ili štetu drugih, i interesa podnositelja zahtjeva da pravno bude priznato njegovo očinstvo K.-e.⁵³ Sud je konstatovao da tužena država nije ispunila svoju pozitivnu obvezu da osigura pravo podnositelja zahtjeva na poštovanje njegovog privatnog i porodičnog života. Stoga Sud nalazi da je došlo do povrede člana 8 EKLJP.

Da bi došlo do priznanja očinstva neophodno je da se ispune uslovi na strani lica koje priznaje očinstvo, djeteta koje se priznaje, razlike u godinama, forme izjave i uslova na strani majke djeteta. U daljem izlaganju pažnju ćemo usmjeriti na uslove na strani lica koje priznaje očinstvo.

Priznanje očinstva od strane lica koje nema poslovnu sposobnost nije propisana u porodičnim zakonima u BiH. Tako materinstvo i očinstvo djeteta može priznati maloljetna osoba koja je navršila 16 godina i osoba kojoj je ograničena poslovna sposobnost, ako su sposobne shvatiti značenje izjave o priznanju.⁵⁴ Prema navedenoj odredbi nije moguće priznanje očinstva ukoliko lice nema poslovnu sposobnost što je u suprotnosti sa članom 8 EKLJP. Za razliku od pozitivnog zakonodavstva u BiH prema Obiteljskom zakonu RH očinstvo može priznati osoba neovisno o svojoj poslovnoj sposobnosti, maloljetna osoba koja je navršila šesnaest godina ako je sposobna shvatiti značenje i pravne posljedice priznanja i maloljetna osoba mlađa od šesnaest godina uz suglasnost njezinog zakonskog zastupnika.⁵⁵ Smatramo da bi i u porodičnim zakonima u BiH trebalo normirati da lice može priznati svoje očinstvo

51 Para-§ 33 Krušković protiv Hrvatske.

52 Član 387 Obiteljskog zakona RH.

53 Para-§ 42 Krušković protiv Hrvatske.

54 Član 57 PZ FBiH, Član 53 PZ BD BiH, član 114 PZ RS.

55 Član 63 Obiteljskog zakona RH.

iako mu je oduzeta poslovna sposobnost. Pored činjenice da bi se na ovaj način zaštitio najbolji interes djeteta u pogledu saznanja porijekla, smatramo da ovakvo rješenje ima svoje uporište i u članu 7 Konvencije, a odnosi se na mogućnost da dijete sazna svoje porijeklo.

Izričita odredba o ravnopravnosti djece rođene u braku i van braka nije unesena u porodične zakone u BiH, ali i jedna i druga imaju jednaka prava i dužnosti. Ipak u praksi ravnopravnost nije osigurana od trenutka rođenja, obzirom da bračna i vanbračna djeca ne zasnivaju roditeljsko-pravni odnos istovremeno. Iz ovoga proizlazi da je vanbračno dijete u ravnopravnom položaju tek od trenutka utvrđivanja porijekla priznanjem ili sudskom presudom. EKLJP ne dozvoljava različit tretman djece rođene u braku i van braka, obzirom da u članu 8 nije napravljena razlika između „legitimne“ i „nelegitimne“ djece.⁵⁶ U predmetu *Marckx* protiv Belgije⁵⁷ podnositeljice predstavke (majka i kćerka) su navele da su sporne odredbe belgijskog zakona prema kojem neudana majka može uspostaviti majčinsko srodstvo sa svojim djetetom samo priznanjem, dok uspostavljanje majčinskog srodstva „zakonitog“ djeteta nastupa samom činjenicom rođenja, te da je prekršeno njihovo pravo na poštovanje porodičnog života kao i da ove odredbe uključuju diskriminaciju između „zakonite“ i „nezakonite“ djece, kao i između neudanih i udanih majki, što je u suprotnosti sa članom 14. EKLJP. Zapravo, prema belgijskom zakonu na neudane majke nije se primjenjivalo pravilo „*mater semper certa est*“. Nama bitno pitanje u ovome radu jeste da li postoji diskriminacija u odnosu na nastanak roditeljskog odnosa između djece rođene u braku i van braka. U navedenom predmetu Sud je odlučivao o povredi člana 8 u vezi sa članom 14 EKLJP sa dva aspekta. Jedan je povreda člana 8 u odnosu na majku Paulu a drugi je u odnosu na kćerku Aleksandru.⁵⁸

U pogledu povrede člana 8 EKLJP u odnosu na majku Paulu ESLJP je odlučio da ne postoji objektivno i razumno opravdanje u pogledu nastanka roditeljskog odnosa između udatih i neudatih majki.⁵⁹ Postupak koji je majka trebala da izvrši da bi došlo do priznanja teško da sadrži bilo kakve teškoće s obzirom da izjava može biti uzeta u obliku isprave koju ovjerava notar, i ona može biti upisana, u bilo koje vrijeme i bez troškova, u knjigu rođenja u matičnom uredu. Međutim, ESLJP navodi da potreba za bilo kakvim djelovanjem majke potiče iz odbijanja priznanja materinstva od samog rođenja.⁶⁰ Dakle, stav ESLJP jeste da je vanbračno dijete diskriminisano u odnosu na bračno zbog trenutka uspostavljanja roditeljskog odnosa sa majkom. U pogledu odsustva pravila „*mater semper certa est*“ slažemo se sa stavom suda. Smatramo da u svim slučajevima kada je majka poznata, propisivanje

56 Coester-Waltjen D., *The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law*, European Family Law - The Impact of Institutions and Organisations

on European Family Law, Volume I, Edward Elgar Publishing Limited, 2016., op. cit., str. 84.

57 Presuda *Marckx* protiv Belgije, preuzeto sa web stranice dana 10.05.2019. godine: <http://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2896/gjo-echr-marckx-en-pdf.pdf>

58 Ibid.

59 Para-§ 43 *Marckx* protiv Belgije.

60 Para-§ 36 *Marckx* protiv Belgije.

bilo kakve druge pravne radnje u pogledu uspostavljanja roditeljskog odnosa činilo bi povredu člana 8 EKLJP.

Međutim ukoliko bi se radilo o primjeni pravila „*pater est*“ smatramo da ne bi došlo do povrede člana 8 EKLJP. Naime kako se i navodi u izdvojenom mišljenju sudije *Bindschedler-Roberta* „jednostavna radnja, sa stajališta formalnosti, da prizna svoje dijete, i da to učini od momenta rođenja..., ne predstavlja intenciju zakonodavca da obeshrabri priznanje „nezakonitog“ djeteta“. Prema izdvojenom mišljenju sudije *Matschera* „neugodnost formalnosti priznanja je tako mala, naročito s obzirom da izjava o priznanju može biti upisana u sam rodni list, tako da niko to ne može smatrati znatnim problemom za one na koje se odnosi ili kao miješanje usmjerenim da spriječi „razvoj porodičnog odnosa“.

U pogledu povrede člana 8 EKLJP u odnosu na kćerku Aleksandru navedeno je da razlika koja leži u činjenici da jedino djeca rođena izvan braka moraju biti formalno priznata od strane svoje majke, nema objektivno opravdanje s obzirom da, što se tiče djece, nema razloga da budu tretirana drugačije s obzirom na činjenicu da li su rođena u braku ili izvan braka.⁶¹ Dijete je u potpunosti ovisno o želji treće osobe: odluke majke da ga prizna ili odluke staraoca da pokrene postupak za utvrđivanje majčinstva. Zbog ove nesigurnosti se ne može reći da dijete rođeno van braka, u pogledu porodičnog života, uživa zaštitu predviđenu članom 8 EKLJP. U konkretnom slučaju Aleksandra punih 13 dana nije imala uspostavljen roditeljski odnos sa svojom majkom, te se mora priznati da je, makar u tom razdoblju, dijete bilo žrtva povrede člana 8 EKLJP.⁶²

Postavljamo pitanje da li je dijete koje je rođeno u vanbračnoj zajednici, znači u slučajevima kada znamo pretpostavljenog oca (ovdje se ne razmatraju situacije kada je dijete rođeno van braka gdje ne postoji pretpostavljeni otac), zaštićeno u pozitivnom zakonodavstvu s obzirom na činjenicu da takvo dijete može ostati jedan određeni dio vremena bez uspostavljenog roditeljskog odnosa sa svojim ocem. U porodičnom zakonodavstvu u BiH roditeljski odnos majke i djeteta rođenog u vanbračnoj zajednici ili van braka (bez uspostavljanja bilo kakvog vida zajednice života) uspostavlja se na osnovu primjene pravila „*mater semper certa est*“, istovjetno kao i kod djece koja su rođena u braku,⁶³ dok se roditeljski odnos između oca i djeteta rođenog u vanbračnoj zajednici uspostavlja priznanjem ili sudskom odlukom.⁶⁴ Prema tome u pozitivnom zakonodavstvu u BiH postoji mogućnost da dijete, koje je rođeno u vanbračnoj zajednici, jedan određeni vremenski period bude bez roditeljskog odnosa sa svojim ocem. Prema članu 7 stav 1 Konvencije dijete ima pravo da zna ko su mu roditelji „ukoliko je to moguće“. Neprihvatljivo je braniti tezu da u vanbračnoj zajednici nije moguće omogućiti pravo djetetu da zna ko su mu roditelji, kada su nam poznati vanbračni partneri. Smatramo da djeca koja su rođena u vanbračnoj zajednici u pozitivnom zakonodavstvu nisu zaštićena članom 8 EKLJP, iako se u pozitivnom zakonodavstvu ostavlja mogućnost priznanja očinstva

61 Izuzeto mišljenje sudije *Bindschedler-Roberta* u predmetu *Marckx protiv Belgije*.

62 *Ibid.*

63 Član 53 PZ FBiH, Član 109 stav 1 PZ RS, Član 49 PZ BD BiH.

64 Član 55 PZ FBiH, član 109 stav 3 PZ RS, Član 50 stav 2 PZ BD BiH.

i prije rođenja djeteta. Sama činjenica da je status djeteta ovisan o želji treće osobe: odluke oca da ga prizna ili odluke majke ili organa starateljstva da pokrene postupak za utvrđivanje očinstva, ne može se reći da dijete rođeno u vanbračnoj zajednici, u pogledu porodičnog života, uživa zaštitu predviđenu članom 8 EKLJP.

Da li je moguće izjednačiti djecu rođenu u braku i u vanbračnoj zajednici u pogledu vremenskog nastanka roditeljskog odnosa između oca i djeteta? Izdvajamo dvije mogućnosti koje bi dolazile u obzir. Jedna mogućnost se odnosi na primjenu pretpostavke „*pater vero is est quem mater demonstrant*“ - otac djeteta je onaj na koga majka ukazuje, a druga mogućnost je da se primjeni pretpostavka „*pater est*“.

Prema prvoj pretpostavci majka bi ukazivala na oca djeteta, te bi se kao otac djeteta u matičnu knjigu upisivao muškarac na koga je ona ukazala. U tom slučaju bi muškarac, ukoliko smatra da nije otac djeteta, imao pravo osporavanja očinstva.⁶⁵ Ovakvoj pretpostavci se približilo naše pravo obzirom da je majci vanbračnog djeteta priznato pravo da označi muškarca koga smatra ocem djeteta. Majka djeteta je, ustvari, obavezna da to učini, nakon čega je organ starateljstva dužan pozvati označenog muškarca da se izjasni o izjavi majke.⁶⁶ Iako se čini da bi pretpostavka prema kojoj je otac djeteta muškarac na koga majka ukazuje mogla biti zloupotrijebljena, i prema važećim normama PZ F BiH, kako je to u prethodnoj rečenici navedeno, majka je ta koja daje izjavu o ocu djeteta te saglasnost na priznanje djeteta od strane muškarca. Smatramo da bi primjenom pretpostavke da je otac djeteta muškarac koga je majka označila moglo doći do situacije u kojoj majka nije označila muškarca koji je biološki otac djeteta, te bi nastao problem zbog činjenice da se očinstvo označenog muškarca ne bi dokazivalo. Međutim, nadamo se da bi majke u svakom slučaju bile vođene najboljim interesom djeteta te da bi nastojale biti savjesne i oprezne.

Prema drugoj pretpostavci da je otac djeteta vanbračni partner majke isti bi automatski bio upisan kao otac djeteta. Međutim, ovakva mogućnost bi postojala tek ukoliko bi se formirali registri vanbračnih zajednica. U protivnom se pravilo „*pater est*“ ne bi moglo primjenjivati iz razloga što 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),⁶⁷ pa se opravdano može postaviti pitanje na koji način bi se dokazalo postojanje vanbračne zajednice. Samim tim bi bilo nemoguće dokazati i da je otac djeteta upravo vanbračni partner majke.

Pomenuta rješenja se čine teškim za primjenjivanje u pozitivnom zakonodavstvu. Ukoliko bi se u BiH uspostavio registar vanbračnih zajednica, onda bi se moglo primjenjivati pravilo „*pater est*“ i na vanbračnog partnera, te bi se dijete rođeno u vanbračnoj zajednici automatizmom moglo upisati kao potomak partnera koji su u vanbračnoj zajednici, čime bi došlo do uspostavljanja roditeljsko-pravnog odnosa samim rođenjem. Slično rješenje nalazimo u Nizozemskoj gdje postoji mogućnost

65 Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 39.

66 Vidi član 66 PZ FBiH.

67 Demirović R., *Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu*, Zbornik radova – Naučni skup “Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog”, Mostar, 21. 12. 2012. godine, str. 129.

registrovanja partnerstva. Djeci rođenoj u registrovanom partnerstvu kao roditelji se upisuju partneri po samom rođenju. To prvobitno važi za majku, ali i za oca, bez obzira da li je registrovani partner zaista biološki otac djeteta.⁶⁸

Zaključak

Pravo djeteta da zna svoje porijeklo nije apsolutno pravo, ono zavisi od drugih lica i mogućnosti da se sazna ko su mu roditelji. Primjena pravila „*pater est*“ u onim slučajevima kada je roditeljstvo muža, u odnosu na okolnosti slučaja, nemoguće ili nevjerovatno može dovesti do kršenja člana 8 EKLJP i člana 7 Konvencije o pravima djeteta. Propisivanje kratkih objektivnih rokova za muškarca koji se smatra ocem djeteta dovodi do kršenja člana 8 EKLJP iz razloga što se ne uspostavlja ravnoteža između sigurnosti porodičnog odnosa i interesa muža majke djeteta da ne bude otac djeteta.

Biološka činjenica mora imati prednost nad pravilom „*pater est*“, te uz svaku primijenjenu presumpciju, odnosno pravilo, mora postojati mogućnost osporavanja iste. Zbog toga, onemogućavanje muškarcu koji sebe smatra ocem djeteta da obara pravnu pretpostavku, odnosno pravilo „*pater est*“ predstavlja kršenje člana 8 EKLJP. Ipak prilikom ostavljanja mogućnosti za osporavanje očinstva bračnom djetetu moraju postojati opravdani razlozi te se može dozvoliti samo u onim slučajevima kada to ima uticaj na pravni odnos između muškarca koji se smatra ocem djeteta i djeteta.

Neophodno je u porodičnom zakonodavstvu u BiH omogućiti priznanje očinstva i licima koja nemaju poslovnu sposobnost. Onemogućavanjem osobama lišenim poslovne sposobnosti da priznaju očinstvo ne ostvaruje se poštena ravnoteža između javnog interesa da se zaštite osobe lišene poslovne sposobnosti od toga da daju izjave na svoju štetu ili štetu drugih, i interesa lica da pravno bude priznato njegovo očinstvo.

Smatramo da se pravna pretpostavka „*pater est*“ može primijeniti i na vanbračne partnere ali samo u slučaju omogućavanja registracije vanbračnih zajednica. Uređivanjem obveze registriranja odnosno postojanja registra vanbračnih zajednica stekli bi se preduvjeti za primjenu pretpostavke „*pater est*“ i u vanbračnim zajednicama. Time bi se u širem društvenom kontekstu izjednačila djeca bez obzira na okolnosti u kojima su rođena, a takav jednostavniji način utvrđivanja očinstva doprinio bi ostvarivanju najboljeg interesa djeteta i bio harmoniziran sa praksom ESLJP. Činjenica da je dijete u pogledu saznanja svog porijekla ovisno o želji treće osobe ne može se reći da dijete rođeno u vanbračnoj zajednici, u pogledu porodičnog života, uživa zaštitu predviđenu članom 8 EKLJP.

Nakon analize prakse ESLJP i porodičnih zakona u BiH može se zaključiti da, u pogledu utvrđivanja bračnog i vanbračnog očinstva i prava djeteta da zna svoje porijeklo, isti nisu usklađeni sa EKLJP i Konvencijom o pravima djeteta.

68 What do I need to take into account if I decide to marry or enter into a registered partnership?, preuzeto sa web stranice dana 25.06.2019. godine: <https://www.government.nl/topics/marriage-cohabitation-agreement-registered-partnership/question-and-answer/marriage-or-entering-into-a-registered-partnership>

Dr. sc. Boris Krešić, Associate Profesor
Faculty of Law, University of Tuzla
Mr. sc. Agnesa Jaganjac,
Faculty of Law, University of Tuzla

DETERMINING MARITAL AND EXTRAMARITAL PATERNITY/ MATERNITY AND THE RIGHT OF THE CHILD TO KNOW WHO HIS OR HER PARENTS ARE

In Bosnia and Herzegovina, marital and extramarital paternity may be determined before the courts and out of court. Out of court includes the application of legal presumption for marital paternity and recognition in cases of extramarital paternity. Court procedure applies for determining extramarital paternity when the father does not want to acknowledge his paternity or in cases of disavowal of marital paternity identified by the application of legal presumption or recognition. The procedure for determining paternity before the court may be initiated by actively identified persons listed in the law. Some of these persons have strict time limits to bring legal actions.

The right of a child to know who his/her parents are is guaranteed by Article 7 of the Convention on the Rights of the Child. The European Court of Human Rights has taken the stand that the right of the child to know who his or her parents are is directly linked to Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms which guarantees the right to private and family life. Bosnia and Herzegovina, as a signatory to numerous conventions including the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Convention on the Rights of the Child, is obliged to directly implement them with all their protocols.

The paper examines whether the specification of strict time limits for bringing legal actions for determining paternity is the violation of the right of the child to know who his or her parents are. The paper also investigates whether the prevention of the application of legal presumption of extramarital paternity leads to the discrimination of illegitimate child. The paper analyzes the compliance of family laws in Bosnia and Herzegovina in terms of the provisions related to the determination of marital and extramarital paternity and their compliance with the European Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of the Child.

Key words: marital paternity, extramarital paternity, the right of the child to know who his or her parents are, recognition of paternity.

Dr. sc. Rebeka Kotlo, vanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

MEĐUNARODNI PRAVNI OKVIR, STANDARDI I PRAKSA U OBLASTI ZAŠTITE PRAVA I INTERESA TE UNAPRJEĐENJA STATUSA ŽENA

Reći da postoji opšta prihvaćenost osnovnih principa ljudskih prava na državnom i međunarodnom nivou ne podrazumijeva i istovjetnost shvatanja o njihovoj prirodi i obimu primjene. Još su i danas prisutna teorijska razilaženja o porijeklu, opravdanosti, značaju i načinu primjene pojedinih ljudskih prava. Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova podrazumijeva osnovno načelo savremenog prava ljudskih prava. U radu će posebno biti analizirane sloboda od spolne diskriminacije i rodno uvjetovanog nasilja, kao preduslov za zaštitu dostojanstva, autonomije i ravnopravnosti žena, uz rezimirani osvrt i na ostala prava žena kao prava bitna za cjelovitu analizu pitanja zaštite ljudskih prava žena u međunarodnom pravnom okviru i jurisprudenciji.

Ključne riječi: zaštita prava i interesa žena, unaprjeđenje statusa žena, međunarodno pravo ljudskih prava, sloboda od spolne diskriminacije i rodno uvjetovanog nasilja

1. Uvodna razmatranja o ljudskim pravima, spolu, rodu i rodnoj (ne) ravnopravnosti

Ako je pravo predodređeno da služi ljudima, čineći čovjeku društvo u kojem živi predvidivim i dajući mu pravnu sigurnost, onda su ljudska prava - prava globalnog karaktera nastala kao izraz društveno-historijskih previranja i sa vjerom u bolje sutra čovječanstva.

Ekonomska, socijalna i kulturna prava su historijski nastala kasnije nego građanska i politička prava. Ova prava imaju društvenu funkciju da ljude dovedu u što ujednačeniji i pravedniji društveni položaj. Smatra se da je njihovo postojanje uslov za uživanje građanskih i političkih prava, jer ih čovjek koji je neobrazovan, siromašan i u okolnostima socijalne bijede zaista teško može ostvarivati. Načela jednakosti i solidarnosti su njihov primarni oslonac.

Pojam, sadržaj i značaj ljudskih prava prve, druge i treće generacije (građanskih i političkih prava, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, te kolektivnih prava) posmatrani u društveno-historijskom, pravno-političkom i kulturno-civilizacijskom kontekstu, nisu ostali nepromijenjeni od postanka i priznavanja do danas, nego je evidentna evolucija ljudskih prava generalno u međunarodnom pravu i odnosima. Uz

to, i shvatanje suverenosti država, kao osnovnih aktera u međunarodnim odnosima, ličnosti sa političkom i suverenom vlašću na svom teritoriju koje stvaraju pravni poredak i čija vlast se, zasnovana na monopolu legalne fizičke prisile i izvodi iz pravnog poretka, doživjelo je posebno tokom posljednjih decenija fundamentalne promjene u ranije dominantnom međunarodnom određenju opsega ovog kroz historiju pravne, politološke filozofske i sociološke misli višeznačnog i kompleksnog pojma, u velikoj mjeri zahvaljujući činjenici da su moć i vrhovna vlast savremene pravne demokratske države određeni i ograničeni ustavnim propisima o organizaciji države, te ustavom, odredbama i principima međunarodnog prava i međunarodnim dokumentima deklarisanim i zaštićenim pravima i slobodama čovjeka i građanina. Evolucija ljudskih prava ukazuje na trend promjena shvatanja ljudskih prava, korelacije suverenosti država i ljudskih prava, te odnosa građanin – vlast, u pravnom i političkom smislu, u državi, međunarodnim odnosima i pravu, posebno u kontekstu internacionalizacije ljudskih prava.

Ljudskim pravima utvrđuje se pravni položaj pojedinca u odnosu na državnu vlast, najvećim brojem ljudskih prava država se ograničava kako bi se ostvarile ljudske slobode ili se od nje traži djelovanje u cilju zaštite ljudskih prava. Ljudska prava su jedan od najizražajnijih indikatora prema kojima se određuje karakter države. Prema modernoj ustavnopravnoj i političkoj teoriji, za određivanje jednog ustavnog, odnosno političkog sistema, najvažnije je kakav položaj u tom sistemu ima čovjek (građanin), tj. kako je u tom sistemu određen odnos: vlast - čovjek (građanin). “Ustavni položaj ljudskih prava, u demokratskoj državi morao bi ispunjavati sljedeće premise: u ustavnom poretku države ljudska prava moraju imati apsolutni prioritet, kako u pogledu svoje egzistencije, tako i u pogledu svoje zaštite, ustavni poredak mora osigurati ustaljenu interpretaciju u vezi sadržine i opsega ljudskih prava, kako bi se u toj sferi izbjegla arbitrarnost i proizvoljnost u tumačenju, ljudska prava moraju imati efikasnu institucionalnu zaštitu i eventualne promjene u sferi ljudskih prava (promjena interpretacije, ograničavanje starih, uvođenje novih ljudskih prava) mora biti rezultat racionalne i demokratske rasprave i procedure uz jednako reprezentiranje interesa svih članova političke zajednice.”¹

Ideja ljudskih prava odigrala je ključnu ulogu u borbi protiv političkog apsolutizma kasnog 18. i ranog 19. vijeka. Druga polovina XX vijeka donosi internacionalizaciju ljudskih prava, kvalitetno novu dimenziju ljudskih prava u smislu njihovog normiranja, ostvarivanja i zaštite, zahvaljujući i ujedno time čineći krupan napredak institucionalizacije međunarodne zajednice, gdje su se u okviru Organizacije ujedinjenih nacija okupile gotovo sve države svijeta, na podlozi Povelje UN-a, čiji se sadržaj bazira upravo na opredjeljenju za mir, slobode i ljudska prava. Upravo ljudska prava i osnovne slobode i jesu područje u kojem je međunarodno pravo daleko najviše napredovalo stalnim širenjem korpusa ljudskih prava i detaljnošću u njihovom normiranju, ali i sve većom institucionalizacijom staranja o njihovom ostvarivanju i zaštiti, uključujući i posebne, sada od ključnog značaja instrumente i institute te zaštite na međunarodnom nivou.

¹ Pabrić, N., Ustavno pravo, Mostar, 2000., str. 381.

Princip ravnopravnosti i zabrane diskriminacije je od suštinske važnosti u međunarodnom i domaćem pravu. Diskriminacija predstavlja nedopušteno pravljenje razlike ili nejednako postupanje fizičkog ili pravnog lica prema pojedincu ili grupi ljudi zbog nekog ličnog svojstva, kao što je npr. i pol. Kod direktne diskriminacije dovoljno je da su proizvedeni efekti diskriminatorni, nije neophodno da postoji motiv ili namjera.

Zabrana posredne diskriminacije prekršena je kada se osobe koje se nalaze u bitno različitom položaju tretiraju na isti način. Pojavljuje se kao posljedica na prvi pogled neutralne odredbe, postupka ili kriterijuma koji se primjenjuje podjednako na muškarce i žene, ali je njen rezultat favorizovanje jedne grupe u odnosu na drugu. Pravljenje razlike između muškaraca i žena ne predstavlja uvijek samo po sebi diskriminaciju. Diskriminatornim se smatra samo ono razlikovanje koje nema razumno opravdanje s obzirom na cilj i posljedice postupka ili kod koga ne postoji srazmjera između upotrebljenih sredstava i cilja koji se želi postići (*načelo proporcionalnosti*). Međutim, često dolazi do zloupotrebe ovih stanja pa se diskriminacija prema ženama javlja u svom pravom obliku bilo direktno ili posredno. Sistematska diskriminacija je posljedica raznorodnih faktora i prakse institucija koji zajedno dovode do diskriminacije neke od zaštićenih grupa.²

Diskriminacija (posebno diskriminacija na osnovu spola) je uzrokovana brojnim stereotipima i predrasudama koje se temelje u historiji, kulturi, ponašanju ljudi koje se nekad proteže i vjekovima unazad, prisutna je u svim društvima, u većoj ili manjoj mjeri.

Pol se odnosi na biološke i fiziološke razlike između muškaraca i žena. Istovremeno, nije uvijek moguće utvrditi pol samo putem dihatomne linije muškaraca i žena, kao što je evidentno kod interseksualnih pojedinaca (CEDAW, GR 28, MWIA 2002).

Rod se odnosi na društveno konstruisane identitete, attribute i uloge za žene i muškarce, te društveno i kulturno značenje koje se veže za biološke razlike između žena i muškaraca koji rezultiraju u hijerarhijskim odnosima između žena i muškaraca, te u neravnopravnoj raspodjeli moći i prava koji favorizuju muškarce i obespravljaju žene.

Rodne uloge i osobine ne postoje odvojeno, ali se definišu u međusobnom odnosu i kroz odnos između žena i muškaraca, djevojčica i dječaka. Iako su pol i povezane biološke funkcije genetski programirane, rodne uloge i odnosi moći koje oni odražavaju su društveni konstrukt - oni se razlikuju među kulturama i vremenom, a time su podložni promjenama (CEDAW GR 28, MWIA 2002).

Diskriminacija je uslovljena ne samo stepenom demokratskog razvoja samog društva, već i mjerama koje se poduzimaju u cilju spriječavanja i sankcionisanja diskriminatornih ponašanja te je stoga uspostavljanje funkcionalnog i primjerenog pravnog okvira za borbu protiv diskriminacije, kao i implementacija tog pravnog okvira smatra najvažnijim korakom u cilju suzbijanja ove izrazito negativne i štetne društvene pojave. Poseban dodatni podstrek u borbi protiv diskriminacije u jednom

² Vidjeti više: Zorić, J., Dičić, N., Petković, N., Radna prava žena u Srbiji, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2018., str. 14. i 15.

društvu čine preventivne mjere, odnosno konstantna edukacija u cilju uklanjanja predrasuda i stereotipa koje pojedinci stvaraju pod utjecajem okoline.

Urođnjavanje predstavlja ugradnju prioriteta i potreba žena i muškaraca u sve zakone, strategije planove, programe i akcije društva radi postizanja jednakosti spolova, uzimajući u obzir, na nivou planiranja, posljedice koje će ove akcije imati na žene i muškarce.³

U tu svrhu, važno je da se pitanje ravnopravnosti polova shvati kao međusobno uvažavanje, podrška i saradnja svih žena i muškaraca na dobrobit cijelog društva.

2. Međunarodni pravni okvir zaštite prava i unaprjeđenja statusa žena

„U međunarodnim konvencijama koje sadrže zabranu diskriminacije zajednički osnovi diskriminacije su spol, rasa i religija, te u određenom obimu jezik.“⁴

Postojeći međunarodni instrumenti Ujedinjenih nacija u oblasti diskriminacije uglavnom su prihvaćeni od strane skoro svih savremenih država koje putem svojih ustava, ali i ostalih pravnih akata koji pravno uređuju ovo pitanje.

Najznačajniji dokumenti koji čine međunarodni i evropski pravni okvir za ostvarivanje zabrane diskriminacije i ravnopravnost spolova su: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena - CEDAW (1979), Opća preporuka 19 UN-ovog Komiteta za suzbijanje svih oblika diskriminacije nad ženama (1992), Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1969), Konvencija o pravima djeteta (1989), Deklaracija Ujedinjenih nacija o uklanjanju nasilja nad ženama - DEVAW (1993), Pekinška deklaracija s Platformom za akciju (1995), Milenijumski razvojni ciljevi (1990-2015)/Milenijumska deklaracija UN-a (2000), Program za održivi razvoj do 2030. godine (Sustainable Development Goals - SDG), Konvencija o pravima osoba s invaliditetom (UN, 2006), Rezolucija UN-a 1325 Žene, mir i sigurnost (2000), Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950) i dodatni protokoli, Evropska socijalna povelja (1961, 1966), Konvencija Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog izrabljivanja i seksualnog zlostavljanja (2007), Konvencija Vijeća Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i porodičnog nasilja (CAHVIO, Istanbul, 2011), Evropska konvencija za prevenciju torture, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, Deklaracija o ravnopravnosti žena i muškaraca Vijeća Evrope (1988), Preporuke Vijeća Evrope iz oblasti ravnopravnosti žena i muškaraca, Konvencija o zabrani trgovine ljudima i iskorištavanju prostitucije drugih, 1949., Konvencija o političkim pravima žena, 1952., Konvencija o državljanstvu (statusu) udatih žena, 1957., Konvencija o pristanku na brak, minimalnoj dobi za brak i registriranju brakova, 1962. Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena – CEDAW, 1979. sa Opcionim protokolom, 1999/11. Konvencija o pravima djeteta, 1989., EU Gender Roadmap 2006-2010, Preporuka Rec 2002/05 o zaštiti od nasilja nad ženama,

3 Četvrta svjetska konferencija o ženama, Peking 1995.godine

4 Smith, R., International Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014., str. 195.

Preporuka Vijeća Evrope (2007) 17 o standardima i mehanizmima ravnopravnosti spolova, Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29.6.2000. godine o primjeni načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom porijeklu, Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27.11.2000. godine o općem okviru za jednako postupanje pri zapošljavanju i odabiru zvanja, Direktiva Vijeća EU 75/117/EC od 10 februara 1975. o usklađivanju zakona država članica u pogledu principa jednake plaće za žene i muškarce, Direktiva Vijeća EU 2004/113/EC od 1. decembra 2004, kojom se primjenjuje princip jednakog postupanja prema ženama i muškarcima u pristupu i dobivanju dobara i usluga, Direktiva Vijeća EU 97/80/EC od 15. decembra 1997. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije po osnovu spola, Direktiva o socijalnom osiguranju (o progresivnoj primjeni principa jednakog tretmana za muškarce i žene o pitanjima socijalnog osiguranja) – 1979. (79/7/EEC – OJ L 6), Direktiva o zapošljavanju i socijalnoj sigurnosti – 1986 (86/378/EEC – OJ L 225), Direktiva o samozapošljavanju (o primjeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena angažiranih u nekoj aktivnosti, uključujući poljoprivredu, u svojstvu samozaposlene osobe i u zaštiti samozaposlenih žena tokom trudnoće i materinstva) – 1986. (86/613/EEC – OJ L 359), Direktiva o zaposlenim trudnicama (o uvođenju mjera za podsticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na poslu zaposlenih trudnica i porodilja ili dojilja) – 1992. (92/85/EEC – OJ L 348), Direktiva o roditeljskom odsustvu – 1996. (96/34/EC – OJ L 145), Preporuka R(856), br. 4, Komiteta ministara državama članicama o nasilju u porodici, Preporuka R(90), br. 4, Komiteta ministara državama članicama o eliminaciji seksizma u jeziku, Preporuka R(91), br. 11, Komiteta ministara državama članicama u vezi sa seksualnim iskorištavanjem, pornografijom, kao i prostitucijom i trgovinom djecom i omladinom, Preporuka R(96), br. 5, Komiteta ministara državama članicama o usklađivanju poslovnog i porodičnog života, Preporuka R(98), br. 14, Komiteta ministara državama članicama o integriranju rodnog aspekta u javnu politiku, Preporuka R(2000), br. 11, Komiteta ministara državama članicama o mjerama za sprečavanje trgovine ljudima u svrhu seksualnog eksploatiranja, Preporuka R(2002), br. 5, Komiteta ministara državama članicama o zaštiti žena od nasilja, Preporuka R(2003), br. 3, Komiteta ministara državama članicama o balansiranoj učestvovanju žena i muškaraca u političkom i javnom odlučivanju, Preporuka R(2007), br. 17, Komiteta ministara državama članicama o standardima i mehanizmima za gender ravnopravnost, Preporuka R(2007), br. 13, Komiteta ministara državama članicama o gender mainstreamingu u obrazovanju, EU Povelja osnovnih prava, iz 2000. godine, koja potvrđuje zabranu diskriminacije i obavezu osiguranja ravnopravnosti muškaraca i žena u svim oblastima, Konvencije Međunarodne organizacije rada UN-a (MOR): Konvencija 45 o zapošljavanju žena na podzemnim radovima u rudnicama svih kategorija (1935.) Konvencija 89 o nodnom radu žena u industriji (revidirana 1948.), Konvencija 100 o jednakom nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad jednake vrijednosti (1951.) , Konvencija 103 o zaštiti materinstva (revidirana 1952.) , Konvencija 111 o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja (1958.), Konvencija 156 o jednakim mogućnostima i tretmanu za radnike i radnice - radnici sa porodičnim obavezama (1981.).

Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, sa težištem na osnovnim pitanjima: definicija i oblici diskriminacije, obaveza države da eliminiše diskriminaciju, razvoj i emancipacija žena, ubrzanje ostvarivanja ravnopravnosti polova, uloge polova i stereotipi, normira diskriminaciju kao pravno ili fizičko, neposredno ili posredno razlikovanje, privilegovanje, isključivanje ili ograničavanje čiji se cilj ili posljedica ogleda u otežavanju, ugrožavanju, onemogućavanju ili negiranju priznavanja, uživanja ili ostvarivanja ljudskih prava zbog pripadnosti određenom polu.

Diskriminacija u čijoj osnovi leži pripadnost određenom polu, pored pola uključuje još i bračni status, porodični status, trudnoću i materinstvo, roditeljstvo i polnu orijentaciju.

Konvencija eksplicitno navodi svaku od navedenih osnova diskriminacije, a u širem smislu sve smatra diskriminacijom s obzirom na pripadnost određenom polu. Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena kao svoje najvažnije ciljeve vezane za razvoj i emancipaciju žena (član 3) definiše: prvo, garantovanje i ostvarivanje ravnopravnost žena i muškaraca u mogućnostima da uživaju ljudska prava; drugo, garantovanje osnovnih ljudskih prava žena kao preduslov emancipacije žena i treće, obavezu države da vodi politiku u tom cilju.

Konvencija posebno naglašava nužnost zakonskog garantovanja jednakosti žena i muškaraca pred zakonom.

Ravnopravnost polova u političkom i javnom životu (član 7) zahtjeva eliminisanje diskriminacije žena koja je u ovoj oblasti evidentna. To je obaveza države koja je dužna da garantuje jednaka prava kao i da izgradi i obezbjedi jednake uslove i stvori jednake mogućnosti (ne samo normativne već i faktičke) za reprezentovanje žena i muškarca u političkim institucijama, administrativnim i javnim službama kao i da omogući aktivno učešće žena u kreiranju politike i odlučivanju o svim društvenim pitanjima.

Konvencija utvrđuje obavezu države da preduzima mjere (uključujući i zakonodavstvo) za sprječavanje trgovine ženama, eksploatacije i prostitucije (član 6).

Konvencija garantuje pravo žena na obrazovanje i jednaku dostupnost ovog prava za žene i muškarce (član 10). Jednaki uslovi obrazovanja uključuju sve nivoe obrazovanja i sve vrste zanimanja (obrazovni profili). Jednake mogućnosti pristupa obrazovanju pretpostavljaju i uključuju pristup istim nastavnim planovima, programima i ispitima, istim školama i opremi kao i nastavno osoblje sa kvalifikacijama istog standarda. Princip jednakih mogućnosti u domenu obrazovanja odnosi se i na jednake uslove korišćenja stipendija i plaćenog školovanja; pristup programima kontinuiranog obrazovanja kao i specifičnim obrazovnim informacijama (npr. zdravlje, porodica i planiranje porodice); učešće u sportu i fizičkom obrazovanju.

U nesumnjivo najvažnijoj oblasti – zapošljavanju, Konvencija (član 11) garantuje određena prava žena i definiše obaveze države na ovom području kako bi se omogućilo efektivno korišćenje ovih prava. Među pravima u oblasti zapošljavanja garantuju se pravo na rad kao neotuđivo pravo, jednaki uslovi zapošljavanja za žene i muškarce; sloboda izbora profesije i zaposlenja; pravo na unapređenje na poslu,

jednake mogućnosti za napredovanje na poslu, sigurnost i sve beneficije vezane za uslove rada, pravo na obuku i dokvalifikaciju, pripravnički staž kao i pravo na jednake mogućnosti za stručno usavršavanje, jednaka naknada za rad jednake vrednosti, jednake beneficije i tretman za jednak rad; ravnopravan tretman za procenu kvaliteta rada, socijalno osiguravanje za slučaj starosti, nezaposlenosti, bolesti, invaliditeta; pravo na zaštitu zdravlja koje pretpostavlja bezbjednost radnih uslova i čuvanje reproduktivne funkcije i dr. U domenu zdravstvene i socijalne zaštite (članovi 12 i 13) akcenat je na obavezama države - da eliminiše diskriminaciju žena u oblasti zdravstvene zaštite preduzimanjem posebnih mjera koje će doprinjeti efektivnom ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu, ravnopravan pristup zdravstvenim uslugama, posebno onim u vezi sa planiranjem porodice, posebne zdravstvene usluge koje se odnose na trudnoću, porođaj, postporođajni period kao i besplatne usluge tamo gde je neophodno.

U domenu socijalne zaštite obaveza je države da eliminiše diskriminaciju žena, stvori jednake mogućnosti i postavi jednake uslove ostvarivanja prava na porodične beneficije, prava na bankarske pozajmice, hipoteke i finansijske kredite, prava na učešće u rekreativnim aktivnostima, sportu i svim vidovima kulturnog života. Zbog izuzetno teškog položaja seoskih žena Konvencija (član 14) posvećuje ovom problemu posebnu pažnju. Konvencija garantuje posebna prava seoskih žena i stavlja akcenat na definisanje obaveza države da preduzima mjere za poboljšanje položaja seoskih žena.

Konvencija garantuje: pravo žena da učestvuju u razradi i primeni planova razvoja, pristup zdravstvenim ustanovama, savjetovalištim i službama za planiranje porodice, pravo na obrazovanje, osposobljavanje, opismenjavanje i tehničku osposobljenost, prava u oblasti ekonomije i zapošljavanja, zadrugarstvo, grupe za samopomoć, pristup kreditima i poreskim olakšicama, pravo na odgovarajuće uslove života i stanovanja, pravo na učešće u svim aktivnostima u zajednici i dr.

Prava vezana za brak i porodicu (član 16) obuhvataju: stupanje u brak na osnovu slobodne

volje i uz ličnu saglasnost oba supružnika, slobodu izbora supružnika, određivanje minimalnih godina starosti za stupanje u brak, registrovanje sklopljenih brakova, ista prava za vreme trajanja i prilikom raskida braka, ista roditeljska prava kao i odlučivanje o broju djece i razmaku između njih i njihovom obrazovanju. Ista prava i odgovornosti supružnika garantuju se u pogledu izbora imena i prezimena, izbora zanimanja i profesije kao i prava vlasništva (sticanje, rukovođenje, prodaja, upravljanje), ista starateljska, odnosno štíćenička prava i odgovornosti prilikom odlučivanja o usvajanju dece uz stavljanje interesa djece na prvo mjesto.⁵

Značajnu ulogu u pravnoj regulaciji diskriminacije ima i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda koja pored generalne zabrane diskriminacije u uživanju prava i sloboda predviđenih tom konvencijom, zabranu diskriminacije proširuje i na „uživanje svih prava predviđenih zakonom“.

⁵ Vidjeti više: Pajvančić, M., *Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena – kratak osvrt na sadržaj u Zborniku «Izveštavanje po Konvenciji o eliminisanju svih oblika diskriminacije nad ženama»*, Zavod za ravnopravnost polova, Novi Sad, 2007, str. 10-16.

Član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima normira: Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom obezbjeđuje se bez diskriminacije po bilo kojem osnovu, kao što su: spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili status.

Protokol 12. uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda propisuje opću zabranu diskriminacije:

1. Uživanje svih prava određenih zakonom osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.

2. Nikoga ne smiju diskriminirati javna tijela na bilo kojoj osnovi, kako je i navedeno u stavu 1.

Za razliku od člana 14. Konvencije, on ne zavisi od veze sa drugim materijalnim pravom zajemčenim Konvencijom. Sud je potvrdio da je definicija diskriminacije u ovom Protokolu identična onoj iz člana 14. te da važe ista načela.

Formulacija člana 14 ukazuje na to da je on ograničen na diskriminaciju koju neko doživi u vezi sa nekim drugim materijalnim pravom zajemčenim Konvencijom.

To znači da se podnosilac predstavke ne može na njega pozvati i tvrditi da je žrtva diskriminacije kao povrede same po sebi, već da on mora biti vezan za neko drugo zaštićeno pravo.

U Deklaraciji Vijeća Evrope o jednakosti žena i muškaraca (Istanbul 1997.), rodna ravnopravnost je definisana kao jedan od osnovnih kriterijuma demokratije.

Deklaracija definiše četiri polja iz politike rodne ravnopravnosti, a to su: politički i javni život, ekonomski i profesionalni život, usklađivanje privatnih/porodičnih obaveza sa političkim i profesionalnim životom, promovisanje jednakosti u demokratskom društvu i uloge muškaraca u rodnoj ravnopravnosti.

Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova posebno je važan princip u Evropskoj uniji.

Amsterdamski ugovor nalaže obavezu Evropskoj zajednici da promoviše, u svim svojim politikama i aktivnostima, jednakost žena i muškaraca i da se zalaže za eliminisanje svih nejednakosti na osnovu spola. Ovaj Ugovor uvodi koncept korištenja *gender mainstreaming*-a i uvođenje specijalnih mjera za borbu protiv svih vidova diskriminacije (seksualno uznemiravanje na radnom mjestu i van njega, jednakost žena i muškaraca u poslovima zapošljavanja i zanimanja i drugo). Amsterdamski ugovor povezan je sa ranije donesenim dokumentima u ovoj oblasti.

Amsterdamski sporazum dodatno sadrži novi, član 13, kojim se Savjet ministara ovlašćuje da, na osnovu odluke donešene jednoglasno, poduzme "odgovarajuće akcije" u borbi protiv diskriminacije po osnovu spola, rasnog i etničkog porijekla, religije ili vjerovanja, onesposobljenja, dobi ili seksualne orijentacije, iako su do sada usvojeni jedino okvir rada i direktiva o rasnoj diskriminaciji, na osnovu općih antidiskriminacijskih odredbi.

Pored primarnog i sekundarnog zakonodavstva, postoji također i sudska praksa Evropske unije koja, zajedno s pet programa i različitim zakonima, ukazuje na to da je ravnopravnost spolova visoko na političkoj agendi Evropske unije.

3. Spolna diskriminacija i rodno uvjetovano nasilje

Rodno zasnovano nasilje je kršenje ljudskih prava žena i oblik diskriminacije nad ženama, te predstavlja istovremeno uzrok i posljedicu nejednakih odnosa moći među muškarcima i ženama. Nasilje nad ženama je bilo kakav akt nasilja koje se temelji na rodu i spolu, a koji kao posljedicu ima, ili je vjerojatno da će imati, fizičku, seksualnu ili psihološku štetu ili patnju žena, uključujući prijetnje takvim radnjama, prisilu ili samovoljno lišavanje slobode, bilo u javnom ili privatnom životu (*Deklaracija Ujedinjenih nacija o uklanjanju nasilja nad ženama – DEVAW, 1993*).

Izraz “rodno zasnovano nasilje“ se često koristi naizmjenice s pojmom “nasilje nad ženama“. Termin se, također, koristi da se ukaže na dimenzije u okviru kojih se događa nasilje nad ženama: podređen status žena (ekonomski i društveni) čini ih osjetljivijima na nasilje i “doprinosi atmosferi u kojoj se prihvaća, opravdava, pa čak i očekuje nasilje nad ženama“.⁶

Nasilje nad ženama podrazumijeva, ali se ne ograničava na sljedeće:

Fizičko nasilje: namjerna primjena fizičke sile s mogućnosti smrtnog ishoda, ozljede ili nanošenja štete. Ono uključuje, ali nije ograničeno na, grebanje, guranje, odguravanje, bacanje, hvatanje, ujedanje, gušenje, potresanje, podbadanje, čupanje za kosu, šamaranje, udaranje pesnicom, spaljivanje, korištenje kontrole ili tjelesne mase, odnosno snage protiv druge osobe, te korištenje ili prijetnja korištenjem oružja.

Seksualno nasilje: Svaki seksualni čin, pokušaj ostvarivanja seksualnog čina, neželjeni seksualni komentar ili prijedlog, ili djela u vezi trgovine, ili neki drugi način usmjeren protiv seksualnosti osobe, koristeći prisilu, od strane bilo koje osobe, bez obzira na njihov odnos sa žrtvom, u bilo kojoj situaciji, uključujući, ali ne ograničavajući se na kuću i posao. To podrazumijeva mnogo različitih oblika nasilja nad ženama i djevojkama, kao što je nasilje koje počinu intimni partner, seksualno nasilje koje počinu osoba koja nije partner, trgovina, te štetne prakse kao što je žensko obrezivanje.

Psihološko nasilje: Ponašanje koje ima za cilj zastrašivanje i proganjanje, a javlja se u obliku prijetnje napuštanjem ili zlostavljanjem, zatočenja u kući, praćenjem, prijetnje oduzimanjem starateljstva nad djecom, uništavanjem objekata, izolacijom, verbalnom agresijom i stalnim ponižavanjem, omalovažavanjem, umanjujući osjećaj vlastite vrijednosti/samopoštovanja pojedinca.

Ekonomsko nasilje: djela poput uskraćivanja sredstava, odbijanja da finansijski doprinosi, uskraćivanje hrane i osnovnih potreba, kontrola pristupa zdravstvenoj zaštiti i/ili zapošljavanju, uzrokujući/ili pokušaj da dovede do situacije gdje pojedinac

⁶ Heise, L. et al., “Ending Violence Against Women,” Population Reports XXVII, no. 4, series L, no. 11 (1999), as cited in Myra Betron and Elizabeth Doggett, *Linking Gender-Based Violence Research to Practice in East, Central and Southern Africa: A Review of Risk Factors and Promising Interventions*, Washington, DC: USAID, 2006

postaje finansijski ovisan o drugoj osobi, opstruira njihov pristup ili ima kontrolu nad resursima i ili neovisnoj ekonomskoj aktivnosti.

Ostale klasifikacije oblika nasilja nad ženama uzimaju u obzir kontekst/mjesto gdje se nasilje javlja: u porodici, u lokalnoj zajednici, te nasilje koje je počinjeno ili tolerirano od strane države, neovisno o tome gdje se dešava (član 2. DEVAW).

Rodno zasnovano nasilje je “bilo koji štetni čin počinjen protiv volje neke osobe te se temelji na društveno pripisanim razlikama između muškog i ženskog spola”.⁷ Rodno zasnovano nasilje dolazi u mnogim oblicima, uključujući fizičko, seksualno, psihološko i ekonomsko nasilje. Ima veći utjecaj na žene i djevojke, jer su one najčešće žrtve i trpe veću štetu od muškaraca.⁸

Rodno zasnovano nasilje je oblik diskriminacije kojim se ozbiljno ugrožava sposobnost žene da uživa u pravima i slobodama na bazi jednakosti s muškarcima, prema UN Konvenciji o eliminaciji svih oblika diskriminacije nad ženama (CEDAW), Opća preporuka broj 19. o nasilju nad ženama, član 1.

U ovoj oblasti upravo je Opća preporuka broj 19., iz 1992.godine, bila ključna referenca i alat za zagovaranje za sisteme i organizacije koje se bave pitanjima diskriminacije i nasilja nad ženama. Uzimajući u obzir razvoj događaja u posljednjih 25 godina, Komitet za eliminaciju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW Komitet) je razmatrao efekte primjene Konvencije i izdatih preporuka. Slijedom analiza, CEDAW Komitet je u julu 2017.godine usvojio novu Generalnu preporuku, koja se nastavlja na prethodni ključni dokument Opće preporuke broj 19.

Nova Opća preporuka broj 35 (GR 35) potvrđuje posvećenost UN-a svijetu bez nasilja za sve žene i djevojke. Tako GR 35 definira „rodno zasnovano nasilje“ kao socijalni problem, koji zahtijeva sveobuhvatne odgovore i “jedno od osnovnih društvenih, političkih i ekonomskih sredstava kojima se podstiče podređeni položaj žena u odnosu na muškarce i njihove stereotipne uloge”. Nasilje nad ženama je “kritična prepreka za postizanje suštinske jednakosti između žena i muškaraca i kršenje ženskih ljudskih prava”. Ona se manifestuje u beskonačnosti višestrukih, međusobno povezanih i ponavljanih oblika, uključujući kršenje ženskog seksualnog i reproduktivnog zdravlja i prava, podržanih od strane mnogobrojnih faktora, među kojima su i ideologija muškog prava i privilegija nad ženama.

GR 35 prepoznaje i nove oblike nasilja nad ženama i djevojčicama, redefinirane kroz “tehnološki-vođenu” sredinu, kao što su savremeni oblici nasilja koji se javljaju na internetu i digitalnim prostorima”.

Rodno zasnovano nasilje je strukturni problem koji je duboko ukorijenjen u nejednakim odnosima moći između muškaraca i žena. Takvo nasilje je ovekovečeno štetnim društvenim i kulturnim očekivanjima o rodnom ulogama koje se obično povezuju s činjenicom da je osoba žena ili muškarac, djevojčica ili dječak. Djeluje kao mehanizam za ostvarivanje i održavanje rodne nejednakosti. Žene i djevojke koje su izložene nasilju primaju poruku da su one manje vrijedne od drugih, te da nemaju kontrolu nad svojim životima i tijelima. To ima direktne posljedice na

7 IASC, *Vodič za intervenciju u humanitarnim misijama u slučajevima rodnog nasilja*.

8 Ellsberg, M., Heise, L. “*Researching Violence Against Women: A Practical Guide for Researchers and Activists*”, Washington, DC: World Health Organization, PATH, 2005

njihovo zdravlje, zapošljavanje i učešće u društvenom i političkom životu.⁹

Nasilje u porodici predstavlja još jednu oblast u kojoj se Evropski sud za ljudska prava bavio diskriminacijom po osnovu spola.

Porodično nasilje (nasilje u porodici) označava svako djelo fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja do kojeg dođe u porodici ili domaćinstvu, odnosno između bivših ili sadašnjih supružnika odnosno partnera, neovisno od toga da li počinitelj dijeli ili je dijelio isto domaćinstvo sa žrtvom.¹⁰

4. Ostvarenje i zaštita ljudskih prava žena u međunarodnoj jurisprudenciji

Unaprjeđenje ravnopravnosti spolova danas jedan od glavnih ciljeva država članica Vijeća Evrope. Spol danas spada u zaštićene osnove od centralnog značaja u okviru zabrane diskriminacije prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Evropski sud za ljudska prava je ovo prvi put jasno izrekao u predmetu *Abdulaziz, Cabales and Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹¹ u kojem je nekoliko ljudi osporavalo imigraciona pravila Velike Britanije, po kojima je muškarcima bilo lakše da dovedu svoje supruge u Veliku Britaniju nego ženama da dovedu svoje muževe. Sud je utvrdio povredu člana 14. u vezi sa članom 8. i zauzeo stav da moraju postojati izuzetno značajni razlozi kako bi se mogla opravdati razlika u postupanju koja je isključivo ili u odlučujućoj mjeri zasnovana na spolu. "Praktični značaj ovakvog naglašenog razumijevanja spola kao zaštićenog osnova ogleđa se u tome da je za države izuzetno teško opravdati diskriminaciju na osnovu spola. ESLJP smatra da bi država za to morala navesti razloge od velike težine."¹²

Sud je taj stav potvrđivao i u svojim kasnijim odlukama.¹³ Nepostojanje zajedničkih standarda navodi Sud da neko pitanje smatra pitanjem koje potpada pod polje slobodne procjene države.

U jednom predmetu koji se odnosio na pitanje da li davanje naknade za porodijsko odsustvo samo majkama, a ne i očevima, predstavlja diskriminaciju, Sud je utvrdio da država ima široko polje slobodne procjene, s obzirom na odsustvo zajedničkih standarda o porodijskom odsustvu širom Vijeća Evrope, iako je razlika u postupanju bila zasnovana na spolu.¹⁴ Sud je stoga zaključio da nije prekršen član 14. u vezi sa članom 8. Sličnu je odluku donio i u presudi u predmetu o mogućoj

9 Jačanje odgovora zdravstvenog sistema na rodno zasnovano nasilje u Istočnoj Evropi i Centralnoj Aziji, Resursni paket, UNFPA-WAVE, prevod na BHS jezike, 2014, str. 17. i 18.

10 Član 3b, Vijeće Evrope: Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Istanbul, 2011.

11 Evropski sud za ljudska prava, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog kraljevstva, presuda izrečena 1985. godine*, par. 74 i dalje.

12 Ibid., par. 78., Meškić, Z., „Diskriminacija i zaštićeni osnovi u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava – trend proširivanja i produbljivanja zaštite“ u „Evropski sud za ljudska prava i zaštita od diskriminacije - Jurisprudencija i evolucija standarda“, Analitika – Centar za društvena istraživanja, Sarajevo, 2018., str. 28.

13 *Van Raalte protiv Holandije, presuda izrečena 1997. godine.*

14 *Petrovic protiv Austrije, presuda izrečena 1998. godine*

povredi člana 14. u vezi sa članom 1. Protokola br. 1 (pravo na uživanje imovine) zbog različitih starosnih granica za penzionisanje muškaraca i žena.

Međutim, noviji razvoj događaja svjedoči u prilog evoluciji zajedničkih standarda u analizi diskriminacije koju je Sud nedavno sproveo u vezi sa pritužbom jednog podnosioca predstavke. Ovom podnosiocu predstavke, pripadniku ruske vojske, nije odobreno roditeljsko odsustvo zato što se ono odobrava samo pripadnicama vojske¹⁵. Iako je Sud potvrdio da države imaju široko polje slobodne procjene u oblasti nacionalne bezbjednosti i prihvatio da prava pripadnika vojske mogu biti ograničena u većoj mjeri od prava običnih civila, činjenica da podnosilac predstavke u ovom predmetu nije posjedovao posebne vještine neophodne za propisno funkcionisanje vojske i zaštitu nacionalne bezbjednosti navela je Sud da zaključi da je diskriminacija neopravdana, te da utvrdi povredu člana 8. u vezi sa članom 14. Veliko vijeće je u svojoj presudi ponovilo da pozivanje na tradiciju, opšte pretpostavke i preovlađujuće društvene stavove u određenoj zemlji (na primjer, na tradiciju koja proističe iz tradicionalne podjele uloga spolova u porodici) ne predstavljaju dovoljno opravdanje za različito postupanje po osnovu spola.¹⁶

Žena koja je spriječena da javno govori zbog spola, dakle, može da tvrdi ne samo da joj je povrijeđeno pravo na slobodu govora iz člana 10. već i njeno pravo na zaštitu od diskriminacije iz člana 14. u vezi sa članom 10. Međutim, žena koja je spriječena da se zaposli kao profesor u srednjoj školi ne može tvrditi da je u njenom slučaju prekršen član 14. jer Konvencija ne jemči pravo na zaposlenje u državnoj službi.¹⁷

Sud, međutim, široko tumači član 14., smatrajući da je dovoljno da se radi o nekom drugom materijalnom pravu iz Konvencije i da ono ne mora da bude prekršeno da bi on utvrdio povredu člana 14., čime mu daje nezavisniji efekat nego što bi on inače mogao da ima. Na primjer, Sud je utvrdio da se radilo o članu 8. (pravu na porodični i privatni život) u jednom predmetu u kojem je podnositeljica predstavke bila spriječena da umjesto udatog prezimena u zvaničnim ispravama zadrži svoje djevojačko prezime.¹⁸ Sud je zatim razmatrao član 14. u vezi sa članom 8. i utvrdio da razlika u postupanju prema muškarcima (koji su zadržavali svoje prezime) i ženama (koje su bile prinuđene da uzmu prezime svog supruga) očigledno predstavlja diskriminaciju po osnovu spola. Nakon što je to zaključio, Sud je smatrao da nije neophodno da razmatra da li je prekršen i član 8. sam za sebe.¹⁹

„U pogledu spola kao zaštićenog osnova napravljen je enorman napredak u nivou zaštite zahvaljujući praksi ESLJP-a, naročito ako se uzme u obzir da u prvim nacrtima Konvencije, kao što je to vidljivo iz travaux preparatoires, spol uopće nije spominjan kao jedan od osnova diskriminacije.²⁰ U tom smislu, treba razumjeti i stav

15 *Konstantin Markin protiv Rusije, presuda izrečena 2012. godine*

16 *Zabrana diskriminacije prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Priručnik o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, autori: Fenelon, E., Weiss, A. (autori), Vehabović, F. (predgovor), Kuća štampe, 2016., str. 10. i 11.

17 *Glazenapp protiv FRNJ, presuda izrečena 1986. godine*. Isto, str. 10.

18 *Unal Tekeli protiv Turske, presuda izrečena 2004. godine*

19 Isto.

20 Schabas, *The European Convention on Human Rights*, str. 575.

ESLjP-a u novijoj odluci iz 2012. godine, u kojoj se naglašava da današnji napredak u domenu jednakosti spolova u državama članicama Vijeća Evrope ne dozvoljava državama da daju podršku razumijevanju muške uloge kao izvorne, a uloge žena kao sekundarne.²¹⁻²²

„Relativno novi standard pred ESLjP predstavlja zabrana nasilja nad ženama kao oblika diskriminacije na osnovu spola. U predmetu *Opuz vs. Turska* ESLjP je okvalificirao dugogodišnje nasilje supruga nad ženom i njenom majkom, koje je na kraju dovelo i do ubistva majke, kao diskriminaciju na osnovu spola.²³ ESLjP je, zbog dugogodišnje pasivnosti državnih organa, uprkos brojnim prijavama, zahtjevima za zaštitu i obavještenjima o prijetnjama smrću, našao i povredu pozitivne obaveze države da zaštiti život žene u ovom slučaju. ESLjP je jednak pravni stav potvrdio i u predmetu *A. v. Hrvatska*, ali je smatrao da aplikant nije podnio dovoljno dokaza da su mjere i praksa koje Hrvatska provodi u pogledu nasilja u porodici diskriminirajuće.“²⁴

Sud Evropske unije ima važnu ulogu u postizanju i unaprjeđenju ravnopravnosti muškaraca i žena. Među najznačajnijim presudama su²⁵:

- presuda u predmetu *Defrenne II* od 8.4.1976. (predmet 43/75): Sud je uvažio izravni učinak načela jednake plaće za muškarce i žene te presudio da se to načelo ne odnosi samo na postupanje javnih tijela već i na sve ugovore kojima se kolektivno regulira plaćeni rad;

- presuda u predmetu *Bilka* od 13.5.1986. (predmet C-170/84): Sud je presudio da mjera kojom se zaposlenike s nepunim radnim vremenom isključuje iz strukovnog mirovinskog sustava predstavlja „neizravnu diskriminaciju“ te da je u suprotnosti s prijašnjim člankom 119. Ugovora o osnivanju Europske ekonomske zajednice ako je njome pogođen mnogo veći broj žena nego muškaraca, osim ako se može dokazati da se to isključenje temelji na objektivno opravdanim čimbenicima koji nisu povezani ni s kakvom vrstom diskriminacije na temelju spola;

- presuda u predmetu *Barber* od 17.5.1990. (predmet C-262/88): Sud je odlučio da se sve vrste strukovne mirovine smatraju plaćom u smislu bivšeg članka 119. te se stoga na njih odnosi načelo jednakog postupanja. Sud je presudio da bi muškarci trebali moći ostvarivati svoja prava na mirovinu ili obiteljsku mirovinu istoj dobi kao i njihove kolegice;

- presuda u predmetu *Marschall* od 11.11.1997. (predmet C-409/95): Sud je proglasio da zakoni Zajednice ne isključuju nacionalno pravilo prema kojem, ako je u nekom sektoru broj žena manji od broja muškaraca, prednost u napredovanju treba dati kandidatkinjama („pozitivna diskriminacija“), pod uvjetom da ta prednost nije

21 ESLjP, *Staatkundig Gereformeerde Parti vs. Holandija*, 10. 7. 2012, par. 73.,

22 Meškić, Z., „Diskriminacija i zaštićeni osnovi u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava – trend proširivanja i produblivanja zaštite“ u „Evropski sud za ljudska prava i zaštita od diskriminacije - Jurisprudencija i evolucija standarda“, Analitika – Centar za društvena istraživanja, Sarajevo, 2018., str. 29.

23 ESLjP, *Opuz vs. Turska*, 9. 6. 2009, par. 199 i dalje. Isto.

24 Isto.

25 Navedeno prema: *Kratki vodič o Europskoj uniji – 2019*, Schonard.M., 4.2019., str. 3., www.europarl.europa.eu/factsheets/hr

zajamčena automatski, da se muškim kandidatima jamči razmatranje napredovanja i da im nije unaprijed onemogućeno prijavljivanje za napredovanje;

- presuda u predmetu *Test Achats* od 1.3.2011. (predmet C-236/09): Sud je proglasio nevažećim članak 5. stavak 2. Direktive Vijeća 2004/113/EZ jer je u suprotnosti s načelom jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavi robe, odnosno pružanju usluga. U skladu s time, pri određivanju premija i naknada osiguranja i za muškarce i za žene mora se primjenjivati isti sustav aktuarskog izračuna.

- presuda u predmetu *Korwina-Mikkea* od 31.5. 2018. (predmeti T-770/16 i T-352/17): Sud je donio presudu kojom se poništavaju kazne koje je Europski parlament izrekao zastupniku krajnje desnice u EP-u Januszu Korwinu-Mikkeu uvezi s nizom kontroverznih komentara iznesenih na plenarnoj sjednici. U svojoj je presudi Sud naveo da, iako je sloboda izražavanja temeljno pravo koje se mora zaštititi, u skladu s Poslovnikom Parlamenta institucija može kazniti zastupnike u Europskom parlamentu samo ako njihovi komentari „podrivaju njegove postupke ili su ozbiljna prijetnja društvu, kao što je poticanje na nasilje ili rasnu mržnju”. U tom je kontekstu Poslovnik nedavno izmijenjen. Kodeks primjerenog ponašanja zastupnika u Europskom parlamentu prilikom obnašanja dužnosti Predsjedništvoje donijelo 2. srpnja 2018. kao prilog novom Poslovniku.

5. Umjesto zaključka

Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova podrazumijeva osnovno načelo savremenog prava ljudskih prava – načelo jednakosti i od suštinske je važnosti u međunarodnom i domaćem pravu.

Pojam, sadržaj i značaj ljudskih prava posmatrani u društveno-historijskom, pravno-političkom i kulturno-civilizacijskom kontekstu, nisu ostali nepromijenjeni od postanka i priznavanja do danas, nego je evidentna evolucija ljudskih prava generalno u međunarodnom pravu i odnosima.

Druga polovina XX vijeka donosi internacionalizaciju ljudskih prava, kvalitetno novu dimenziju ljudskih prava u smislu njihovog normiranja, ostvarivanja i zaštite, ujedno time čineći krupan napredak institucionalizacije međunarodne zajednice.

Brojni su međunarodni dokumenti koji normiraju i garantuju prava žena, sa ciljem postizanja ravnopravnosti spolova i unaprjeđenja statuta te ostaviravanja i zaštite prava i interesa žena, praćeni međunarodnom jurisprudencijom i evolucijom standarda, sa imperativom postizanja, među ostalim, i ciljeva koja navodi i Bečka deklaracija i Program akcije: ‘Ljudska prava žena i djevojaka su neotuđivi, integralni i nedjeljivi dio univerzalnih ljudskih prava. Potpuna i jednaka participacija žena u političkom, građanskom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom životu, na nacionalnoj, regionalnoj i međunarodnoj razini i iskorjenjivanje svih oblika diskriminacije na temelju spola jesu prioritetni ciljevi međunarodne zajednice’.

Rebeka Kotlo, PhD, Associate professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University in Mostar

**INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK, STANDARDS AND
PRACTICE IN THE FIELD OF PROTECTION OF RIGHTS AND
INTERESTS AND PROMOTION OF THE STATUS OF WOMEN**

Summary

To say that there is widespread acceptance of basic human rights principles at the national and international levels does not imply the same understanding of their nature and scope. Even today, there are still theoretical differences about the origin, justification, importance and manner of application of individual human rights. The principle of prohibition of discrimination, equal treatment and equal opportunities for women and men and gender equality is a fundamental principle of modern human rights law. The paper will specifically analyze freedom from gender discrimination and gender-based violence as a prerequisite for protecting the dignity, autonomy and equality of women, with a summary of other women's rights as rights relevant to a comprehensive analysis of women's human rights issues in the international legal framework and jurisprudence.

Keywords: protection of women's rights and interests, advancement of women's status, international human rights law, freedom from sexual discrimination and gender-based violence.

Dr. sc. Slađana Aras Kramar, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

NEKI POSTUPOVNOPRAVNI ASPEKTI OSTVARIVANJA RODITELJSKE SKRBI OSOBA S INVALIDITETOM U HRVATSKOM PRAVU

Obiteljskim zakonom Republike Hrvatske iz 2015. značajno je izmijenjen (postupovno)pravni položaj osoba s invaliditetom, posebice osoba koje su roditelji djece, među ostalim, propisivanjem djelomičnog lišenja poslovne sposobnosti tih osoba kao načela i instituta mirovanja ostvarivanja roditeljske skrbi zbog pravnih zapreka, kao i mjera stručne pomoći i potpore i intenzivne stručne pomoći i nadzora nad ostvarivanjem skrbi o djetetu iz nadležnosti centra za socijalnu skrb, te postupka radi nadomještanja pristanka roditelja s invaliditetom za posvojenje djeteta.

Cilj rada je analizirati i raspraviti neke postupovnopravne aspekte ostvarivanja roditeljske skrbi osoba s invaliditetom. U tom kontekstu raspraviti će se i analizirati određena načelno teorijska ali i implementacijsko-praktična pitanja uz postupak radi mirovanja ostvarivanja pojedinih sadržaja roditeljske skrbi, određivanja mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta, kao i uz postupak radi nadomještanja pristanka roditelja s invaliditetom za posvojenje djeteta.

Ključne riječi: osoba s invaliditetom, roditeljska skrbi, dijete, mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta, postupak radi nadomještanja pristanka roditelja za posvojenje djeteta, lišenje poslovne sposobnosti, postupak.

1. Uvod: prava djeteta v. prava roditelja s invaliditetom?

Obitelj je najbolje okruženje za rast i razvoj djeteta u ozračju sreće, ljubavi i razumijevanja, a radi potpunog i skladnog razvoja osobnosti djeteta (Preambula Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta¹). Dijete ima pravo na zaštitu obiteljskog života (čl. 16. KPD),² kao i na zaštitu od izdvajanja iz obitelji (čl. 9. KPD). Mjera izdvajanja djeteta iz obitelji, međutim, može se javiti kao nužnost radi zaštite najboljeg interesa djeteta, posebice u slučajevima zloupotrebljavanja roditeljskih odgovornosti, dužnosti i prava ili zanemarivanja djeteta (čl. 9. st. 1. KPD).³ U svakom

1 Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta iz 1989., Službeni list SFRJ, br. 15/90; Narodne novine RH – Međunarodni ugovori, br. 12/93 (u daljnjem tekstu: KPD).

2 V. t. 59. *Općeg komentara br. 14 (2013.) o pravu djeteta da njegovi najbolji interesi moraju imati prednost (čl. 3. st. 1.) (General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1))*, Committee on the Rights of the Child, 2013., https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf (1. 6. 2019.) (u daljnjem tekstu: CRC/C/GC/14), str. 14.

3 V. t. 60 – 61. CRC/C/GC/14, str. 14.

slučaju kada nije u najboljem interesu djeteta da bude u obiteljskom okruženju, ono uživa konvencijsko pravo na posebnu zaštitu i pomoć države (čl. 20. st. 1. KPD). Posebno postoji obveza osigurati djetetu alternativnu skrb (čl. 20. st. 2. KPD)⁴ na način da se osigura kontinuitet u odgoju djeteta, kao i njegovu etničkom, vjerskom, kulturnom ili jezičnom podrijetlu (čl. 20. st. 3. KPD).

Uz priznavanje djece kao nositelja prava, Konvencija o pravima djeteta ima svoju vrijednost i kao prvi opći obvezujući instrument o ljudskim pravima koji je prepoznao i priznao prava osoba s invaliditetom te izrijekom naveo invaliditet među osnove zabranjene diskriminacije.⁵ U razvoju koncepta i nove paradigme ljudskih prava osoba s invaliditetom, posebice odraslih osoba, svakako nezaobilazno mjesto zauzima (i) Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima osoba s invaliditetom.⁶ Vrijednost je KPOI-a u propisivanju obveza država stranaka na poduzimanje djelotvornih i odgovarajućih mjera otklanjanja diskriminacije protiv osoba s invaliditetom u svim pitanjima vezanim uz brak, obitelj, roditeljstvo i osobne odnose (čl. 23. st. 1. KPOI). Posebice, države stranke su dužne pružiti odgovarajuću pomoć osobama s invaliditetom u provedbi njihovih dužnosti u podizanju djece (čl. 23. st. 2. reč. 2. KPOI).

I SAS, među prevencijom potrebe za alternativnom skrbi, ističe potrebu za djelotvornim mjerama za prevenciju napuštanja djece, odricanja roditeljskih prava te izdvajanja djece iz obitelji. Socijalne politike i programi trebaju, među ostalim, osnažiti obitelji stavovima, vještinama, sposobnostima i alatima koji će im omogućiti da osiguraju adekvatnu zaštitu, skrb i razvoj svoje djece (t. 34. SAS). Posebice postoji potreba za socijalnim uslugama pružanja podrške roditeljima i djecom s invaliditetom, poput usluge dnevnog smještaja i njege, pristup obrazovanju i stručnom osposobljavanju djece te zdravstvenim uslugama i uslugama rehabilitacije.⁷ Takve usluge, po mogućnosti integrirane i neinvazivne prirode, trebale bi biti neposredno

4 Alternativna skrb može, među ostalim, uključivati smještaj djeteta kod udomitelja, *kafalu* prema islamskom pravu, posvojenje ili, po potrebi, smještaj u odgovarajuće ustanove za skrb o djeci (čl. 20. st. 3. KPD). Prema *Smjernicama Ujedinjenih naroda za alternativnu skrb o djeci* iz 2010. (*Guidelines for the Alternative Care of Children*, UN General Assembly, A/RES/64/142 (u daljnjem tekstu: SAS)), alternativna skrb zamjenjuje roditeljsku skrb te može imati oblik formalne ili neformalne skrbi unutar šire obitelji, ili s bliskim prijateljima obitelji ili s osobama koje dijete otprije ne poznaje. Ona može biti udomiteljska skrb ili drugi oblik smještaja u okruženje obiteljskog tipa ili pak institucionalna skrb (t. 29. (b) i (c) SAS). Cantwell, N.; Davidson, J.; Elsley, S.; Milligan, I.; Quinn, N., *Moving Forward: Implementing the Guidelines for the Alternative Care of Children*, Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland, Glasgow, 2012., <https://www.alternativecareguidelines.org/Portals/46/Moving-forward/Moving-forward-implementing-the-guidelines-ENG.pdf> (1. 6. 2019.), str. 32-34.

5 Zabranjena je diskriminacija na osnovu invalidnosti djeteta ili roditelja ili zakonskog skrbnika (čl. 2. st. 1. KPD). Committee on the Rights of the Child, *Opći komentar br. 9 (2006). Prava djece s invaliditetom (General comment No. 9 (2006). The rights of children with disabilities)*, Geneva, 2006., https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC9_en.doc (1. 6. 2019).

6 Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima osoba s invaliditetom iz 2006., Narodne novine RH – Međunarodni ugovori, br. 6/07, 3/08, 5/08 (u daljnjem tekstu: KPOI). O tzv. *human rights based approach* i KPOI-u v. Chilemba, E. M., *International Law on the Rights of Children with Disabilities*, u: Kilkelly, U.; Liefwaard, T. (ur.), *International Human Rights of Children*, Springer, Singapore, 2019., str. 364., 369., 373-375.

7 V. Cantwell, N.; Davidson, J.; Elsley, S.; Milligan, I.; Quinn, N., *op. cit.* (bilj. 4), str. 55.

dostupne u lokalnoj zajednici i aktivno uključivati sudjelovanje obitelji kao partnera, udružujući svoje resurse s resursima lokalne zajednice i pružatelja skrbi (t. 34. (b) SAS). Ako roditelji zanemaruju djecu zbog zloupotrebe sredstva ovisnosti ili duševnih bolesti, preventivne mjere trebale bi razmotriti i usluge roditeljima u pogledu tretmana njihovih problema zajedno s jačanjem njihovih sposobnosti, odnosno jačanje veze između službi mentalnog zdravlja, usluga liječenja od ovisnosti te službi zaštite djece.⁸

Invaliditet djeteta ili jednog ili oba roditelja ne smije biti osnova za izdvajanje djeteta iz obitelji (čl. 23. st. 4. reč. 2. KPOI).⁹ Izdvajanje djeteta iz obitelji može se razmatrati samo u slučajevima kada nužna potpora obitelji u svrhu očuvanja obiteljskog života nije dovoljno djelotvorna, a kako bi se izbjegao rizik zanemarivanja ili napuštanja djeteta ili rizik za sigurnost djeteta (t. 63. CRC/C/GC/14). Tomu treba pridodati i okolnosti da obitelji s invaliditetom često prati i situacija siromaštva¹⁰ te da financijsko i materijalno siromaštvo ili uvjeti koji su izravna i specifična posljedica takvog siromaštva, nikad ne smiju biti jedini razlog za izdvajanje djeteta iz obitelji, smještanje djeteta u alternativnu skrb ili sprečavanje njegove reintegracije, nego ih treba prihvatiti kao znak da je obitelji potrebno pružiti odgovarajuću podršku (t. 15. SAS; t. 62. CRC/C/GC/14).¹¹

U slučajevima kada ipak treba doći do izdvajanja djeteta iz obitelji te smještaja u alternativnu skrb, države trebaju uspostaviti supstantivne zahtjeve te procesna jamstva za takvo izdvajanje te smještaj djeteta u cilju osiguranja da se ta mjera koristi kao krajnja (čl. 9. st. 1. KPD).¹² Nužnost zaštite najboljeg interesa djeteta predstavlja supstancijalni zahtjev mjere izdvajanja djeteta iz obitelji (čl. 9. st. 1. reč. 1. KPD). Tomu treba pridodati i zahtjev da odluku o izdvajanju djeteta iz obitelji donese nadležno tijelo te da je ona podložna sudskoj kontroli u skladu s mjerodavnim pravom i postupkom (čl. 9. st. 1. reč. 1. KPD; čl. 6. st. 1. (Europske) konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹³). Jedan od važnih elemenata je i sudjelovanje

8 V. t. 47. (c) (iii) *Općeg komentara br. 13 (2011.) o pravu djeteta na slobodu od svih oblika nasilja (General comment No. 13 (2011). The right of the child to freedom from all forms of violence)*, Committee on the Rights of the Child, 2011., https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_en.pdf (5. 6. 2019.) (u daljnjem tekstu: CRC/C/GC/13), str. 18-19.

9 V. t. 61. – 62. *Općeg komentara br. 6 (2018.) o jednakosti i nediskriminaciji (General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination)*, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2018., <https://digitallibrary.un.org/record/1626976> (6. 6. 2019.) (u daljnjem tekstu: CRPD/C/GC/6), str. 14-15.

10 V. t. 68. CRPD/C/GC/6, str. 16.

11 O siromaštvu i alternativnoj skrbi te preporukama pojedinim državama strankama KPD-a v. u K. Sandberg, *Alternative Care and Children's Rights*, u: Kilkelly, U.; Liefwaard, T. (ur.), *International Human Rights of Children*, Springer, Singapore, 2019., str. 192-193.

12 V. t. 61. CRC/C/GC/14; t. 14. SAS; t. 46. CRC/C/GC/13. U literaturi se koristi pojam tzv. *gatekeeping* za označavanje procesa osiguranja da smještaj djeteta u alternativnu skrb bude krajnja mjera, kao i da izbor skrbi bude prilagođen svakom djetetu. V. Cantwell, N.; Davidson, J.; Elsley, S.; Milligan, I.; Quinn, N., *op. cit.* (bilj. 4), str. 67-71.

13 (Europska) konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine RH – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10 (u daljnjem tekstu: EK). U praksi Europskog suda za ljudska prava u odnosu na povredu ljudskih prava osoba s invaliditetom u predmetima o roditeljskoj skrbi, Sud je našao povredu čl. 8. EK-a (prava na zaštitu privatnog i obiteljskog života)

djeteta i roditelja u postupku, kao i njihovo pravo na izražavanje mišljenja (čl. 9. st. 2., čl. 12. KPD¹⁴)¹⁵ te osiguranje odgovarajućeg pravnog zastupnika djeteta i roditelja (t. 96. CRC/C/GC/14; t. 47., t. 57. SAS).¹⁶

Kako postići pravičnu ravnotežu prava i interesa djeteta te onih roditelja s invaliditetom? Tomu bi trebao služiti test procjene najboljeg interesa djeteta.¹⁷ Osnovna procjena najboljeg interesa djeteta je opća procjena svih elemenata relevantnih za najbolji interes djeteta, a važnost svakog pojedinog elementa ovisi o važnosti ostalih elemenata. Nisu svi elementi relevantni u svakom pojedinačnom

u slučajevima kada tim osobama nisu bila osigurana odgovarajuća postupovna jamstva. Stoga Sud nije posebno razmatrao povrede čl. 6. st. 1. EK-a, ustvrdivši da se one preklapaju s pitanjima koja su ispitana temeljem čl. 8. EK-a. Europski sud za ljudska prava, predmet X protiv Republike Hrvatske (2008.), presuda od 17. srpnja 2008., str. 16. (t. 59.); predmet A. K. i L. protiv Republike Hrvatske (2013.), presuda od 8. siječnja 2013., str. 18. (t. 84.). V. *infra ad* bilj. 15. i 16.

14 V. Opći komentar br. 12 (2009.) o pravu djeteta da bude saslušano (*General comment No. 12 (2009). The right of the child to be heard*), Committee on the Rights of the Child, 2009., <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf> (5. 6. 2019.). Također, v. Europsku konvenciju o ostvarivanju dječjih prava iz 1996., Narodne novine RH – Međunarodni ugovori, br. 1/10; <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/160> (5. 6. 2019.), posebice čl. 4., čl. 5., čl. 10. Konvencije.

15 Iz presude Europskog suda za ljudska prava, predmet X protiv Republike Hrvatske (2008.), presuda od 17. srpnja 2008., str. 14. (t. 48.): „Istina je da članak 8. ne sadrži izričite postupovne zahtjeve, ali to nije presudno za ovo pitanje. Među pitanjima što ih lokalno tijelo razmatra prilikom donošenja odluka o djeci stavljenoj pod njegovu skrb moraju bezuvjetno biti stavovi i interesi bioloških roditelja. Dakle, proces odlučivanja, prema mišljenju Suda, mora biti proces u kojemu će se osigurati da lokalno tijelo bude upoznato s njihovim stavovima i interesima i da ih propisno uzme u obzir, te da im se omogući pravovremeno korištenje svih pravnih sredstava koja im stoje na raspolaganju. Stoga je, prema mišljenju Suda, potrebno utvrditi, uzimajući u obzir konkretne okolnosti predmeta, a osobito ozbiljnost odluka koje se donose, jesu li roditelji bili uključeni u proces odlučivanja, gledan u cjelini, u onoj mjeri koja je dovoljna da im se pruži potrebna zaštita njihovih interesa. Ako nisu, to će značiti da nije poštivan njihov obiteljski život, pa se miješanje do kojega je došlo zbog te odluke neće moći smatrati nužnim u smislu članka 8...“. Isto je shvaćanje Sud izrazio i u predmetu: predmet A. K. i L. protiv Republike Hrvatske (2013.), presuda od 8. siječnja 2013., t. 63., str. 15.

16 Iz presude Europskog suda za ljudska prava, predmet A. K. i L. protiv Republike Hrvatske (2013.), presuda od 8. siječnja 2013., str. 17.: „72. Prva podnositeljica nije bila zastupana u postupku za lišenje njezinog prava na roditeljsku skrb, usprkos zahtjevu iz članka 267. Obiteljskog zakona (iz 2003. (dodao autor)). Nacionalne vlasti su utvrdile da je lakše mentalno retardirana i da usprkos potrebi za trajnim psihijatrijskim liječenjem nije dobivala takvo liječenje... Sud smatra da su se nacionalne vlasti trebale pobrinuti da, s obzirom na važnost postupka o kojemu je riječ za njezino pravo na poštovanje njezinog obiteljskog života, interesi prve podnositeljice budu odgovarajuće zaštićeni u postupku o kojemu je riječ. To da prva podnositeljica nije mogla pravilno razumjeti puni pravni učinak takvog postupka i odgovarajući se zastupati u svom predmetu i tako zaštititi svoja prava i interese kao biološka majka L., dokazuju njene naprijed opisane okolnosti. 73. ...Sudu je teško prihvatiti da bi se osoba čiji su problemi s govorom i ograničeni rječnik uzeti kao osnove za bojazan da neće moći naučiti svoje dijete pravilno govoriti mogla zastupati u svom predmetu u postupku pred nacionalnim sudovima u odnosu na svoje pravo na roditeljsku skrb... 80. ...Sud smatra da nisu postojala odgovarajuća jamstva ni u jednoj fazi postupka raskidanja veze među podnositeljima. Stoga nalazi da je došlo do povrede članka 8. Konvencije...“.

17 Najbolji interes djeteta je dinamičan koncept koji obuhvaća razna pitanja koja se stalno razvijaju (t. 11. reč. 1. CRC/C/GC/14); on je fleksibilan i prilagodljiv (t. 32. reč. 3. CRC/C/GC/14). Među ostalim, Odbor za prava djeteta razvio je trojaki koncept najboljeg interesa djeteta: kao supstancijalno (materijalno) pravo, kao fundamentalno, interpretativno pravno načelo te kao pravilo postupka (t. 6. CRC/C/GC/14).

slučaju, a različiti elementi se mogu upotrijebiti na različite načine u pojedinačnim slučajevima (t. 80. CRC/C/GC/14). Među relevantnim elementima trebalo bi izdvojiti mišljenje djeteta, prirodu i kvalitetu odnosa djeteta s obitelji, sposobnost obitelji da štiti dobrobiti i skladan razvoj djeteta, potrebu ili želju djeteta da se osjeća dijelom obitelji, njegov odnos s braćom ili sestrama.¹⁸ Posebice je istaknuto da u okviru procjene najboljeg interesa, prilikom razmatranja određenog slučaja i njegovih okolnosti, elementi mogu biti u suprotnosti jedni s drugima. Tako se navodi primjer da očuvanje obiteljske sredine može biti u suprotnosti s potrebom da se dijete zaštititi od opasnosti od nasilja ili zlostavljanja od strane roditelja. U takvim je situacijama potrebno usporediti elemente i utvrditi rješenje koje je u skladu s najboljim interesom djeteta ili djece (t. 81. CRC/C/GC/14),¹⁹ uz uvažavanje postupovnih prava i ostalih stranaka postupka, a što naravno možete biti vrlo izazovno.

Praksa Europskog suda za ljudska prava u predmetima koji su se vodili protiv Republike Hrvatske ukazuje na pojedine propuste u postizanju pravične ravnoteže prava i interesa djeteta te onih roditelja s invaliditetom, posebice u izostanku postupovnih jamstava roditelja s invaliditetom u odnosu na postupke o roditeljskoj skrbi njihove djece.²⁰ Upravo su te okolnosti, uz stupanje na snagu KPOI-a, utjecale, među ostalim, na reformu hrvatskog obiteljskog prava i postupka u ovom području.²¹

Novi Obiteljski zakon,²² u pokušaju odgovora na pitanje pravične ravnoteže prava i interesa djeteta te onih roditelja s invaliditetom, propisao je novi (postupovno) pravni položaj djeteta (čl. 130., čl. 240., čl. 358. – čl. 361. ObZ 15) i roditelja s invaliditetom (čl. 188. st. 1. – 3., čl. 190., čl. 241., čl. 362., čl. 364. ObZ 15) te pravozaštitni put u cilju zaštite prava na obiteljski život djece i roditelja s invaliditetom (čl. 140. – čl. 144., čl. 145. – čl. 148., čl. 190., čl. 493. – čl. 495. ObZ 15).

U području zaštite ljudskih prava djeteta i roditelja s invaliditetom i preventivnih mjera, treba istaknuti propisivanje djelomičnog lišenja poslovne sposobnosti roditelja s invaliditetom kao načela (čl. 234. st. 2. ObZ 15) i instituta mirovanja ostvarivanja roditeljske skrbi zbog pravnih zapreka (čl. 114., čl. 478. st. 2., čl. 479. st. 2., čl. 480., čl. 481. – čl. 483. ObZ 15), uključujući i zaštitu postupovnih prava na izražavanje mišljenja i zastupnika (čl. 130., čl. 240., čl. 241., čl. 358. – čl. 362., čl. 364. ObZ 15), te mjere stručne pomoći i potpore i intenzivne stručne pomoći i nadzora nad ostvarivanjem skrbi o djetetu iz nadležnosti centra za socijalnu skrb (čl. 140. – čl.

18 Usp. t. 52. – 79. CRC/C/GC/14; usp. t. 62. SAS-a; usp. Peleg, N., *International Children's Rights Law: General Principles*, u: Kilkelly, U.; Liefwaard, T. (ur.), *International Human Rights of Children*, Springer, Singapore, 2019., str. 142-143. Odbor za prava djeteta ostavlja otvorenim pitanje popisivanja mogućih elemenata za procjenu najboljeg interesa djeteta (v. t. 50. i 51. CRC/C/GC/14).

19 O tzv. *child-centered approachu* koji položaj djeteta i njegova prava stavlja u središte postupka v. Peleg, N., *op. cit.* (bilj. 18), str. 151-153.

20 V. *supra ad* bilj. 15. i 16.

21 Usp. Milas Klarić, I., *Reforma skrbničkog zakonodavstva i europski pravni okvir*; Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, 5 (2014), 1, str. 112.; Rešetar, B., *Utjecaj prakse Europskog suda za ljudska prava na reformu obiteljskopravne zaštite osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj*, u: Rešetar, B.; Aras Kramar, S.; Lucić, N.; Medić, I.; Šago, D.; Tucak, I.; Mioč, P., *Suvremeno obiteljsko pravo i postupak*, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2017., str. 200.

22 Obiteljski zakon Republike Hrvatske iz 2015., Narodne novine RH, br. 103/15 (u daljnjem tekstu: ObZ 15).

144., čl. 145. – čl. 148. ObZ 15). Ako ostanak djeteta u obitelji nije moguć, ObZ 15 na bitno novi način propisuje mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta koje za posljedicu imaju izdvajanje djeteta iz obitelji (čl. 150. – čl. 153., čl. 155. – 163., čl. 164. – čl. 169., čl. 485. – čl. 489. ObZ 15). Pravična ravnoteže prava i interesa djeteta te onih roditelja s invaliditetom našla je svoj odraz i u novom pravozaštitnom putu, postupku radi nadomještanja pristanka roditelja s invaliditetom za posvojenje djeteta (čl. 188. st. 1. – 3., čl. 190., čl. 493. – čl. 495. ObZ 15).

U tom kontekstu, raspravit će se i analizirati određena načelno teorijska ali i implementacijsko-praktična pitanja uz novi (postupovno)pravni položaj djeteta i roditelja s invaliditetom te preventivne mjere zaštite prava na obiteljski život tih osoba.²³ Potom slijedi dio o mjerama izdvajanja djeteta iz obitelji, i to određenim mjerama za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta iz nadležnosti sud te postupku radi nadomještanja pristanka roditelja s invaliditetom za posvojenje djeteta.²⁴ U kontekstu novog (postupovno)pravnog položaja djeteta i roditelja s invaliditetom, u zaključnom dijelu rada analizirat će se također i interesantna (prvostupanjska i drugostupanjska) odluka hrvatskog suda.²⁵

Pojam osobe s invaliditetom u kontekstu rada treba tumačiti u smislu KPOI-a, kao pojam koji se odnosi na one osobe koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja, koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu sprečavati njihovo puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima (čl. 1. KPOI), uključujući, dakle, i osobe s mentalnim i intelektualnim oštećenjima (duševnim smetnjama).

2. Pravo na obiteljski život: preventivne mjere

2.1. Općenito

Na području zaštite ljudskih prava osoba s invaliditetom, posebice u okviru konvencijskog prava jednakosti pred zakonom (čl. 12. KPOI),²⁶ novina je u napuštanju instituta potpunog lišenja poslovne sposobnosti (čl. 234. st. 2. ObZ 15). Prema važećem uređenju, osoba može biti samo djelomično lišena poslovne sposobnosti. Pritom će sud rješenjem o lišenju poslovne sposobnosti odrediti radnje i poslove koje osoba nije sposobna samostalno poduzeti u odnosu na osobno stanje te imovinu (čl. 234. st. 4. ObZ 15). Ako je osoba lišena poslovne sposobnosti roditelj djeteta, u dijelu u kojem nije u stanju ostvarivati roditeljsku skrb nastupa mirovanje ostvarivanja roditeljske skrbi (čl. 234. st. 8. ObZ 15).

Institut mirovanja ostvarivanja roditeljske skrbi ima za cilj očuvanje mogućnosti da roditelji (djelomično) lišeni poslovne sposobnosti (barem) djelomice ostvaruju

23 V. *infra ad* 2.

24 V. *infra ad* 3.

25 V. *infra ad* 4.

26 V. t. 12. – 15. *Općeg komentara br. 1. (2014.). Članak 12.: Jednakost pred zakonom (General comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law)*, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2014., <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx> (6. 6. 2019.), str. 3-4.

roditeljsku skrb.^{27 28} Mirovanje ostvarivanja roditeljske skrbi zbog pravnih zapreka nastupa u slučajevima kad je roditelj djeteta osoba lišena poslovne sposobnosti u dijelu u kojem nije u stanju ostvarivati roditeljsku skrb (čl. 114. st. 1. ObZ 15). Dok traje mirovanje ostvarivanja roditeljske skrbi, svakodnevnu skrb o djetetu može ostvarivati roditelj lišen poslovne sposobnosti samostalno ili zajedno s drugim roditeljem djeteta ili skrbnikom djeteta (čl. 114. st. 2., čl. 224. t. 3. ObZ 15). Roditelj lišen poslovne sposobnosti ne može zastupati dijete u dijelu u kojem je lišen poslovne sposobnosti. Dijete zastupa drugi roditelj ili skrbnik djeteta koji je dužan poštovati mišljenje roditelja lišenog poslovne sposobnosti (čl. 114. st. 3. ObZ 15). U slučaju neslaganja roditelja djeteta međusobno ili roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika djeteta oko zastupanja djeteta u donošenju odluka koje su bitne za dijete (čl. 108. ObZ 15) sud će u izvanparničnom postupku na prijedlog djeteta, roditelja ili skrbnika donijeti rješenje kojim će odrediti tko će zastupati dijete u toj stvari (čl. 114. st. 4. ObZ 15).²⁹ Mirovanje ostvarivanja roditeljske skrbi zbog pravnih zapreka (djelomično) prestaje kad prestanu postojati razlozi zbog kojih ostvarivanje roditeljske skrbi miruje (čl. 114. st. 6. ObZ 15); dakle, kada roditelj postane potpuno poslovno sposoban odnosno kada mu se djelomično vrati poslovna sposobnost.

Mogućnost ostvarivanja sadržaja roditeljske skrbi roditelja lišenog poslovne sposobnosti ObZ 15 vezuje uz izreku rješenja o lišenju poslovne sposobnosti (*arg. ex.:* čl. 114. st. 1. – 3., čl. 234. st. 8. ObZ 15). Kao što je već navedeno, rješenjem o lišenju poslovne sposobnosti sud će odrediti radnje i poslove koje osoba nije sposobna samostalno poduzeti u odnosu na osobno stanje te imovinu (čl. 234. st. 5. ObZ 15). Tako bi sud u rješenju o lišenju poslovne sposobnosti mogao odrediti da osoba nije sposobna samostalno davati izjave ili poduzimati radnje koje se odnose na promjenu osobnog imena, ili odluke o zdravlju, ili promjenu mjesta prebivališta, odnosno boravišta (čl. 234. st. 5. ObZ 15) te takav roditelj ne bi navedene radnje mogao poduzimati niti u ime i za račun djeteta (*arg. ex.:* čl. 114. st. 1. i 3. ObZ 15). Također, sud bi u izreci rješenja o lišenju poslovne sposobnosti mogao odrediti i radnje i poslove koje osoba nije sposobna samostalno poduzeti i koji se odnose na imovinu, poput raspolaganja i upravljanja imovinom, odnosno novčanim sredstvima preko određenog iznosa (čl. 234. st. 6. i 7. ObZ 15) te takav roditelj ne bi navedene radnje ili poslove mogao poduzimati niti u ime i za račun djeteta (*arg. ex.:* čl. 114. st. 1. i 3. ObZ 15); dakle, u naznačenom bi dijelu s pravomoćnošću odnosno djelotvornošću rješenja o lišenju poslovne sposobnosti ako ona nastupa prije pravomoćnosti (čl. 444. st. 2. ObZ 15) *ex lege* nastupilo i mirovanje ostvarivanja roditeljske skrbi (*arg. ex.:* čl. 114. st. 1. i 3., čl. 234. st. 8. ObZ 15).

27 Usp. *Konačni prijedlog Obiteljskog zakona P. Z. E. br. 847*, Zagreb, rujan 2015., str. 215-216.

28 Mirovanje roditeljske skrbi zbog pravnih zapreka propisuje i njemački BGB (§ 1673.), doduše, pod različitim pretpostavkama te s različitim učincima u odnosu na hrvatsko pravo. Tako ako je roditelj poslovno nesposoban, miruje roditeljska skrb (§ 1673. st. 1. BGB). To vrijedi i ako je roditelj ograničeno poslovno sposoban. Pritom on može ostvarivati skrb o osobi djeteta zajedno sa zakonskim zastupnikom djeteta; on nije ovlašten za zastupanje djeteta (§ 1673. st. 1. BGB). V. i Schwab, D., *Familienrecht*, 17. izd., Verlag C.H.Beck, München, 2009., str. 344-346.

29 V. *infra ad 2.2.*

Uzimajući u obzir temeljne sadržaje roditeljske skrbi (čl. 92. ObZ 15), lišenje poslovne sposobnosti roditelja te s tim povezano mirovanje ostvarivanja (dijela) sadržaja roditeljske skrbi ima svoje učinke na prava i dužnosti roditelja da zastupaju dijete u ostvarivanju pojedinih osobnih prava i/ili na prava i dužnosti roditelja da upravljaju imovinom djeteta i zastupaju imovinska prava i interese djeteta (*arg. ex:* čl. 114. st. 1. i 3., čl. 234. st. 8. ObZ 15). S druge strane, dok traje mirovanje ostvarivanja roditeljske skrbi, svakodnevnu skrb o djetetu može ostvarivati roditelj lišen poslovne sposobnosti samostalno ili zajedno s drugim roditeljem djeteta ili skrbnikom djeteta (čl. 114. st. 2., čl. 224. t. 3. ObZ 15), međutim, treba uzeti, ovisno o dijelu u kojem je lišen poslovne sposobnosti (*arg. ex:* čl. 114. st. 1. i 3., čl. 234. st. 8. ObZ 15). Skrb zaštite osobnih prava djeteta na zdravlje, razvoj, njegu i zaštitu, odgoj i obrazovanje, ostvarivanje osobnih odnosa te određivanje mjesta stanovanja (čl. 92. st. 1. ObZ 15), naime, u određenim situacijama nužno uključuje i pravo i dužnost zastupanja djetetovih osobnih prava i interesa (čl. 92. st. 3. ObZ 15), primjerice prilikom donošenja odluke o zdravlju djeteta, upisu ili promjeni škole, promjeni mjesta prebivališta odnosno boravišta djeteta.

Jačanju kapaciteta roditelja s invaliditetom, posebice u kontekstu okolnosti da je tim roditeljima kroz institut mirovanja roditeljske skrbi omogućeno (djelomično) ostvarivanje svakodnevne skrbi o djetetu, trebale bi služiti preventivne mjere iz nadležnosti centra za socijalnu skrb, i to mjera stručne pomoći i potpore (čl. 140. – čl. 144. ObZ 15) te intenzivne stručne pomoći i nadzora nad ostvarivanjem skrbi o djetetu (čl. 145. – čl. 148. ObZ 15).

Mjera stručne pomoći i potpore u ostvarivanju skrbi o djetetu uređena je na način da ju centar za socijalnu skrb može uvijek odrediti (bez obzira na vrstu prethodno određene mjere) ako utvrdi da roditelji nisu u stanju samostalno ostvarivati roditeljsku skrb u cijelosti ili djelomice zbog okolnosti na strani roditelja ili na strani djeteta, pri čemu je ugrožen razvoj djeteta (čl. 140. st. 1. ObZ 15). Osim toga, mjera stručne pomoći i potpore određuje se u neprekidnom trajanju od šest mjeseci do godine dana, međutim, može se i produljivati uvijek ako za to postoje opravdani razlozi (čl. 142. ObZ 15).

Centar za socijalnu skrb će roditeljima odrediti mjeru intenzivne stručne pomoći i nadzora nad ostvarivanjem skrbi o djetetu ako je utvrđeno da je djetetov razvoj ozbiljno ugrožen, a roditelji su spremni i sposobni u kraćem vremenu promijeniti svoje ponašanje kako bi se spriječilo izdvajanje djeteta iz obitelji te spremni poštovati jasne upute i omogućiti nesmetan nadzor nad skrbi o djetetu (čl. 145. st. 1. ObZ 15). Ta mjera intenzivne stručne pomoći i nadzora određuje se u trajanju od tri do šest mjeseci, ovisno o razlozima zbog kojih se mjera određuje (čl. 147. st. 1. ObZ 15) te se može odrediti višekratno ako se pokažu pozitivne promjene na strani roditelja i napredak na strani djeteta, ali najdulje u uzastopnom trajanju do godine dana (čl. 147. st. 2. ObZ 15).

Kako mjera stručne pomoći i potpore, tako i mjera intenzivne stručne pomoći i nadzora nad ostvarivanjem skrbi o djetetu primjenjive su samo ako život i zdravlje djeteta u obitelji nisu ugroženi (čl. 140. st. 2., čl. 145. st. 2. ObZ 15). Također, treba napomenuti da je centar za socijalnu skrb dužan prije isteka godine dana od dana

prestanka mjere stručne pomoći i potpore odnosno intenzivne stručne pomoći i nadzora procijeniti obiteljske prilike (čl. 144., čl. 148. ObZ 15).

2.2. Postupak radi ostvarivanja roditeljske skrbi

2.2.1. Općenito

Kao nužna posljedica uvođenja instituta mirovanja ostvarivanja roditeljske skrbi, ObZ-om 15 propisan je novi pravozaštitni put za slučaj neslaganja roditelja djeteta međusobno (od kojih je jedan lišen poslovne sposobnosti) ili roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika djeteta oko zastupanja djeteta u donošenju odluka koje su bitne za dijete (čl. 108. ObZ 15). U tim slučajevima, naime, dijete zastupa drugi roditelj ili skrbnik djeteta koji je dužan poštovati mišljenje roditelja lišenog poslovne sposobnosti (čl. 114. st. 3. ObZ 15). Ako dođe do neslaganja roditelja djeteta međusobno ili roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika djeteta oko zastupanja djeteta u donošenju odluka koje su bitne za dijete, sud će u izvanparničnom postupku na prijedlog djeteta, roditelja ili skrbnika donijeti rješenje kojim će odrediti tko će zastupati dijete u toj stvari (čl. 114. st. 4., čl. 478. st. 2. t. 1. ObZ 15).

Odluke koje su bitne za dijete odnose se na zastupanje u vezi s bitnim osobnim pravima djeteta i zastupanje u vezi s vrjednijom imovinom i imovinskim pravima djeteta (čl. 108. st. 2. ObZ 15). Zastupanje u vezi s bitnim osobnim pravima djeteta odnose se na promjenu djetetova osobnog imena, promjenu prebivališta, odnosno boravišta djeteta i izbor ili promjenu vjerske pripadnosti (čl. 100. st. 1. ObZ 15). Prema čl. 101. st. 2. ObZ-a 15, zastupanje u vezi s vrjednijom imovinom i imovinskim pravima djeteta smatraju se zastupanja prigodom otuđenja i opterećenja nekretnina, pokretnina koje se upisuju u javne upisnike ili pokretnina veće vrijednosti, raspolaganja dionicama i poslovnim udjelima, raspolaganja nasljedstvom, prihvaćanja darova s teretom ili odbijanja ponuđenih darova te raspolaganja drugim vrjednijim imovinskim pravima, ovisno o okolnostima pojedinoga slučaja. Tomu treba pridodati i zastupanje prigodom sklapanja ugovora između djeteta i fizičkih ili pravnih osoba kojima je predmet raspolaganje budućim imovinskim pravima djeteta u vezi s njegovim sportskim, umjetničkim ili sličnim aktivnostima (čl. 101. st. 3. ObZ 15). Odluke koje su bitne za dijete, međutim, mogu biti i druge odluke koje mogu znatno utjecati na život djeteta kao što je ostvarivanje osobnih odnosa s djetetu bliskim osobama, izvanredni medicinski postupci ili liječenje te izbor škole (čl. 108. st. 3. ObZ 15.).

Lista odluka koje su bitne za dijete te koje mogu biti izvor prijepora između roditelja lišenog poslovne sposobnosti te drugog roditelja odnosno skrbnika djeteta nije, dakle, taksativna budući da to mogu biti i druge odluke koje mogu znatno utjecati na život djeteta (*arg. ex* čl. 108. st. 3. ObZ 15). Stoga ako bi koja od stranaka pokrenula postupak radi određivanja osobe koja je ovlaštena zastupati dijete u donošenju odluke koja nije izrijeком navedena u čl. 108. st. 1. – 3. ObZ-a 15, sud bi trebao cijeniti bi li se radilo o drugoj odluci koja može znatno utjecati na život djeteta u skladu sa čl. 108. st. 3. ObZ-a 15. Ako bi sud zauzeo stav da se ne radi o drugoj odluci koja može znatno utjecati na život djeteta u skladu sa čl. 108. st. 3. ObZ-a 15, trebao bi odbaciti prijedlog stranke budući da ovaj pravozaštitni put ne bi

bio dopušten (*arg. ex*: čl. 114. st. 4., čl. 478. st. 2. t. 1. ObZ 15). U tom slučaju dijete bi zastupao drugi roditelj odnosno skrbnik u donošenju odluke.

Postupak radi određivanja osobe koja će zastupati dijete u donošenju odluka koje su bitne za dijete, u slučaju neslaganja roditelja djeteta međusobno (od kojih je jedan lišen poslovne sposobnosti) ili roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika djeteta, propisan je u osmom dijelu Zakona koji sadrži odredbe kojima se uređuje postupak pred sudom. Taj je postupak uređen kao posebni obiteljski izvanparnični postupak (čl. 433. t. 6. ObZ 15), i to među posebnim postupcima radi ostvarivanja roditeljske skrbi i osobnih odnosa s djetetom (čl. 478. – čl. 484. ObZ 15). Pritom se na postupak određivanja zastupnika djeteta primjenjuju i opća pravila koja vrijede za sve obiteljske sudske postupke (čl. 345. – čl. 367. ObZ 15) te opća pravila za izvanparnične postupke (čl. 434. – čl. 448. ObZ 15). Propisana je i supsidijarna primjena Zakona o parničnom postupku³⁰ u ovim postupcima (čl. 346. ObZ 15).

2.2.2. Nadležnost i sastav suda

Granice interne jurisdikcije u postupku radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika utvrđene su odredbom čl. 433. t. 6. te čl. 478. st. 2. t. 1. ObZ-a 15 o pravnim stvarima za koje je izrijekom rečeno da će ih rješavati sud u izvanparničnom postupku. U tom postupku stvarno je nadležan općinski sud (čl. 18. t. 1. Zakona o sudovima³¹), dok je mjesno nadležan sud koji je opće mjesno nadležan za dijete (čl. 480. ObZ 15). Opće mjesno nadležan sud za dijete određivao bi se prema odredbama ZPP-a; dakle to bi bio sud prebivališta djeteta (čl. 47. st. 1. ZPP). Pritom ako se tijekom postupka promijene okolnosti na kojima se temelji mjesna nadležnost (npr., dijete promijeni prebivalište), sud pred kojim je postupak pokrenut može predmet ustupiti sudu koji je postao mjesno nadležan ako je očito da će se tako lakše provesti postupak ili ako je to potrebno radi zaštite osoba o kojima sud vodi osobitu brigu (čl. 435. st. 1. ObZ 15). Stranke postupka, međutim, ne mogu sporazumom mijenjati nadležnost suda (čl. 435. st. 2. ObZ 15).

U postupku radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika u prvom i drugom stupnju sudi sudac pojedinac (čl. 434. ObZ 15). U tim (prvostupanjskim) postupcima odlučuju suci prvostupanjskog suda koji su godišnjim rasporedom poslova određeni za odlučivanje u obiteljskim i drugim stvarima (čl. 352. ObZ 15). Inače, sudski savjetnici, viši sudski savjetnici odnosno sudski savjetnici - specijalisti nisu ovlašteni provoditi postupak radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika te predlagati nacrt odluke sucu (čl. 110. st. 4. t. 8. ZS).

30 Zakon o parničnom postupku, Službeni list SFRJ, br. 4/77 – 35/91; Narodne novine RH, br. 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 – v. čl. 50. Zakona o arbitraži, 117/03, 88/05 – v. čl. 129. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, 2/07 – v. Odluku USRH od 20. prosinca 2006., 84/08, 96/08 – v. Odluku USRH od 9. srpnja 2008., 123/08 – ispravak, 57/11, 148/11 – pročišćeni tekst, 25/13, 89/14 – v. Odluku USRH od 11. srpnja 2014. (u daljnjem tekstu: ZPP).

31 Zakon o sudovima Republike Hrvatske iz 2013., Narodne novine RH, br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18 (u daljnjem tekstu: ZS).

2.2.3. Stranke u postupku

Postupak radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika ovlašteni su pokrenuti dijete, roditelj ili skrbnik djeteta (čl. 114. st. 4., čl. 479. st. 2. ObZ 15). Citiranom odredbom su ujedno i određene stranke postupka. Treba primijetiti da centar za socijalnu skrb nije stranka tog postupka (*arg. ex* čl. 354. st. 2. ObZ 15), ali može imati ulogu pomoćnog tijela suda ako sud od njega zatraži nalaz i mišljenje (čl. 356. ObZ 15).

ObZ 15 u općim odredbama o obiteljskopравnim postupcima propisuje postupovnopравni položaj djeteta te roditelja djeteta (čl. 358. – čl. 364. ObZ 15). U tom okviru, odredbe čl. 114. st. 4. te čl. 479. st. 2. ObZ-a 15 trebalo bi tumačiti na način da se njima roditelju lišenom poslovne sposobnosti priznaje kako aktivna legitimacija tako i specifična postupovna sposobnost za pokretanje postupka radi određivanja zastupnika u slučaju neslaganja s drugim roditeljem odnosno skrbnikom djeteta te poduzimanje radnji u postupku. Roditelj lišen poslovne sposobnosti, naime, može sudjelovati i u obveznom savjetovanju koji prethodi postupku radi određivanja zastupnika djeteta ako je u stanju shvatiti značenje i posljedice postupka, eventualno uz stručnu pomoć (čl. 329. st. 4. t. 1. ObZ 15). U prilog toga govorila bi i potreba zaštite roditeljskog prava osobe lišene poslovne sposobnosti, kao i mogućnost da sud procjeni njegovu sposobnost da shvati pojedine radnje i njihove posljedice (*arg. ex* čl. 364. ObZ 15), tim više što bi sud svojom odlukom mogao i odrediti da upravo taj roditelj zastupa dijete u donošenju određene odluke koja je bitna za dijete (*arg. ex*: čl. 114. st. 4. ObZ 15).³²

U postupku radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika sud je svakako dužan roditelje (pa i roditelja lišenog poslovne sposobnosti) osobno saslušati (čl. 362. st. 1. ObZ 15), osim ako suprotno ne zahtijevaju posebne okolnosti slučaja (čl. 362. st. 3. ObZ 15).

Dijete je stranka postupka radi određivanja njegova zastupnika u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika djeteta (*arg. ex* čl. 358. ObZ 15), dapače, ovlašteno ga je i pokrenuti. Stoga moglo bi se otvoriti pitanje kako tumačiti odredbe čl. 114. st. 4. te čl. 479. st. 2. ObZ-a 15 o tome da je dijete ovlašteno pokrenuti izvanparnični postupak radi donošenja odluke o tome tko će zastupati dijete; priznaje li se citiranim odredbama djetetu samo aktivna legitimacija za pokretanje tog postupka ili i specifična postupovna sposobnost?

ObZ 15 izrijeком za postupke radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika djeteta ne propisuje imenovanje posebnog skrbnika djetetu.³³ Imenovanje posebnog skrbnika u ovom slučaju moglo bi se, doduše, podvesti pod druge postupke u kojima

32 Usp. Aras, S., *Položaj djeteta u postupku prema novom Obiteljskom zakonu*, u: Barbić, J. (ur.), *Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014., str. 49-50.

33 V. čl. 240. ObZ-a 15.

se odlučuje o roditeljskoj skrbi, pojedinim sadržajima roditeljske skrbi i osobnim odnosima s djetetom kad postoji spor među strankama (čl. 240. st. 1. t. 2. ObZ 15), tim više što je ovdje postupak i pokrenut jer postoji spor među roditeljima odnosno roditeljem lišenim poslovne sposobnosti i (stalnim) skrbnikom djeteta. S druge strane, ObZ 15 među posebnim odredbama za postupke radi ostvarivanja roditeljske skrbi (čl. 478. – čl. 484. ObZ 15) ne propisuje imenovanje posebnog skrbnika djetetu, niti okolnost tko će to činiti: sud ili centar za socijalnu skrb. U postupku radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika, djetetu bi se trebao imenovati posebni skrbnik, kao i omogućiti izražavanje mišljenja, uzimajući, među ostalim, da postoji spor među strankama (čl. 360. ObZ 15). Također, odredbe čl. 114. st. 4. te čl. 479. st. 2. ObZ-a 15 trebale bi se tumačiti na način da je njima djetetu priznata i specifična postupovna sposobnost za pokretanje postupka, dok bi poduzimanje daljnjih radnji u postupku ovisilo o odluci suda kojom bi se djetetu (starijem od četrnaest godina) priznala postupovna sposobnost za poduzimanje pojedinih ili svih radnji (čl. 359. ObZ 15).³⁴

2.2.4. Prijedlog i određena pitanja postupka

Prije pokretanja postupka radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika potrebno je provesti postupak obveznog savjetovanja (čl. 481. t. 5., čl. 329. st. 1. t. 6. ObZ 15).³⁵ Uz prijedlog kojim se pokreće postupak, predlagatelj je dužan podnijeti izvješće o provedenom obveznom savjetovanju (čl. 481. ObZ 15). Pritom ObZ 15 propisuje procesnopravne posljedice i postupanje suda u slučaju podnošenja izvješća starijeg od šest mjeseci, kao i za slučaj da ono nije podneseno po uzoru na odredbe ZPP-a o postupanju s nepotpunim podnescima.³⁶

U stvarima u kojima se odlučuje o određivanju zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika stranke se u postupku pred sudom ne mogu odreći svojega zahtjeva, priznati zahtjev protivne stranke niti se nagoditi (čl. 349. st. 1. ObZ 15). U tim postupcima naglašeno je istražno načelo; sud je ovlašten utvrđivati i činjenice koje stranke nisu iznijele, a može odlučiti da se dokazuju i činjenice koje su stranke priznale u postupku (čl. 350. ObZ 15). Osim toga, u izvanparničnom postupku mogu se radi utvrđivanja činjeničnog stanja koristiti sva za to prikladna dokazna sredstva (čl. 440. st. 1. ObZ 15). Sud može izvoditi dokaze i prikupljati obavijesti i kad se sve stranke tomu protive, kad posumnja u postojanje činjenice koja se zakonski predmnijeva ili kad postoji dokaz o njezinu postojanju (čl. 440. st. 2. ObZ 15). U tim postupcima sud može imenovati vještake iako prije toga nije omogućio strankama da se izjasne o osobi vještaka (čl. 440. st. 3. ObZ 15).

³⁴ Usp. Aras, S., *op. cit.* (bilj. 32), str. 52-53.

³⁵ Obvezno savjetovanje provodi centar za socijalnu skrb. Posebni su ciljevi tog savjetovanja, među ostalim, upoznati sudionike na to da su dužni voditi računa o djetetovoj dobrobiti i o negativnim učincima sukoba u obitelji, kao i o prednostima sporazumnog uređenja obiteljskih odnosa te o dužnosti članova obitelji da razgovaraju s djetetom i uzmu u obzir njegovu mišljenje (čl. 330. ObZ 15).

³⁶ V. čl. 482. i čl. 483. ObZ-a 15.

Sud će i u postupcima u kojima je određeno održavanje usmene rasprave uzeti u obzir i sve ono što je izneseno izvan rasprave. Sud može i izvan rasprave izvoditi dokaze, strankama nalagati da dopune svoje navode te poduzimati druge procesne radnje (čl. 440. st. 4. ObZ 15). Ako smatra da je nužno da se stranka sasluša, da predloži neku ispravu ili da omogućiti razgledavanje predmeta uviđaja koji se nalazi u njezinu posjedu, sud protiv te stranke može primijeniti prisilna sredstva (koja su primjerice određena u čl. 441. ObZ 15) ako se ona bez opravdanog razloga ne odazove pozivu ili ne postupi po traženju suda (čl. 440. st. 5. ObZ 15).

Javnost je isključena u postupku radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika (čl. 351. ObZ 15), a odluke se objavljuju na e-oglasnu ploču suda s prikivenim osobnim podacima (čl. 367. ObZ 15).

2.2.5. Rješenje i pravni lijekovi

Sud bi u izreci rješenja donesenog u postupku trebao odrediti tko će zastupati dijete u donošenju odluke koja je bitna za dijete (*arg. ex*: čl. 114. st. 4., čl. 478. st. 2. t. 1. ObZ 15). To pritom ne mora biti roditelj lišen poslovne sposobnosti ili drugi roditelj odnosno skrbnik djeteta. Treba naime uzeti da bi sud mogao odrediti da dijete u donošenju bitne odluke zastupa i druga osoba kao posebni skrbnik radi zaštite prava i interesa djeteta (*arg. ex* čl. 241. st. 1. t. 8. ObZ 15).

Sud bi određivao samo osobu koja će zastupati dijete, ne i sadržaj odluke koju bi ta osoba trebala donijeti, ali određujući pravnu stvar u kojoj bi ta osoba trebala zastupati dijete (*arg. ex*: čl. 114. st. 4., čl. 478. st. 2. t. 1. ObZ 15). Pritom sud može odrediti da djelotvornost te odluke nastupa prije pravomoćnosti ako je to potrebno radi zaštite osoba o čijim je pravima i interesima dužan osobito paziti tijekom postupka (čl. 444. st. 2. ObZ 15), posebice uzimajući u obzir načelo žurnosti u pravnim stvarima koje se odnose na dijete (*arg. ex* čl. 10. ObZ 15).

Protiv odluke donesene u prvom stupnju dopuštena je žalba (čl. 445. st. 1. ObZ 15). Uz to, među općim odredbama o izvanparničnim postupcima ObZ-a 15 propisana su dva izvanredna pravna lijeka (čl. 447., čl. 448. ObZ 15). Tako protiv drugostupanjskog rješenja kojim je žalba odbijena i prvostupanjsko rješenje potvrđeno ili kojim je preinačeno dopuštena je revizija, i to samo ako je drugostupanjski sud u izreci svojeg rješenja odredio da je revizija protiv njega dopuštena (čl. 447. st. 1. ObZ 15). To može drugostupanjski sud učiniti ako ocijeni da odluka o stvari ovisi o rješenju nekog materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni (čl. 447. st. 2. ObZ 15). O reviziji odlučuje Vrhovni sud Republike Hrvatske u sastavu u kojemu odlučuje o reviziji protiv presude (čl. 447. st. 5. ObZ 15).

Kao izvanredni pravni lijek, propisan je i prijedlog za preinaku ili ukidanje pravomoćnoga rješenja, i to zbog istih razloga zbog kojih se može tražiti ponavljanje postupka prema ZPP-u (čl. 448. st. 1. ObZ 15). Osim toga, postupak po prijedlogu provodi se uz odgovarajuću primjenu odredaba ZPP-a o ponavljanju postupka (čl. 448. st. 3. ObZ 15).

3. Postupovnopравни aspekti izdvajanja djeteta iz obitelji

3.1. Općenito

Ako ostanak djeteta u obitelji predstavlja opasnost za život, zdravlje i razvoj djeteta te niti jednom blažom mjerom nije moguće zaštititi prava i dobrobit djeteta, određuje se izdvajanje djeteta iz obitelji (čl. 129. st. 1. ObZ 15; *arg. ex.*: čl. 150., čl. 155. ObZ 15). Svrha izdvajanja djeteta iz obitelji mora biti zaštita djetetova života, zdravlja i razvoja, osiguravanje primjerene skrbi o djetetu izvan obitelji i stvaranje uvjeta za djetetov povratak u obitelj, odnosno priprema drugog trajnog oblika skrbi o djetetu (čl. 129. st. 3. ObZ 15). Također, izdvajanje djeteta iz obitelji ne smije trajati dulje negoli je to nužno da bi se zaštitila prava i dobrobit djeteta (čl. 129. st. 4. ObZ 15). Osim toga, mjera izdvajanja djeteta iz obitelji mora se redovito preispitivati, a roditelji imaju pravo na pomoć i potporu da bi se uklonili uzroci izdvajanja i dijete vratilo u obitelj u skladu s njegovom dobrobiti (čl. 129. st. 5. ObZ 15).

Izdvajanje djeteta iz obitelji, u kontekstu ObZ-a 15, postiže se pojedinim mjerama za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta iz nadležnosti suda, u prvom redu mjerama privremenog povjeravanja djeteta drugoj osobi, udomiteljskoj obitelji ili ustanovi socijalne skrbi (čl. 150. – čl. 153. ObZ 15) te oduzimanja prava na stanovanje s djetetom i povjeravanja svakodnevne skrbi o djetetu (čl. 155. – čl. 163. ObZ 15), kao i mjerom povjeravanja djeteta s problemima u ponašanju radi pomoći u odgoju (čl. 164. – čl. 169. ObZ 15).

U skladu s općim odredbama ObZ-a 15, mjere za zaštitu prava i dobrobiti djeteta određuju se na temelju stručne procjene ako se utvrdi da je došlo do povrede djetetovih prava i dobrobiti ili da su prava, dobrobit i razvoj djeteta ugroženi (čl. 131. st. 1. ObZ 15). Prema slovu Zakona, prava djeteta smatraju se ugroženima ako je skrb o djetetu neodgovarajuća ili ako dijete ima psihosocijalne poteškoće koje se očituju kroz ponašanje, emocionalne, školske i druge probleme u djetetovu odrastanju ili ako postoji vjerojatnost da će do toga doći (čl. 131. st. 2. ObZ 15). Osnova izdvajanja djeteta iz obitelji ne smije biti invalidnost roditelja ili djeteta ili uvjeti života u siromaštvu, kako je uvodno u radu istaknuto.

Ako ostanak djeteta u obitelji ili povratak djeteta u obitelj nakon prethodno određenih mjera izdvajanja djeteta nije moguć jer je roditelj s invaliditetom nesposoban u tolikoj mjeri da nije trajno u stanju ostvarivati niti jedan sadržaj roditeljske skrbi i nema izgleda da će se dijete podizati u obitelji bližih srodnika, ObZ-om 15 potiče se trajniji oblik alternativne skrbi za dijete, među ostalim, kroz propisivanje novog postupka radi nadomještanja pristanka roditelja za posvojenje djeteta (čl. 190. st. 1. t. 3., čl. 493. – čl. 495. ObZ 15), naravno, pod pretpostavkom da bi posvojenje bilo za dobrobit djeteta (čl. 190. st. 1. t. 3. ObZ 15).

Postupak radi određivanja mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta, tako i mjera izdvajanja djeteta iz obitelji, kao i postupak radi nadomještanja pristanka roditelja za posvojenje djeteta propisani su u osmom dijelu Zakona koji sadrži odredbe kojima se uređuje postupak pred sudom kao posebni obiteljski izvanparnični postupci (čl. 433. t. 7. i 9. ObZ 15). Za pitanje (općih) pravila postupka koja se u

slučaju ovih postupaka primjenjuju vrijedi ono što je izneseno *supra ad* 2.2.1. kod postupaka radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja odnosno roditelja i skrbnika djeteta.

3.2. Postupak radi određivanja mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta

3.2.1. Sudionici postupka

U odnosu na nadležnost i sastav suda vrijedi ono što je izneseno *supra ad* 2.2.2.³⁷

ObZ 15 izrijekom određuje koje se sve stranke moraju obuhvatiti pojedinim postupkom radi određivanja mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta, među ostalim, i onih mjera čija je posljedica izdvajanje djeteta iz obitelji (čl. 486. ObZ 15). Tako u postupku radi izricanja mjere privremenog povjeravanja djeteta drugoj osobi, udomiteljskoj obitelji ili ustanovi socijalne skrbi stranke su dijete, roditelji, centar za socijalnu skrb te druga osoba, ustanova socijalne skrbi ili udomitelj kojima se dijete povjerava (čl. 486. st. 1. ObZ 15). Sadržajno isto ObZ 15 propisuje i za postupak radi izricanja mjere oduzimanja prava na stanovanje s djetetom i povjeravanja svakodnevne skrbi o djetetu drugoj osobi, udomiteljskoj obitelji ili ustanovi socijalne skrbi (čl. 486. st. 3. ObZ 15). Slično je, također, određeno i za postupak radi izricanja mjere povjeravanja djeteta s problemima u ponašanju radi pomoći u odgoju ustanovi socijalne skrbi ili udomiteljskoj obitelji: stranke su dijete, roditelji, centar za socijalnu skrb te ustanova socijalne skrbi ili udomitelj kojima se dijete povjerava, a državni odvjetnik za mladež ako je pokrenuo postupak (čl. 486. st. 4. ObZ 15).

Citirane odredbe ObZ-a 15 osnova su za uspostavljanje nužnog suparničarstva;³⁸ ako sve navedene stranke ne bi bile obuhvaćene postupkom, treba uzeti, nakon što je sud pozvao predlagatelja i ostavio mu naknadni rok da to učini (*arg. ex* čl. 389. st. 1. ObZ 15), došlo bi do odbacivanja prijedloga za određivanje mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta (*arg. ex*: čl. 389. st. 2. ObZ 15; čl. 201. ZPP).

Postupak radi određivanja mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta koje imaju za posljedicu izdvajanje djeteta iz obitelji ovlašteni su pokrenuti dijete, roditelj ili centar za socijalnu skrb (čl. 150, čl. 151., čl. 156., čl. 165. ObZ 15). Tomu treba pridodati i aktivnu legitimaciju državnog odvjetnika za mladež kod postupka radi određivanja mjere povjeravanja djeteta s problemima u ponašanju radi pomoći u odgoju (čl. 165. st. 1. ObZ 15). U tom okviru, moglo bi biti upitno, kao i kod izvanparničnog postupka radi određivanja zastupnika djeteta u slučaju neslaganja roditelja ili roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika djeteta, kako tumačiti citirane odredbe: priznaje li se njima samo aktivna legitimacija ili i specifična postupovna sposobnost za pokretanje tih postupaka?

³⁷ V. čl. 488. ObZ-a 15.

³⁸ O pojmu nužnog suparničarstva u procesnoj doktrini v. Dika, M., *Građansko parnično pravo. Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. knjiga, Narodne novine, Zagreb, 2008., str.166-170.

Odredbe čl. 151. st. 1., čl. 156. st. 1., čl. 165. st. 1. ObZ-a 15 trebalo bi tumačiti na način da se njima roditelju lišenom poslovne sposobnosti priznaje ne samo aktivna legitimacija već i specifična postupovna sposobnost za pokretanje tih postupaka. Osim onoga što je već izneseno *supra ad 2.2.3.*, treba istaknuti i argumente zaštite dobrobiti djeteta kroz otvaranje mogućnosti da i roditelj lišen poslovne sposobnosti kao postupovno sposobna osoba pokreće navedene postupke. Uz to, sudu se otvara mogućnost i procjene kapaciteta roditelja, roditeljskih sposobnosti. Također, sud bi mogao roditelju koji je lišen poslovne sposobnosti rješenjem dozvoliti i poduzimanje (daljnjih) radnji u postupku kao postupovno sposobnoj osobi (*arg. ex* čl. 364. ObZ 15). U postupku radi određivanja mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta sud je dužan roditelje (pa i roditelja lišenog poslovne sposobnosti) osobno saslušati (čl. 362. st. 1. ObZ 15), osim ako suprotno ne zahtijevaju posebne okolnosti slučaja (čl. 362. st. 3. ObZ 15).

Dijete je stranka postupka radi određivanja mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta (čl. 358., čl. 486. ObZ 15); ono je ovlašteno te postupke i pokrenuti (čl. 151. st. 1., čl. 156. st. 1., čl. 165. st. 1. ObZ-a 15). Kao i kod izvanparničnog postupka radi donošenja odluke o tome tko će zastupati dijete u slučaju neslaganja roditelja ili roditelja lišenog poslovne sposobnosti i skrbnika djeteta, treba uzeti da se citiranim odredbama priznaje djetetu, osim aktivne legitimacije i specifična postupovna sposobnost za pokretanje postupka.³⁹ Procesnopravni položaj djeteta zaštićen je i kroz odredbe o dužnosti suda da djetetu imenuje posebnog skrbnika iz Centra za posebno skrbništvo u postupcima radi zaštite osobnih prava i dobrobiti djeteta koje imaju za posljedicu izdvajanje djeteta iz obitelji (čl. 240. st. 1. t. 3., čl. 487. ObZ 15). Uz to, sud bi na zahtjev djeteta koje je navršilo četrnaest godina mogao rješenjem dopustiti i poduzimanje daljnjih radnji u postupku, posebice (daljnje) iznošenje činjenica, predlaganje dokaza, podnošenje pravnih lijekova, ako bi našao da je dijete sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice tih radnji (čl. 359. st. 1. ObZ 15). Treba, međutim, istaknuti da je i u tom slučaju priznanja postupovne sposobnosti djetetu za poduzimanje pojedinih ili svih radnji u postupku, posebni skrbnik kao zakonski zastupnik djeteta ovlašten poduzimati radnje u postupku (čl. 359. st. 4. ObZ 15).⁴⁰

3.2.2. Određena pitanja prvostupanjskog postupka

Uzimajući u obzir mogućnost da roditelj (lišen poslovne sposobnosti) te dijete pokreću postupke radi određivanja mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta, treba istaknuti da prijedlog kojim se pokreće izvanparnični postupak ne mora sadržavati određen zahtjev, ali iz njega se mora zaključiti kakvu odluku ili drugu sudsku radnju predlagatelj traži te na kakvom činjeničnom stanju taj zahtjev temelji (čl. 437. ObZ 15). Tomu treba pridodati i okolnost da u slučajevima kada postupak radi određivanja mjera predlažu druge osobe, centar za socijalnu skrb dužan je dostaviti sudu procjenu ugroženosti djeteta odnosno obiteljsku procjenu,

39 V. *supra ad 2.2.3.* Usp. Aras, S., *op. cit.* (bilj. 32), str. 52-53.

40 ObZ 15 izrijekom propisuje postupanje suda u slučaju da su radnje djeteta i njegovog zakonskog zastupnika međusobno u suprotnosti (v. čl. 359. st. 5. ObZ 15).

individualne planove i završna izvješća iz prethodno izrečenih mjera te prijedlog o smještaju djeteta (čl. 151. st. 3., čl. 156. st. 4., čl. 165. st. 3. ObZ 15). U tome se naime očituje uloga centra za socijalnu skrb kao pomoćnog tijela suda (čl. 356., čl. 357. ObZ 15).

Osim prilikom pokretanja postupka radi određivanja mjera za zaštitu osobnih prava i interesa djeteta te provođenja dokaznog postupka, propisane su i posebne dužnosti centra za socijalnu skrb te rokovi za dostavu obiteljske procjene odnosno završnih izvješća po provedenim mjerama. Tako je centar dužan najkasnije pet dana prije isteka roka na koji je mjera privremenog povjeravanja djeteta određena izraditi obiteljsku procjenu i dostaviti je sudu neposredno ili elektroničkim putem zajedno s prijedlogom za donošenje druge mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta ako je to potrebno (čl. 152. st. 4. ObZ 2015). Uz to, centar će trideset dana prije isteka roka na koji je mjera oduzimanja prava na stanovanje s djetetom određena izraditi izvješće o djetetu i roditelju te u skladu s rezultatima izvješća predložiti sudu povratak djeteta u obitelj, ili produljenje mjere za iduću godinu dana, ili lišenje roditelja prava na roditeljsku skrb (čl. 163. st. 1. ObZ 2015). Sadržajno slično određuje ObZ 15 i kod postupka radi određivanja mjere povjeravanja djeteta s problemima u ponašanju (čl. 169. st. 1. ObZ 2015).

Uzimajući u obzir načelo saslušanja stranaka, treba istaknuti da ObZ 15 izrijekom određuje da je centar dužan izvješće o djetetu (i roditelju) dostaviti, osim sudu, roditeljima i posebnom skrbniku djeteta (te državnom odvjetniku za mladež ako je postupak bio pokrenut na njegov prijedlog) (čl. 163. st. 3., čl. 169. st. 2. ObZ 2015), koji se, među ostalim, mogu o njemu očitovati. Ako bi centar to propustio učiniti, treba uzeti da bi to bila dužnost suda.

Kako bi sud cijenio pojedina dokazna sredstva koje prilaže centar za socijalnu skrb, ovisilo bi o tome bi li se oni mogli podvesti pod vještačenje odnosno nalaz i mišljenje vještaka ili pak javnu ispravu. Završna izvješća po prethodno provedenim mjerama, poput mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta iz nadležnosti centra za socijalnu skrb određenih u upravnom postupku, mogla bi se podvesti pod javne isprave (*arg. ex* čl. 230. ZPP⁴¹), za koje bi onda vrijedila i dokazna snaga koja se pripisuje tim ispravama. S druge strane, obiteljske procjene te drugi nalazi i mišljenje centra za socijalnu skrb bi predstavljala nalaz i mišljenje vještaka kao osobnog dokaznog sredstva (čl. 250. – čl. 263. ZPP; *arg. ex*: čl. 356., čl. 357. ObZ 15) te bi sud cijenio njihovu dokaznu snagu sukladno načelu slobodne ocjene dokaza (čl. 8. ZPP). Sud bi mogao vještačenje povjeriti i drugoj osobi (*arg. ex*: čl. 250. ZPP; čl. 440. st. 1. i 3. ObZ 15).

U praksi obiteljskog sudovanja bilježe se i situacije da stranke (roditelji) u postupku prilažu nalaze i mišljenje, odnosno ekspertize, osoba odgovarajuće struke, pa i onih koji se inače nalaze na listi stalnih sudskih vještaka. Budući da te osobe nije imenovao sud, pa i onda kada se inače nalaze na listi stalnih sudskih vještaka, ne bi se

41 Isprava koju je u propisanom obliku izdalo državno tijelo u granicama svoje nadležnosti te isprava koju je u takvom obliku izdala pravna ili fizička osoba u obavljanju javnog ovlaštenja koje joj je povjerenom zakonom ili propisom utemeljenim na zakonu (javna isprava), dokazuje istinitost onoga što se u njoj potvrđuje ili određuje (čl. 230. st. 1. ZPP).

moglo govoriti o vještačenju odnosno nalazu i mišljenju vještaka u smislu odredaba čl. 250. – čl. 263. ZPP-a. Sud bi takve ekspertize (u praksi nazvane i „privatna“ vještačenja) mogao cijeniti kao i svaku drugu privatnu ispravu kao dokazno sredstvo, uzimajući u obzir, među ostalim, je li tu ekspertizu naručila samo jedna od stranaka te o tome koja ju je od stranaka honorirala, primjenjujući načelo zaštite dobrobiti djeteta te načelo slobodne ocjene dokaza (čl. 8. ZPP).⁴²

O značenju načela oficijelnosti i istražnog načela, kao i dokaznom postupku i načelu isključenja javnosti vrijedi ono što je izneseno *supra ad 2.2.4.*

3.2.3. Rješenje i pravni lijekovi

Karakteristika je rješenja o određivanju mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta koje za posljedicu imaju izdvajanje djeteta iz obitelji da se one (u načelu) izriču na određeni rok:

(1) Tako mjera privremenog povjeravanja djeteta drugoj osobi, udomiteljskoj obitelji ili ustanovi socijalne skrbi i smještaja djeteta može trajati najdulje trideset dana računajući od dana kad je mjera određena, a u posebno opravdanim okolnostima ona se može produljiti za daljnjih trideset dana (čl. 152. st. 3. ObZ 15).

(2) Mjera oduzimanja prava na stanovanje s djetetom i povjeravanje svakodnevne skrbi o djetetu drugoj osobi, udomiteljskoj obitelji ili ustanovi socijalne skrbi određuje se u trajanju do godine dana (čl. 158. st. 1. ObZ 15). Sud može produljiti trajanje ove mjere za najviše još jednu godinu, a nakon toga mjera iznimno može trajati do pravomoćnog okončanja sudskog postupka pokrenutog radi nadomještanja pristanka za posvojenje djeteta, odnosno postupka radi lišenja prava na roditeljsku skrb te imenovanja skrbnika (čl. 158. st. 2. ObZ 15), treba uzeti, ako je u tijeku mjere pokrenut takav postupak (*arg. ex:* čl. 129. st. 3. i 4., čl. 158. st. 2. ObZ 15).

(3) Također, i mjera povjeravanja djeteta s problemima u ponašanju određuje se u trajanju od jedne godine (čl. 167. st. 1. ObZ 15), a u posebno opravdanim slučajevima sud može produljiti trajanje ove mjere (čl. 167. st. 2. ObZ 15). Pritom, treba primijetiti, ObZ 15 ne određuje koliko ukupno ta mjera može trajati. Stoga bi suci prilikom određivanja trajanje ove mjere trebali uzeti u obzir načelo da izdvajanje djeteta iz obitelji ne smije trajati dulje negoli je nužno, odnosno da se treba osigurati povratak djeteta u obitelj ili priprema drugog trajnijeg oblik skrbi o djetetu (čl. 129. ObZ 15).

Citirani rokovi na koje se određuju mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta teču od trenutka djelotvornosti rješenja kojim je mjera određena, a taj se trenutak u ovim postupcima poklapa s trenutkom donošenja prvostupanjskog rješenja budući da žalba protiv ovih odluka ne odgađa njihovu ovrhu (čl. 489. st. 3. ObZ 15).

Izreka rješenja kojim se određuju mjere koje za posljedicu imaju izdvajanje djeteta iz obitelji trebale bi sadržavati i kondemnaciju protiv roditelja ili treće osobe radi predaje djeteta (*arg. ex:* čl. 150., čl. 155., čl. 164. ObZ 15). Međutim, i kada rješenje ne bi sadržavalo odgovarajuću kondemnaciju, na temelju rješenja o

⁴² Usp. Dika, M., *Građansko parnično pravo. Utvrđivanje činjenica*, VII. knjiga, Narodne novine, Zagreb, 2018., str. 632-633.

određivanju mjere koja za posljedicu ima izdvajanje djeteta iz obitelji mogla bi se provesti ovrha radi predaje djeteta (čl. 513. st. 2. ObZ 15).

Načelo žurnosti⁴³ posebice je naglašeno u postupcima radi određivanja mjera za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta. Protiv odluke o mjeri za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta stranke mogu podnijeti žalbu u roku od tri dana od dana uručenja, odnosno dostave prijepisa odluke (čl. 489. st. 1. ObZ 15). U tim postupcima drugostupanjski sud mora donijeti i otpremiti odluku u roku od osam dana od dana primitka žalbe (čl. 489. st. 2. ObZ 15). O izvanrednim pravnim lijekovima u ovim postupcima vrijedi ono što je izneseno *supra ad 2.2.5.*

3.3. Postupak radi nadomještanja pristanka roditelja za posvojenje djeteta

3.3.1. Sudionici postupka

Za posvojenje djeteta potreban je pristanak djetetovih roditelja (čl. 188. st. 1. ObZ 15), također, i roditelja lišenog poslovne sposobnosti, neovisno o dijelu u kojemu je lišen poslovne sposobnosti (čl. 188. st. 2. ObZ 15). Takav roditelj, naravno, mora biti u stanju razumjeti značenje pristanka za posvojenje, a centar za socijalnu skrb dužan ga je na prikladan način informirati o pravnim i faktičnim posljedicama posvojenja djeteta (čl. 188. st. 2. ObZ 15). Ako roditelj lišen poslovne sposobnosti ne bi bio u stanju razumjeti značenje pristanka za posvojenje (niti uz stručnu pomoć centra), njegov pristanak može nadomjestiti odluka suda (čl. 188. st. 3. ObZ 15).

Sud će u izvanparničnom postupku donijeti rješenje koje nadomješta pristanak roditelja za posvojenje, među ostalim, ako je roditelj nesposoban u tolikoj mjeri da nije trajno u stanju ostvarivati niti jedan sadržaj roditeljske skrbi i nema izgleda da će se dijete podizati u obitelji bližih srodnika, a posvojenje bi bilo za dobrobit djeteta (čl. 190. st. 1. t. 3. ObZ 15). Uz centar za socijalnu skrb, treba uzeti da je stranka postupka i dijete zastupano po posebnom skrbniku iz Centra za posebno skrbništvo (*arg. ex:* čl. 358., čl. 493. st. 4. i 6. ObZ 15) te roditelj (lišen poslovne sposobnosti) u odnosu na čiji je pristanak pokrenut postupak (*arg. ex:* čl. 493. st. 4. i 5. ObZ 15).

Prema izričitom određenju ObZ-a 15, aktivno je legitimiran za pokretanje postupka radi nadomještanja pristanka roditelja za posvojenje djeteta (samo) centar za socijalnu skrb prebivališta, odnosno boravišta roditelja (čl. 493. st. 2. ObZ 15). Navedeno se može obrazložiti uzimajući u obzir da centar provodi pripremu djeteta za posvojenje, kao i postupak za zasnivanje posvojenja.⁴⁴ S druge strane, osoba o čijim pravima i interesima kao (posrednom) predmetu spora sud odlučuje, morala bi moći i inicirati postupak radi njihove zaštite, posebice ako odgovarajuću pravnu promjenu u odnosu na svoje osobno stanje ne bi mogla postići bez odluke suda (*arg. ex* čl. 6. st. 1. EK). Iako ObZ 15 izriječno ne predmnijeva pravni interes djeteta i roditelja određujući ih kao aktivno legitimirane osobe za pokretanje ovog postupka, trebalo bi uzeti da bi i dijete zastupano po posebnog skrbniku iz Centra za posebno skrbništvo (čl. 493. st. 6. ObZ 15) i roditelj (lišen poslovne sposobnosti) kao osobe s pravnim interesom morale moći pokrenuti postupak radi nadomještanja pristanka

⁴³ V. čl. 347. ObZ-a 15.

⁴⁴ V. čl. 200. – čl. 217. ObZ-a 15.

roditelja za posvojenje djeteta (*arg. ex:* čl. 358., čl. 493. st. 4. – 6. ObZ 15; čl. 6. st. 1. EK).

U postupcima radi nadomještanja pristanaka za posvojenje djeteta nadležan je sud na području kojeg je sjedište centra za socijalnu skrb koji je pokrenuo postupak (čl. 494. ObZ 15). Za stvarnu nadležnost i sastav suda vrijedi ono što je izneseno *supra ad 2.2.2.*

3.3.2. Određena pitanja prvostupanjskog postupka

Među posebnim odredbama postupka radi nadomještanja pristanaka roditelja za posvojenje djeteta, ObZ 15 izrijekom uređuje dužnost suda da sasluša roditelja (lišenog poslovne sposobnosti) u odnosu na čiji pristanak se vodi postupak, dijete te, po potrebi, druge osobe koje su bliske s djetetom (čl. 493. st. 4. i 5. ObZ 15), poput udomitelja koji se dulje vrijeme skrbi o djetetu i druge osobe koje dulje vrijeme žive s djetetom i skrbe se o njemu (*arg. ex* čl. 363. ObZ 15). Način na koji sud saslušava navede osobe, kao i procesnopravni položaj djeteta i roditelja lišenih poslovne sposobnosti propisan je i općim odredbama ObZ-a 15 koje se primjenjuju na sve obiteljske i statusne postupke.⁴⁵ Izrijekom je propisana dužnost suda da prije saslušanja roditelja koji je lišen poslovne sposobnosti u davanju izjava koje se odnose na osobna stanja na prikladan način upozna tog roditelja s pravnim i faktičnim posljedicama posvojenja (čl. 493. st. 5. ObZ 15).

Ako saslušanje djeteta ili roditelja lišenog poslovne sposobnosti ne bi bilo moguće, treba uzeti da bi sud trebao o razlozima nemogućnosti sastaviti bilješku u spisu (*arg. ex:* čl. 360. st. 4., čl. 362. st. 3., čl. 498. st. 4., čl. 505. st. 4. ObZ 15), kao i navesti ih u obrazloženju rješenja (čl. 360. st. 4. ObZ 15; *arg. ex:* čl. 362. st. 3., čl. 498. st. 4., čl. 505. st. 4. ObZ 15).

O značenju načela oficijelnosti i istražnog načela, kao i dokaznom postupku i načelu isključenja javnosti vrijedi ono što je izneseno *supra ad 2.2.4.* Također, za ulogu centra za socijalnu skrb kao pomoćnog tijela suda te njegove procjene, izvješća odnosno nalaze i mišljenja kao dokazna sredstva vrijedi na odgovarajući način ono što je izneseno *supra ad 3.2.2.*

3.3.3. Rješenje i pravni lijekovi

Rješenje kojim se nadomješta pristanak za posvojenje djeteta, treba uzeti, ne bi bilo kondemnatorne prirode u smislu da se njime izriče nalog roditelju da da odgovarajuću izjavu u odnosu na posvojenje djeteta, a što bi se konačno postizalo ovrhom takve izreke. To bi rješenje, treba uzeti, bilo konstitutivne prirode; sud bi izrekom rješenja nadomještavao pristanak roditelja za posvojenje; dakle, sud bi izrekao konstituciju (*arg. ex* čl. 493. st. 1. ObZ 15).⁴⁶ Pritom djelotvornost rješenja kojim se nadomješta pristanak za posvojenje djeteta nastupa kad ono postane pravomoćno (čl. 444. st. 1. ObZ 15). Međutim, treba uzeti da bi sud mogao odrediti

45 V. čl. 358. – čl. 364. ObZ-a 15.

46 O različitim shvaćanjima procesne doktrine v. Dika, M., *Građansko parnično pravo. Sudske odluke i sudska nagodba*, IX. knjiga, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 85. (posebice bilj. 177. na cit. str.).

da djelotvornost odluke nastupa prije pravomoćnosti ako je to potrebno radi zaštite dobrobiti djeteta (*arg. ex* čl. 444. st. 2. ObZ 15).

U skladu s načelima žurnosti te zaštite dobrobiti djeteta, ObZ 15 sadrži posebne odredbe o rokovima u odnosu na podnošenje žalbe te donošenje i otpremanje odluke o žalbi. Protiv rješenja donesenog u postupku radi nadomještanja pristanka za posvojenje djeteta stranke mogu podnijeti žalbu u roku od tri dana od dana uručenja, odnosno dostave prijepisa odluke (čl. 495. st. 1. ObZ 15), dok drugostupanjski sud mora donijeti i otpremiti odluku o žalbi u roku od petnaest dana od dana primitka žalbe (čl. 495. st. 2. ObZ 15).

Uzimajući u obzir pravne posljedice posvojenja, propisano je da protiv pravomoćnog rješenja suda kojim se nadomješta pristanak roditelja nisu dopušteni izvanredni pravni lijekovi niti druga pravna sredstva (čl. 495. st. 3. ObZ 15), poput prijedloga za povrat u prijašnje stanje (čl. 117. ZPP).⁴⁷ S druge strane, navedeni pravni lijekovi te sredstva bili bi dopušteni protiv pravomoćnog rješenja kojim se uskraćuje pristanak za posvojenje djeteta, naravno, u skladu s općim pretpostavkama njihove dopuštenosti. O izvanrednim pravnim lijekovima u obiteljskim i statusnim izvanparničnim postupcima v. *supra ad* 2.2.5.

4. Umjesto zaključka: ostvarivanje roditeljske skrbi osoba s invaliditetom u (sudskoj) praksi

ObZ-om 15 učinjene su značajne izmjene u smislu jačanja kapaciteta obitelji čiji članovi su osobe s invaliditetom, posebice ako invaliditet pogađa roditelje, kroz propisivanje novih preventivnih mjera iz nadležnosti centra za socijalnu skrb. Oživotvorenje načela jednakosti pred zakonom i pristupa pravosuđu djece i osoba s invaliditetom očituje se i kroz propisivanje novog instituta mirovanja ostvarivanja roditeljske skrbi osoba s invaliditetom u pogledu onih sadržaja u odnosu na koji su lišene poslovne sposobnosti, ali i kroz propisivanje novog postupovnopravnog položaja djeteta i roditelja s invaliditetom u postupcima do kojih može doći u pogledu ostvarivanja sadržaja roditeljske skrbi ili u odnosu na mjere obiteljskopravne zaštite djece ili pak pitanja pristanka za posvojenje djeteta.

Jesu li nove metode rada i postupci našli svoju primjenu u praksi centara za socijalnu skrb i sudova, općenito u zajednici? U jednom novijem rješenju drugostupanjski sud je, doduše, u obrazloženju rješenja o žalbi prepoznao novi institut mirovanja ostvarivanja roditeljske skrbi, ali čini se pogrešno protumačio njegov smisao budući da je potvrdio rješenje prvostupanjskog suda kojim je stranka „lišena poslovne sposobnosti u pogledu radnji i poslova koji se odnose na osobno stanje i to roditeljsku skrb... (podcrtao autor)“.⁴⁸ U ovom je predmetu stranka, uz radnje i poslove koji se općenito odnose na roditeljsku skrb, bila lišena i mogućnosti donošenja odluka o svojem psihijatrijskom liječenju.⁴⁹ Promatrajući temeljne

47 Usp. Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd., Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 773.

48 Županijski sud u Splitu: Gž Ob-94/2019-2 od 28. 02. 2019. (dalje u tekstu: citirano rješenje), str. 1.

49 *Ibid.*

sadržaje roditeljske skrbi (čl. 92. ObZ 15), citiranim rješenjem stranka je zapravo lišena poslovne sposobnosti u odnosu na poduzimanje svih pravnih radnji i davanje izjava koji se odnose na osobna prava djeteta, upravljanje imovinom djeteta te zastupanje djetetovih imovinskih prava i interesa. Što stranci preostaje u odnosu na ostvarivanje roditeljske skrbi?

U obrazloženju citiranog rješenja, iako se navodi da mirovanje ostvarivanja roditeljske skrbi omogućava, „...ostvarivanje dijela roditeljske skrbi od strane roditelja djelomično lišenog poslovne sposobnosti u granicama njegovih sposobnosti.“⁵⁰ priznaje se da roditelj lišen poslovne sposobnosti ima samo „...pravo živjeti sa svojim djetetom i svakodnevno se skrbiti o djetetovim osobnim pravima...“⁵¹ Među razlozima za to, u obrazloženju citiranog rješenja navodi se da je roditelja „...valjalo lišiti poslovne sposobnosti u dijelu koji se odnosi na ostvarivanje roditeljske skrbi nad mal. djetetom kako bi se izbjegla stanja i situacije koja su potencijalno opasna za roditelja i za dijete, a čije su naznake u opisanim ekscesnim situacijama. To sve bez obzira što se u konkretnom slučaju ne radi o odgojnom propustu roditelja i nebrizi, već o psihičkim poteškoćama djeteta koje su ovisne o okolini i koje čak i nakon liječenja i odgovarajućeg tretmana te nakon stabiliziranja djetetovog stanja zahtijevaju pomoć roditelja po stručnoj osobi jer roditelj, usprkos brizi i ljubavi koju pokazuje prema djetetu, ipak nema adekvatne odgojne metode i nužna mu je edukacija, a dijete valja preodgojiti. U takvim je okolnostima sud ocijenio da roditelj za sada nema dostatnih roditeljskih kapaciteta te je ocijenio da je u interesu i roditelja i mal. djeteta da se za sada on liši poslovne sposobnosti u pogledu roditeljske skrbi nad mal. djetetom cijeneći pritom dodatnu otegotnu okolnost potrebe djeteta uključivanjem u psihijatrijsko liječenje i stabiliziranje djetetovog stanja, a nakon stabiliziranja djetetovog stanja i provedene edukacije roditelja valjalo bi ponovno razmotriti ispunjenje uvjeta za vraćanje poslovne sposobnosti u pogledu roditeljske skrbi.“⁵² (u pogledu navođenja roda roditelja, anonimizirao autor).

Čitajući obrazloženje, naravno, nameću se pitanja. Je li roditelja potrebno lišiti poslovne sposobnosti za poduzimanje radnji i poslova koji se odnose na osobno stanje, i to roditeljsku skrb zbog psihičkih poteškoća djeteta te nedostatka roditeljskog kapaciteta i odgojnih metoda? Pritom iz citiranog rješenja proizlazi da je dijete (već) smješteno u ustanovu za pružanje usluga u zajednici te da je prethodno bila izrečena mjera intenzivne stručne pomoći i nadzora nad ostvarivanjem roditeljske skrbi.⁵³ Bi li tu bile primjerenije mjere iz obiteljskopravne zaštite, poput primjerice mjere povjeravanja djeteta s problemima u ponašanju radi pomoći u odgoju (a što je praktično, čini se, već učinjeno smještajem djeteta)? Naravno, u tom pogledu važne su (prethodne) aktivnosti centra za socijalnu skrb (i drugih dionika zajednice), kao i suradnja centra sa sudom.

Općenito, zašto stranka koja je poslovno sposobna upravljati svojom imovinom i poduzimati pravne poslove i radnje koje se tiču te imovine (budući da citiranim

50 *Ibid.*, str. 5.

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*, str. 4.

53 *Ibid.*, str. 3.

rješenjem nije lišena poslovne sposobnosti u tom dijelu), to nije sposobna u odnosu na imovinu djeteta? U obrazloženju citiranog rješenja niti nema ocjene kapaciteta osobe koja se djelomice lišava poslovne sposobnosti u odnosu na njezine sposobnosti upravljanja pojedinom imovinom odnosno određenim novčanim iznosima.

O okolnosti da nije dovoljno samo promijeniti zakonodavstvo i prihvatiti međunarodne i europske standarde, već i osnažiti praktičare, općenito sustav, u njihovoj primjeni svjedoče i napomene Odbora za prava osoba s invaliditetom koji je preporučio poduzimanje praktičnih mjera radi omogućavanja roditeljima s invaliditetom ostvarivanje roditeljske skrbi, kako i razvoj potpore u zajednici takvim roditeljima.⁵⁴ Također, i Odbor za prava djeteta zabrinut je zbog nedostataka potpore obiteljima s invaliditetom,⁵⁵ a tu zabrinutost dijeli i Pravobranitelj osoba s invaliditetom.⁵⁶

54 *Concluding observations on the initial report of Croatia*, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/HRV/CO/1, 2015., <https://digitallibrary.un.org/record/811107> (6. 6. 2019.), t. 34., str. 6.

55 *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Croatia*, Committee on the Rights of the Child, CRC/C/HRV/CO/3-4, 2014., <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> (6. 6. 2019.), t. 38. i t. 42., str. 10., 12.

56 *Izješće o radu Pravobranitelja za osobe s invaliditetom 2018.*, Pravobranitelj za osobe s invaliditetom, 2018., <http://posi.hr/wp-content/uploads/2019/04/Izvj%C5%A1%C4%87e-o-radu-Pravobranitelja-za-osobe-s-invaliditetom-za-2018.-godinu.pdf> (6. 6. 2019.), str. 73-74.

Dr. sc. Slađana Aras Kramar, Assistant Professor
Faculty of Law, University of Zagreb

SOME PROCEDURAL ASPECTS OF EXERCISING PARENTAL CARE OF PERSONS WITH DISABILITIES IN CROATIAN LAW

Summary

The Family Act of the Republic of Croatia from 2015 has significantly changed the (procedural) legal position of persons with disabilities, especially persons who are parents, *inter alia*, by prescribing the partial deprivation of their legal capacity as a principle and institute of suspension of the parental care due to legal obstacles, as well as the measures of professional assistance and support, and intensive professional assistance and supervision over the care of the child from the competence of the social welfare center, and the procedure for the replacement of the consent of the parent with disabilities to adopt the child.

The aim of the paper is to analyse and discuss some of the procedural aspects of exercising parental care of people with disabilities. In this context, some theoretical and implementation-practical issues regarding the procedure of suspension of certain aspects of the parental care, the establishment of measures for the protection of the personal rights and the welfare of the child, as well as the procedure for the replacement of the consent of the parents with disabilities to adopt the child, will be discussed and analysed.

Keywords: person with disabilities, parental care, child, measures for the protection of the personal rights and the welfare of the child, procedure for the replacement of the consent of the parent to adopt the child, deprivation of legal capacity, procedure.

mr. Sunčica Hajdarović, viša asistentica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

NUŽNA ODBRANA U SLUČAJEVIMA NASILJA U PORODICI

Nužna odbrana jedan je od najstarijih instituta krivičnog prava, koji preko isključenja protupravnosti isključuje i postojanje krivičnog djela. Općenito se smatra da napad na bilo koje zaštićeno dobro daje pravo na nužnu odbranu. Primjena ovog instituta postaje posebno zanimljiva u situacijama kada postoji nasilje u porodici, te kada žrtva nasilja odgovori primjenom nasilja. U praksi se javljaju problemi da li je riječ o institutu nužne odbrane, ili o prekoračenju granica nužne odbrane, ili se zapravo radi o nasilju u porodici. Cilj ovog rada je dokazati postojanje prava, odnosno moguće situacije nužne odbrane u slučajevima nasilja u porodici, kao i razraditi pretpostavke pod kojima je ona primjenjiva u okviru bosanskohercegovačkog krivičnogpravnog sistema, te uporediti slične situacije koje se javljaju u praksi u susjednim državama.

Ključne riječi: nužna odbrana, nasilje u porodici, bračni partneri

Uvod

Prema savremenim shvatanjima država ima pravo, ali i dužnost da zaštiti pojedinca i njegova subjektivna prava od napada drugih pojedinaca ili grupa koji ta prava ugrožavaju ili povrijeđuju. Država tu svoju funkciju ostvaruje kroz monopol fizičke prisile, koji je legalan samo u slučajevima primjene od strane države. Ali to nije uvijek bilo tako; na samom početku razvoja ljudskog društva zaštita se ostvarivala kao privatna, neregulisana samopomoć. Razvojem državnog aparata samopomoć, kao oblik zaštite je potisnuta, i državni aparat je preuzeo ulogu zaštite svojih građana. Međutim, i danas postoje situacije u državni aparat, kojima iz nekog razloga, nije u stanju da zaštiti pojedinca i njegove interese na odgovarajući način. U tom smislu u krivičnompravnog zakonodavstvu i praksi razvili su se instituti koji preko isključenja protupravnosti isključuju postojanje krivičnog djela. U takvim situacijama, samopomoć je u iznimnim situacija dozvoljena. Bosanskohercegovačko zakonodavstvo i praksa poznaju četiri instituta koji preko isključenja protupravnosti isključuju postojanje krivičnog djela, a to su: beznačajno djelo, nužna odbrana, krajnja nužda i apsolutna sila i prijetnja.¹

Jedan od najstarijih instituta samopomoći, ili instituta koji preko isključenja protupravnosti isključuje i postojanje krivičnog djela, jeste institut nužne odbrane. Posmatrajući razvoj ovog instituta kroz historiju dolazi se do saznanja da je ovaj

¹ Hajdarović, S., *Institut nužne odbrane u bosanskohercegovačkom i evropskom krivičnom zakonodavstvu –pravci harmonizacije*, Revija za pravo i ekonomiju, Godina 20, Broj 1, Mostar, 2019., str. 353.

institut postojao u rimskom, germanskom, kanonskom pravu, da bi se dalje razvijao u savremenom evropskokontinentalnom pravu, te i u anglosaksonskom pravnom sistemu. Naravno, s obzirom na politički i historijski značaj datog perioda i ovaj institut je imao različite opsege primjene s obzirom na pravna dobra koja su se njime štitila.

Iako datira od samog postanka ljudskog društva, institut nužne odbrane je i danas aktuelan i zanimljiv, te je predmet mnogih teorijskih rasprava. Posebno je zanimljiv aspekt prekoračenja granica nužne odbrane, i kažnjavanje počinioca koji u samoodbrani prekorači te granice, zatim velika se pažnja posvećuje i raspravama o tome koja pravna dobra treba da budu predmet zaštite od strane ovog instituta, te popis krivičnih djela kod kojih je primjena ovog instituta moguća.

U ovom radu nastojat ćemo razraditi mogućnosti i pretpostavke primjene instituta nužne odbrane u slučajevima nasilja u porodici.

1. Nužna odbrana i krivično djelo Nasilje u porodici

Nužna odbrana je pravo koje proizilazi iz samog zakona. To je pravo svakog lica da se u datim okolnostima i pod određenim uvjetima samo brani od protupravnog napada. Pravo na nužnu odbranu se i izvodi iz načela samozaštite i načela potvrđivanja ili afirmacije prava, jer se priznavanjem prava na nužnu odbranu osigurava prevlast prava nad nepravom. U nužnoj odbrani je sadržana poruka da pravo ne smije ustupiti pred nepravom, ono mora biti iznad neprava.²

Kao institut općeg dijela krivičnog prava nužna odbrana je normirana u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. S obzirom da u Bosni i Hercegovini (BiH) trenutno imamo na snazi tri krivična zakona i jedan krivični zakonik, tako je institut nužne odbrane normiran u svakom od tih zakona/zakonika u općem dijelu. Krivični zakon Bosne i Hercegovine³ u članu 24. stavu 1. propisuje da „*nije krivično djelo ono koje je učinjeno u nužnoj odbrani.*“ Istu odredbu sadrži i Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine⁴ u članu 26. stav 1., te Krivični zakonik Republike Srpske⁵ u članu 26. stav 1. i Krivični zakon Brčko Distrikta⁶ isto u članu 26. stav 1. Dakle, sva četiri važeća krivična zakonska propisa na teritoriji BiH određuju da se preko isključenja protupravnosti isključuje i postojanje krivičnog djela. Radi se o situaciji kada djelo učinioca, koje ima sve elemente krivičnog djela, ipak ne predstavlja krivično djelo jer mu nedostaje jedan bitan element, a to je protupravnost djelovanja. Ipak, važeći krivični zakoni u BiH, kada je u pitanju definisanje instituta nužne odbrane se razlikuju. Naime, odredba kojom se definiše institut nužne odbrane

2 Tomić, Z., *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., 363.

3 Krivični zakon Bosne i Hercegovine (KZ BiH), Službene novine br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 47/14

4 Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH), Službene novine br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17

5 Krivični zakonik Republike Srpske (KZ RS), Službeni glasnik Republike Srpske br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13 i 64/17

6 Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (KZ BD), Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 10/03, 6/05, 21/10, 47/11, 52/11, 33/11, 9/13, 33/13, 47/14, 26/16, 13/17 i 50/18

je ista u KZ- u BiH, KZ-u FBiH i KZ-u BD⁷, dok se ta odredba u KZ-u RS-a razlikuje. Prema novim izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika RS-a, a koje su stupile na snagu objavljivanjem u Službenom glasniku Republike Srpske broj 64/17, odredbi koja definiše institut nužne odbrane nedostaje element „srazmjernosti“.⁸

Međutim, bez obzira na zakonsko definisanje ovog instituta koje unutar krivičnog zakonodavstva u BiH nije trenutno harmonizirano, nužna odbrana kao jedan od razloga isključenja krivičnog djela, daje snažnu poruku da pravo nikada ne smije ustupiti pred nepravom, bez obzira na srazmjernost napadnutog i povrijeđenog dobra. Iz toga proizilazi i načelo da se od napadnutog nikada ne smije tražiti da se spašava bijegom (*turpis fuga* – sramotan bijeg) jer bi to značilo ustupanje prava pred nepravom.⁹

O vezi između instituta nužne odbrane i krivičnog djela Nasilja u porodici u bosanskohercegovačkoj literaturi se ne govori. Inkriminiranost nasilja u porodici u pravnom sistemu Federacije Bosne i Hercegovine (FBiH) prisutna je od 2003. godine uvođenjem krivičnog djela Nasilje u porodici, član 222. KZ FBiH, a koji spada u grupu Krivičnih djela protiv braka, porodice i mladeži (Glava XX KZ FBiH). Krivično djelo Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici, inkriminisano je članom 190. KZ RS i spada u grupu Krivičnih djela protiv braka i porodice (Glava XVI) i krivično djelo pod nazivom Nasilje u porodici, inkriminisano je članom 218. KZ BD i spada u grupu Krivičnih djela protiv braka, porodice i omladine (Glava XX).

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“.¹⁰ Danas preovladava mišljenje da se nužnom odbranom može odbijati protupravni napad na svako dobro zaštićeno krivičnim pravom.¹¹ Shodno tome, smatramo da je i fizički napad koji se desi unutar porodice (od strane jednog bračnog partnera na drugog, ili između roditelja i djece) moguće odbijati nužnom odbranom. Zakonska definicija nužne odbrane je postavljena tako da je za postojanje nužne odbrane potrebno da s jedne strane postoji napad koji je aktuelan i protupravan, a s druge strane odbrana koja je istovremena, i srazmjerna, sa izuzetkom KZ RS-a gdje je isključena srazmjernost, ali se u svakom konkretnom slučaju mora rješavati pitanje srazmjernosti u zavisnosti od svih okolnosti koje prate slučaj. To zapravo znači da se

7 „Nužna je ona odbrana koja je neophodno potrebna da učinilac od sebe ili drugog odbije istovremeni ili direktno predstojeći protupravni napad, a koja je srazmjerna napadu.“ Član 24. stav 2. KZ BiH, član 26. stav 2. KZ FBiH i član 26. stav 2. KZ BD.

8 Članom 26. stav 2. KZ-a RS propisano je: „Nužna odbrana je ona odbrana koja je neophodno potrebna da se od svog dobra ili od dobra drugog odbije istovremeni ili neposredno predstojeći protupravni napad.“

9 Kos, T., *Nužna obrana kod kaznenih djela protiv časti i ugleda*, Policijska sigurnost, Godina 19, broj 2, Zagreb, 2010., str. 175.

10 Galić, N., *Pravni standardi za borbu protiv nasilja u porodici*, Sprječavanje 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.

11 Ovaj stav se može isčitati iz radova o institutu nužne odbrane istaknutih krivičara kao što su Franjo Bačić i Petar Novoselec.

ne traži srazmjernost između pravnog dobra napadnutog i dobra koje je povrijeđeno u odbrani, nego se o važnosti pravno zaštićenih interesa odlučuje svaki put iznova primjenjujući načelo proporcionalnosti.

1.1. Napad i odbrana u slučajevima nasilja u porodici

Da bi postojalo pravo na nužnu odbranu prvo mora postojati napad. Pod napadom se podrazumijeva svaka radnja koja je usmjerena na povredu nekog pravno zaštićenog dobra.¹² Dakle, napad koji izvrši čovjek, neovisno o njegovoj dobi, sposobnosti (mentalnoj ili fizičkoj) ili njegovoj namjeri daje napadnutom pravo na nužnu odbranu. Napad je uvijek ponašanje koje sadrži konkretnu opasnost, pa u slučajevima upotrebe neprikladnog sredstva u pravilu nužna odbrana nije dopuštena.¹³

Kod krivičnog djela Nasilja u porodici napad se sastoji u drskom ili bezobzirnom ponašanju, ili prijetnji da će napasti na život ili tijelo člana porodice, na koji način se ugrožava mir, tjelesna cjelovitost ili psihičko zdravlje člana porodice.¹⁴ Iz same zakonske definicije, proizilazi da je riječ o specijalnom krivičnom djelu (*delictum proprium*), jer učinilac ovog djela može biti samo član porodice i koji svoju radnju preuzima prema članu svoje porodice.¹⁵ Radnja ovog krivičnog djela, prema sva tri važeća Krivična zakona/zakonika u BiH, kojima je ovo krivično djelo regulisano, je postavljena alternativno, kao nasilje, drsko i bezobzirno ponašanje. Nasiljem se pasivnom subjektu fizičkom silom nanosi fizička ili psihička bol koja može biti jačeg

12 Tomić, Z., *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., str. 364.

13 Kos, T., *op. cit.*, str. 176.

14 Član 222. stav 1. KZ FBiH, član 190. stav 1. KZ RS, član 218. stav 1. KZ BD

15 Prema članu 2. stav 20. KZ FBiH i članu 2. stav 26. KZ BD, članom porodice se smatra: „bračni i izvanbračni partner, bivši bračni i izvanbračni partner, krvni rođak u ravnoj liniji, usvojilac i usvojenik, rođak u pobočnoj liniji do trećeg stepena zaključno, i srodnik po tazbini do drugog stepena zaključno. Prema članu 190. stavu 6. KZ RS-a članom porodice smatraju se: „supružnici ili bivši supružnici i njihova djeca i djeca svakog od njih, vanbračni partneri ili bivši vanbračni partneri, njihova djeca ili djeca svakog od njih, srodnici po tazbini zaključno do drugog stepena bez obzira na činjenicu da je bračna zajednica prestala, roditelji sadašnjih i bivših bračnih i vanbračnih partnera, srodnici iz potpunog usvojenja u pravoj liniji bez ograničenja, a u pobočnoj zaključno sa četvrtim stepenom, kao i srodnici iz nepotpunog usvojenja, lica koja vezuje odnos starateljstva, lica koja žive ili su živjela u istom porodičnom domaćinstvu, bez obzira na srodstvo, te lica koja imaju zajedničko dijete ili je dijete začeto, iako nikada nisu živjela u istom porodičnom domaćinstvu.“

ili slabijeg intenziteta.¹⁶ Zakoni u BiH, pored osnovnog oblika djela, propisuju i kvalifikatorne, teže oblike ovog krivičnog djela.¹⁷

Općenito se smatra da napad na bilo koje pravno dobro koje je zaštićeno pravom, daje pravo na primjenu instituta nužne odbrane. U ovom slučaju prihvaćena je teorija jednakovrijednosti ljudskih prava prema kojoj se ona ne mogu stepenovati po svom intenzitetu, nego u svakom pojedinom slučaju u kojem ona dolaze u koliziju potrebno je konkretno ocijeniti važnost interesa i dati prevagu onom koji se smatra bitnijim.¹⁸ Krivični zakoni inače ne nabrajaju posebno koja su to pravna dobra koja mogu biti predmetom napada, što znači da to mogu biti sva pravna dobra koja se štite krivičnim zakonom, međutim takva pravna dobra su najčešće ljudski život, tjelesna cjelovitost, sloboda, imovina, spolna sloboda, dostojanstvo ličnosti, itd.

Posljedica krivičnog djela Nasilja u porodici je ugrožavanje mira, tjelesne cjelovitosti ili prishičkog zdravlja člana svoje porodice. Krivično djelo će biti dovršeno i kada je došlo samo do ugrožavanja mira, tjelesne cjelovitosti ili psihičkog zdravlja člana porodice, što znači da se radi o krivičnom djelu ugrožavanja.

Dalje, kada govorimo o samom napadu, da bi nužna odbrana bila dopuštena, napad mora biti istovremen ili neposredno predstojeći.¹⁹ Svi uvjeti koji se ispune na strani kako napada tako i odbrane, nemaju praktični značaj ukoliko se ne ispuni uvjet istovremenosti. Postavljanjem takvog uvjeta, prema kojem je odbrana dopuštena samo ako napad neposredno predstoji, ako je započeo ili dok još traje, zakonodavac se jasno opredijelio za takvu nužnu odbranu koja treba da bude posljednje sredstvo koje se koristi u nekoj opasnoj situaciji.²⁰

S druge strane, kao odgovor napadu, odbrana mora biti nužna, što znači mora biti

16 Fizičko nasilje podrazumijeva korištenje dijelova tijela ili oružja radi prijetnje, kazne, dominiranja, kontrolisanja ili povređivanja druge osobe. Može da se vrši različitim načinima i sredstvima, a za posljedicu ima lahko tjelesnu povredu ili tešku tjelesnu povredu. Psihičko nasilje se odnosi na ozbiljnu prijetnju da će biti napadnut život ili tijelo člana porodice. Psihičko nasilje se također odnosi na zastrašivanje, konstantno kritikovanje, potcjenjivanje, različite optužbe, emocionalno ucjenjivanje, stvaranje nesigurnosti kod žrtve, verbalno zlostavljanje, uznemiravanje, maltretiranje itd. Seksualno nasilje se odnosi na svaki vid povrede polne slobode i morala, svaki vid degradiranja i ponižavanja na seksualnoj osnovi, svaki vid prisiljavanja na seksualni odnos i silovanje. Ovu vrstu nasilja često prati i fizičko i psihičko nasilje, a često se ti slučajevi nasilja vrše istovremeno i posebno su ponižavajući. Ekonomsko nasilje uglavnom obuhvata oduzimanje novca i vrijednih stvari, kontrolisanje zarade i primanja, zabrana članu porodice da raspolaže svojim i zajedničkim prihodima, zabrana da se zaposli i ostvari sopstvene prihode, oduzimanje sredstava za rad, nametanje obaveze stalnog podnošenja detaljnih izvještaja o trošenju novca i dr.

17 Neki od težih oblika koje propisuje KZ FBiH, KZ RS-a i KZ BD-a su: nasilje prema članu porodice sa kojim živi u zajedničkom domaćinstvu, ako je prilikom nasilja upotrijebljeno oružje ili opasno oruđe ili drugo sredstvo koje je prikladno za teško ozlijediti tijelo ili narušiti zdravlje, ako je zbog nasilja u porodici član porodice teško tjelesno ozlijeđen, ili mu je zdravlje teško narušeno, ili ako je krivično djelo učinjeno prema djetetu ili maloljetniku, ili ako je nastupila smrt člana porodice ili člana porodične zajednice, ili ako nastupi smrt člana porodice kojeg je prethodno zlostavljao. Za sve ove teže oblike krivičnog djela Nasilja u porodici zakon propisuje različite krivične sankcije; vidjeti član 222. KZ FBiH, stav 2., 3., 4., 5., i 6., član 190. stav 2., 3., 4., i 5. KZ RS i član 218. stav 2., 3., 4., 5., i 6. KZ BD.

18 Kos, T., *op. cit.*, str. 177., fn. 5.

19 Odbrana protiv nekog budućeg napada nije dozvoljena, jer bi to dovelo do opće nesigurnosti, dok ni odbrana protiv dovršenih napada predstavljala osvetu.

20 Tomić, Z., *op. cit.*, str. 371.

takva da je prijeko potrebna za odbijanje napada od sebe ili od drugog. Nužan mora biti sam akt odbrane, način odbrane i mjera odbrane. Neophodnost nužne odbrane proizilazi iz principa samozaštite: ako samozaštita ne traži povredu napadača ne može ona biti dopuštena na osnovu principa zaštite prava.²¹

Kod krivičnog djela Nasilja u porodici situacije napada i odbrane spadaju u specifične situacije, kao što su i sami odnosi unutar porodice, i njihovo pravno regulisanje specifični. Na ovom mjestu ćemo se posvetiti više aspektu ograničenja prava na nužnu odbranu kada su u pitanju odnosi unutar porodice, konkretnije odnosi između bračnih partnera.

2. Odnos prekoračenja granica nužne odbrane i krivičnog djela nasilja u porodici

Nesporna je činjenica da nužna odbrana, kao ona odbrana koja je neophodno potrebna da učinilac od sebe ili drugog odbije direktno predstojeći protupravni napad, preko isključenja protupravnosti isključuje postojanje krivičnog djela. Radi se o situacijama u kojima dopuštajuća ili permisivna norma poništava učinak zabranjujuće ili prohibitivne norme, uz postojanje jednog uvjeta, a to je da napadnuti postupa sa odbrambenom voljom. Dakle, postupanje u granicama nužne odbrane oduzima protupravnoj radnji karakter krivičnog djela. Međutim, postoje situacije u kojima dolazi do prekoračenja tih granica, pa će krivično djelo postojati, sud će donijeti osuđujuću presudu i učinioca djela u prekoračenju granica nužne odbrane, proglasiti krivim.

Definicija prekoračenja granica nužne odbrane ne postoji, odnosno zakonodavac u BiH ne daje niti u jednom od četiri važeća zakona tu definiciju. Zakonodavac ne opisuje ni ponašanje počinioca koje bi udovoljavalo smislu te odredbe, nego samo određuje pravni učinak, i to dvostruki pravni učinak: mogućnost ublažavanja kazne i mogućnost oslobađanja od kazne, (prekoračenje granica nužne odbrane predstavlja u bosanskohercegovačkom krivičnom zakonodavstvu opći fakultativni osnov za ublažavanje kazne i opći fakultativni osnov za oslobodjenje od kazne). Ovakav dvostruki pravni učinak prisutan je kod sva četiri važeća krivična zakona na području BiH.

Neodređeno zakonsko definisanje pojma prekoračenja granica nužne odbrane nije rijetkost. Ni KZ RH ne daje definiciju prekoračenja nužne odbrane, nego samo određuje dvostruki pravni učinak. Ista situacija je u i Njemačkoj i u Švicarskoj u pogledu pobližeg određenja prekoračenja granica nužne odbrane. Austrijski Krivični zakonik daje određene smjernice: radi se o „prekoračenju opravdane odbrane“ ili „korištenju očigledno neprikladne odbrane“.²² Međutim, krivični zakoni u Evropskoj uniji (EU), za razliku od bosanskohercegovačkih krivičnih zakona, propisuju dvostruki pravni učinak koji se odnosi na mogućnost ublažavanja kazne i na isključenje krivice.

21 Kos, T., *op. cit.*, str. 179.

22 Herceg Pakšić, B., *Zakonska regulacija i pravna priroda prekoračenja granica nužne odbrane kao ispričavajućeg razloga de lege lata et de lege ferenda*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 22, broj 1/2015. Zagreb, 2015., str. 127.

Kod prekoračenja granica nužne odbrane postoje danas dvije moguće situacije, tzv, intenzivni i ekstenzivni eksces. Bilo kojoj od ove dvije situacije da je riječ ne postoji isključenje protupravnosti, nego ova ekscesna ponašanja počinioca imaju različite pravne učinke.

Kod krivičnih djela nasilja u porodici, sa posebnim osvrtom na djelo odbrane od nasilja koje je izvršeno u prekoračenju granica nužne odbrane, treba obratiti pažnju na afektivno stanje u kojem se nalazi napadnuta osoba. U BiH zakonski je regulisano da ako počinitelj prekorači granice nužne odbrane može se blaže kazniti, a ako je prekoračenje učinio zbog jake razdraženosti može se i osloboditi od kazne. U svakom konkretnom slučaju kada kod nasilja u porodici dođe do prekoračenja granica nužne odbrane, sudovi sa posebnom pažnjom moraju utvrditi da li je napadnuta osoba prilikom odbrane postupala u stanju jake razdraženosti ili u stanju straha izazvanog napadom. Ovo pitanje će biti u svakom konkretnom slučaju od velike važnosti za odmjerenje kazne. Na ovom mjestu smatramo potrebnim istaći i stanje u zakonskoj regulativi pojedinih zemalja Evropske unije (EU) koje jakom razdraženosti daju karakter ispričavajućeg (opravdavajućeg) razloga koji isključuje postojanje krivičnog djela jer nema krivice. Ovakvo rješenje sadrže i Kazneni zakon Republike Hrvatske, kao i krivični zakoni Njemačke, Austrije i Švicarske. Iz tog razloga je bitno procijeniti stanje svijesti kod osobe koja postupa u prekoračenju granica nužne odbrane, jer moderna krivična zakonodavstva razdvajaju tzv. steničke (bijes i jaka razdraženost) i asteničke afekte (strah, prepast, bojazan).²³

Za procjenu stanja svijesti osoba koje djelo vrše u prekoračenju granica nužne odbrane u situacijama nasilja u porodici, ključnu ulogu imaju vještaci psiholozi koji treba da ispituju stanje svijesti žrtve nasilja u porodici, koja se od napada brani, pa u odbrani prekorači granice nužne odbrane. Stoga je posebno važno da već prilikom prvog ispitivanja od strane Tužilaštva bude prisutan i psiholog koji će moći procijeniti afektivno stanje oštećene osobe/izvršioca djela.

3. Ograničenje nužne odbrane među bračnim partnerima

Ograničenje prava na nužnu odbranu u praksi znači postaviti stroža pravila pri davanju ocjene da li je odbrana bila prijeko potrebna, ili je napadnuti mogao na neki drugi način odbiti od sebe protupravni napad. To zapravo znači da bi napadnuti trebao da se usmjeri na defanzivnu odbranu, uklanjanje napada, pa čak i da napadnuti pretrpi lakše povrede.²⁴ Ograničenja prava na nužnu odbranu u krivičnopravnoj literaturi, se posebno razvijaju posljednjih decenija, pod utjecajem njemačkih autora. To su sljedeće situacije: kada napad potječe od osobe koja nije kriva, kada je napadnuti garant napadaču, kada je napad beznačajan i kada ga je isprovocirao sam napadnuti.²⁵ Svim

23 „Afekti predstavljaju treći segment emocionalnog života čovjeka (pored emocija i raspoloženja), koji zbog svojih određenih svojstava i uticaja na cjelokupni psihički život čovjeka u bitnoj mjeri mogu uticati na reakcije ličnosti i njeno ponašanje.“; Ćirić, Z., *Sudsko – psihijatrijski aspekti afektivnih stanja*, Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, LXII, 2012., Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj, Niš, 2012., 147.

24 Kos, T., *op. cit.*, str. 184.

25 Vidjeti Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. München,

ovim ograničenjima je zajednički zahtjev da napadnuti treba da se uklanja napadu, ali ne i da bježi. Kako su ova ograničenja primjenjiva kada su u pitanju odnosi između bračnih partnera, odnosno u slučajevima nasilja u porodici, i odbrane od takvog nasilja, može se najbolje ilustrirati na jednoj presudi Njemačkog saveznog suda.

Naime, tijekom fizičkog obračuna s mužem optuženica je napipala iza sebe nož, a onda ga je snažnim zamahom zabola mužu u lijevu stranu prsa, probivši njegove obe srčane komore, što je uskoro dovelo do smrti. Prvostepeni sud je optuženicu osudio za tešku tjelesnu ozljedu sa smrtnom posljedicom u prekoračenju granica nužne odbrane, na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine i šest mjeseci. Savezni sud je u cijelosti odbio reviziju optuženice i potvrdio prvostepenu presudu. U obrazloženju je naveo da se u pogledu ocjene je li odbrana bila prijeko potrebna postavljaju visoki zahtjevi. Naime, bračni partneri žive u uskoj zajednici i dužni su jedan prema drugom pokazati razumijevanje i obzirnost, a ta obaveza ne prestaje ni za vrijeme sukoba. Dok jedan bračni partner tijekom napada ne ide za tim da usmrti drugog, napadnuti bračni partner mora se zadovoljiti blažom vrstom odbrane i kada ona ne dovodi do sigurnog odbijanja napada. Ali takva obaveza vrijedi za napadnutog samo kada može očekivati lakše tjelesne ozljede.²⁶

Kada je riječ o prethodno navedena četiri ograničenja instituta nužne odbrane, postoje mimoilaženja u stavovima istaknutih pravnih krivičara. Postavlja se pitanje da li se ova ograničenja mogu primijeniti uopće kada su u pitanju odnosi između bračnih partnera. Neki hrvatski autori poput Bačića i Pavlovića, ne prihvataju ova ograničenja kada je u pitanju nužna odbrana među bračnim partnerima, dok npr. Roxin smatra da se ograničenja nužne odbrane između bračnih partnera i bliskih srodnika, mogu opravdati samo ako među njima postoji garantni odnos kao pretpostavka odgovornosti za krivična djela nečinjenjem. Shodno tome, Roxin smatra, da ako jedan bračni partner garantuje za život drugog (ili roditelj za život svoje djece), takva obaveza solidarnosti ne prestaje ni u njihovim međusobnim sukobima. Zbog toga oni ne smiju posegnuti za smrtonosnim oblicima odbrane. Ograničenje ipak neće vrijediti ako je prestala obaveza na solidarnost, a to će biti onda kada napadnutome prijeti smrt ili teška tjelesna ozljeda, ili je izložen dugotrajnom zlostavljanju.²⁷ Iz prethodnog se može izvesti zaključak da postoji dužnost napadnutog trpjeti napad ako bi on napad mogao odbiti samo radnjama opasnim za napadačev život, a ne može se ni ukloniti napadu.²⁸ Ovakvom stajalištu se prigovara da se na taj način pravo na nužnu odbranu pretvara u dužnost trpljenja napada, što je i tačno, ali u tome i jeste ograničenje nužne odbrane.²⁹

2006., član 32, rubni brojevi 48 – 61b, str. 659 – 666., Novoselec, P., *Nužna odbrana među bračnim drugovima*, Hrvatska pravna revija, broj 3, godina X, Zagreb, 2010., str. 81.

26 Odluka je objavljena u *Neue Juristische Wochenschrift* 1975, str. 63 – 63 i *Juristenzeitung* 1975, str. 254 – 255, i sa komentarom u knjizi, Roxin, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, München, 1998., str. 27 i 167.; Novoselec, *op. cit.*, str. 81.

27 Novoselec, P., *op. cit.*, str. 81.

28 Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., München, 2005., str. 170.

29 Novoselec, P., *op. cit.*, str. 81., fn 11.

4. Primjena instituta nužne odbrane u sudskoj praksi u Bosni i Hercegovini i uporednopravna analiza

Na primjeru iz sudske prakse u BiH, prema kojoj je optuženica usmrtila svog supruga dok ju je on fizički napadao, i osuđena je za krivično djelo Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici iz člana 208. stav 1. KZ RS-a, pokušat ćemo objasniti položaj i primjenu instituta nužne odbrane u slučajevima krivičnih djela Nasilja u porodici. Iz navedene presude vidljivo je sljedeće: osumnjičeni S. D. je duži vremenski period verbalno i fizički napadao osumnjičenu S. F. kada je bio u pijanom stanju. Kritičnog momenta, 2013. godine, nakon kraće verbalne prepirke fizički je napao svoju suprugu S. F. i stisnutom šakom desne ruke istu udario u predjelu glave, a potom i tri puta je udario komadom drveta dužine (...), čime joj je nanio lahku tjelesnu povredu u vidu oguljotina kože lijeve potkoljenice, da bi osumnjičena S. F. u tom momentu istom zadala udarac u predjelu grudi nožem ukupne dužine (...), kojom prilikom je S. D. zadobio tešku tjelesnu povredu u vidu ubodne rane lijeve strane grudnog koša, (...). U obrazloženju predmetne presude dalje stoji da je S. F. primjenom nasilja ugrozila tjelesni integritet člana svoje porodice, kojom prilikom je nastupila teška tjelesna povreda, a optuženi S. D. primjenom nasilja i drskim ponašanjem ugrozio mir i tjelesni integritet člana svoje porodice. Dalje se navodi da je optužena S. F. počinila krivično djelo Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici iz člana 208. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ RS-a, optuženi S. D. krivično djelo Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici iz člana 208. stav 1. KZ RS-a.³⁰

Smatramo da je u predmetnoj presudi pogrešno primjenjen zakon. Naime, sud je u ovom predmetu trebao ispitati mogućnost primjene instituta nužne odbrane ili prekoračenja granica nužne odbrane. U predmetnom slučaju, koliko je vidljivo iz činjeničnog opisa djela, osoba koja je odbijala protupravni istovremeni napad osuđena je za teži oblik djela nasilja u porodici, dok je osoba koja je u dužem vremenskom periodu vršila nasilje osuđena za lakši, osnovni oblik djela Nasilja u porodici. Iz činjeničnog stanja proizilazi da je moguće postojanje nužne odbrane koja isključuje protupravnost krivičnog djela optužene S. F. ili prekoračenje granica nužne odbrane koje isključuje kažnjavanje ili omogućava blaže kažnjavanje optužene S. F., koja je u momentu dok je optuženi prema njoj vršio protupravan napad njemu zadala udarac nožem u predjelu grudi. Sud je trebao preduzeti određene radnje s ciljem ispitivanja da li je to bio jedini način da S. F. od sebe odbije istovremeni protupravni napad, te ukoliko jeste da utvrdi postojanje nužne odbrane. Sud je barem trebao preispitati mogućnost postojanja prekoračenja granica nužne odbrane ukoliko smatra da je odbrana po intenzitetu jača od napada, odnosno da nije bila neophodno potrebna za odbijanje napada (što se cijeni u kontekstu svih okolnosti konkretnog slučaja).³¹

Mišljenja smo da je optužena mogla u predmetnom slučaju da od sebe odbije napad njenog supruga S. D. na neki blaži način, upotrebom nekog blažeg sredstva, umjesto noža. Naime, intenzivno prekoračenje granica nužne odbrane postoji kada

30 Presuda je objavljena u: Vodič u postupanju: Nasilje u porodici, dodatak Priručniku za sudska razmatranja slučajeva Nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini, AI/DCAF, 2016., str. 51.

31 *Ibid.*

odbrambena radnja svojim intenzitetom premašuje intenzitet napada. Da bi se u svakom konkretnom slučaju razjasnilo da li je obrana bila srazmjerna napadu ili je premašila intenzitet napada potrebno je da se utvrdi da li je napadnuti prilikom odbrane, od više načina odbrane koji su mu stajali na raspolaganju, izabrao onaj koji u najmanjoj mjeri povređuje napadačeva pravna dobra. I sam zakonski tekst ukazuje na ovaj segmenat odbrane, jer u zakonskom tekstu stoji da odbrana mora biti prijeko potrebna. Međutim, od napadnutog se ipak ne može tražiti riskantna odbrana, tj. ona odbrana koja ne jamči uspjeh.³²

Ovakva vrsta obostranog optuženja za izvršenje djela nasilja u porodici, koje se dešava u praksi, može biti posljedica nedovoljnog razumijevanja prirode partnerskog nasilja i specifičnosti različitih oblika u kojima se nasilje između bračnih i vanbračnih partnera ispoljava. Policija koja izlazi na lice mjesta, a zatim i tužilac koji ocjenjuje dokaze i formira dispozitiv optužnice, mogu se suočiti sa suprotstavljenim tvrdnjama šta se desilo, kada oba partnera tvrde da su pretrpila nasilje i oba partnera ispoljavaju vidljive fizičke povrede.³³

Za ilustraciju kriterija na kojima se temelji ocjena da li je odbrana prijeko potrebna može se iz njemačke judikature kao karakterističan primjer navesti često citirana odluka njemačkog Saveznog suda iz 1978. godine,³⁴ kojom je priznata nužna odbrana optuženiku koji je ubo nožem svog fizički daleko jačeg napadača, teškog 130 kg, dok ga je ovaj, pritisnuvši ga uz automobil, obuhvatio lijevom rukom, a desnom udario u zatiljak. Savezni sud Njemačke je na taj slučaj primijenio pravilo da napadnuti ima pravo na onu odbranu koja „jedina obećaje da će napad odmah prestati“, a izričito je odbio stajalište optužbe da je napadnuti mogao ubodima dati „manje opasan smjer“. ³⁵

Sličan slučaj se desio u Republici Hrvatskoj, gdje je optuženica bila osuđena zbog krivičnog djela ubistva na zatvorsku kaznu u trajanju od devet godina i šest mjeseci, presudom Županijskog suda u Zadru, 2005. godine,³⁶ zbog toga što je tijekom fizičkog obračuna između nje i njenog supruga, koji joj je nanio tjelesne ozljede na način da ju je tri puta udario, a onda lijevom rukom stisnuo za vrat, dok je desnom obuhvatio njene obe noge. Optuženica je u tom momentu dohvatila kuhinjski nož s kuhinjskog elementa i snažno ga zabola svom suprugu u leđa, nanijevši mu povrede desnog plućnog krila, jetre, dijafragme i donje šuplje vene, zbog kojih je oštećeni, unatoč ljekarskoj pomoći, preminuo. Vrhovni sud Hrvatske je presudu Županijskog suda u Zadru, kojom je optuženica oglašena krivom za krivično djelo ubistvo, rješenjem iz 2006. godine ukinuo. Novom prvostepenom presudom, K-11/06 od 11. 9. 2006. godine, optuženica je oglašena krivom za krivično djelo ubistva iz člana 90. Kaznenog zakona RH počinjenog u prekoračenju nužne odbrane, na kaznu zatvora u trajanju od 8 godina. Kasnije je Vrhovni sud Hrvatske preinačio ovu presudu u odluci o kazni³⁷ na

32 Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. München, 2006, str. 675.

33 Priručnik za tužioce za procesuiranje predmeta Nasilja u porodici, AI/DCAF, Sarajevo, 2017., str. 59., fn 56.

34 Odluka je objavljena u ediciji: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Band 27, str. 336.

35 Novoselec, P., *op. cit.*, str. 80.

36 Presuda Županijskog suda u Zadru, broj K-29/05 od 1. 9. 2005. godine

37 Presuda VSRH, broj I kž-927/06 od 25. 1. 2007. godine

zator u trajanju od pet godina. Odlukom Predsjednika Republike Hrvatske u postupku pomilovanja kazna je snižena na tri godine i šest mjeseci zatvora.³⁸

Vrhovni sud RH je u svojoj odluci prihvatio ocjenu prvostepenog suda da je postojao istovremeni protupravni napad oštećenog i da je shodno tome optužena imala pravo na nužnu odbranu, ali da je u ovom slučaju prekoračila granice nužne odbrane, jer naime, nije prvi put došlo do svađe i fizičkog obračuna između supružnika, te da je napad optužene trebao biti manjeg intenziteta (trebala je postupati na manje ubojit način, ubosti oštećenog na dio tijela na kojem se ne nalaze vitalni organi, itd.). Hrvatski pravni teoretičari ovakvoj odluci VSRH prigovaraju sljedeće: „Sud gubi iz vida da je usmjeravanje prema drugom dijelu tijela u položaju u kojem se našla optužena (napadač/oštećeni je desnom rukom držao za noge, a lijevom joj stiskao vrat) jedva zamislivo; dalje, prigovor optuženoj da nije trebala ubosti napadača tako jako je nerealan, jer osoba koja se bori za vlastiti život ne može dozirati snagu udarca.“³⁹

A *propo* prethodno navedenom, njemački pravni teoretičar Roxin smatra da je tačno da napadnuti mora štedjeti napadača, ali i taj zahtjev ima granicu koja se sastoji u tome da se od napadnutog ne može tražiti riskantna odbrana, tj. odbrana koja ne garantuje uspjeh.

Praksa Vrhovnog suda Republike Hrvatske je u pogledu ovakvih slučajeva u raskoraku, jer u jednoj ranije donijetoj presudi, koja je imale sličan činjenični opis, sud je uzeo da optužena nije prekoračila granice nužne odbrane, iako je i u tom predmetu, kao i u prethodno navedenom predmetu, vještak tvrdio da stiskanje „nije bilo jače snage“.⁴⁰

U Bosni i Hercegovini, prema podacima sudova kako u Federaciji, tako i u Republici Srpskoj, do kraja 2016. godine⁴¹ u praksi je prisutna pojava podizanja obostranih optužnica (protiv oba bračna partnera ili vanbračna partnera) za vršenje nasilja u porodici. Za potrebu kvalitetnog procesuiranja predmeta nasilja u porodici potrebno je sagledati cjelokupan kontekst odnosa između dvije osobe i napraviti razliku između tzv. primarnog počinioca nasilja, odnosno zlostavljača, i osobe koja pribjegava nasilju kao reakciji na nasilje koje je vršeno nad njom.⁴² Zadatak tužioca tokom istrage nije lagan, s obzirom da tužilac mora utvrditi da li je konkretna radnja koja je počinjena zapravo počinjena u nužnoj odbrani ili ima elemente krivičnog djela. Već u toj fazi, dakle fazi istrage, tužilac, ukoliko utvrdi da radnja izvršenja osobe koja je počinila djelo je takva da isključuje protupravnost krivičnog djela, treba da donese rješenje o obustavi istrage. Naravno, postojat će i situacije kada tužilac neće biti siguran da li se radi o djelu koje preko isključenja protupravnosti isključuje i postojanje djela, ili ima elemenata krivičnog djela. U takvim situacijama tužilac je dužan da podigne optužnicu, a na sudu je da procijeni da li se radilo o krivičnom djelu, o primjeni institua nužne odbrane ili o prekoračenju granica nužne odbrane.

38 Novoselec, P., *op. cit.*, str. 79.

39 *Ibid.*, str. 80.

40 Presuda VSRH, I Kž- 386/03 od 28. 6. 2006. godine; Novoselec P., *op cit.* str. 80.

41 Sudska praksa u BiH kada je u pitanje krivično djelo Nasilje u porodici, i s njim u vezi postupanje u nužnoj odbrani, je obrađena zaključno sa 2016. godinom.

42 Priručnik za tužioce za procesuiranje predmeta Nasilja u porodici, *op. cit.*, str. 59.

Tužiocima se dakle, u ovim slučajevima mogu naći u dilemi kako postupiti, ali postoji nekoliko faktora koji mogu pomoći pri utvrđivanju primarnog počinioca nasilja, odnosno pri razlikovanju primarnog nasilnika (zlostavljača) od osobe koja je počinila nasilje u samoodbrani (nužnoj odbrani) ili koja reaguje na prethodno nasilje (ali koja ne pribjegava nasilju s ciljem vršenja moći i kontrole), u slučajevima nasilja između bračnih/vanbračnih partnera. Ti faktori su sljedeći:

- osumnjičeni je ranije osuđivan za nasilje u porodici;
- osumnjičenom je ranije izrečena zaštitna mjera za nasilje u porodici;
- radnje osumnjičenog otkrivaju obrazac koji ukazuje da se nasilje vrši s ciljem ispoljavanja moći i kontrole nad žrtvom (npr. emocionalno zlostavljanje, ekonomsko nasilje, izolacija)⁴³

Pored toga, tužiocu u donošenju njegove odluke da li se radi o nužnoj odbrani ili o krivičnom djelu nasilja u porodici, u velikoj mjeri mogu pomoći vještaci medicinske struke koji će vještačenjem fizičkih povreda utvrditi da li se radi o tzv. primarnim povredama, koje su počinjene u napadu (npr. modrice, podlivi) ili povredama koje su zadobijene tako što se druga osoba branila (npr. ogrebotine po rukama, ugrizi po rukama). Na taj način može se utvrditi da li je povreda nanesena u samoodbrani ili ne.⁴⁴

5. Odnos ubistva u prekoračenju granica nužne odbrane i ubistva na mah

U praksi se često dešava da zakonski opisi dva krivična djela mogu izgledati prilično slično, te je u takvim slučajevima teže, nego kod ostalih krivičnih djela, povući razliku između njih, a u cilju pravilne primjene zakonskih propisa. Uslijed sličnih njihovih pojedinih elemenata sa drugim krivičnim djelima ili institutima općeg dijela Krivičnog zakona, nastaju sporna ili nedovoljno objašnjena pitanja koja dovode do različitih stavova u sudskoj praksi, kao i u teoriji krivičnog prava.⁴⁵ Prednje navedena situacija se najbolje može ilustrirati na primjerima prekoračenja granica nužne odbrane usljed jake razdraženosti ili straha izazvanog napadom, i krivičnog djela ubistva na mah, jer ova dva oblika imaju dosta sličnih elemenata. I te sličnosti izazivaju dileme kako u teoriji krivičnog prava, tako i sudskoj praksi, jer se postavlja pitanje kako izvršiti pravilnu pravnu kvalifikaciju između ova dva djela.⁴⁶ Ovaj problem je vidljiv i u situacijama kada je u pitanju izvršenje krivičnog djela nasilja u porodici, odnosno kada osoba koja je žrtva porodičnog nasilja, postane izvršilac djela ubistva na mah ili izvrši ubistvo svog partnera u prekoračenju granica nužne odbrane.

Da bismo bolje razumjeli odnos krivičnog djela ubistva na mah i izvršenog krivičnog djela u prekoračenju granica nužne odbrane, prije svega ćemo se osvrnuti na zakonsku regulativu krivičnog djela ubistva na mah u BiH. Kada je u pitanju tumačenje pojma na mah, ne postoji definicija ovog pojma, međutim, u jednom

43 *Ibid.*, str. 60.

44 *Ibid.*

45 Jovašević, D., *Pravo na život i nužna odbrana*, Pravni život, Broj 9/1998, Godina XLVII, Knjiga 442, Beograd, 1998., str. 74.

46 Lopičić, Đ., *Krivično djelo ubistva na mah*, Književno izdavačka zadruka, Beograd, str. 114.

jezičko – logičkom, semantičkom smislu, ovaj pojam kod nas znači naglo, iznenadno, momentalno, bez oklijevanja, odmah, što u smislu ove inkriminacije implicira naglo, momentalno, iznenadno reagovanje, situaciju u kojoj povod i reakcija lica na koju se povod odnosi moraju stajati u najkraćoj mogućoj vezi.⁴⁷

Krivičnim zakonom FBiH, članom 167. propisano je „Ko drugog usmrti na mah, doveden bez svoje krivnje, u jaku razdraženost ili prepast njegovim napadom, zlostavljanjem ili teškim vrijeđanjem, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do deset godina.“ Za razliku od KZ- a FBiH, KZ RS-a u zakonskoj formulaciji ovog krivičnog djela ne sadrži element prepasti nego samo element jake razdraženosti, dok KZ BD, po uzoru na KZ FBiH, ima i element jake razdraženosti i element prepasti. Pod pojmom jake razdraženosti podrazumijevaju se ona stanja uzbuđenosti, uzrujanosti ili gnjeva koja kod ličnosti u velikoj mjeri smanjuju sposobnost za razumno ponašanje i upravljanje postupcima, tako da izvršilac bez kritičkog rasuđivanja i u trenutku donosi odluku o izvršenju ubistva.⁴⁸ Kod krivičnog djela ubistva na mah, radi se o posebnom obliku umišljaja, tj. postoji *dolus repentinus*, kada se odluka na izvršenje djela donosi bez razmišljanja kao trenutna reakcija na spoljnu provokaciju, pa se ovaj oblik ubistva naziva i provociranim ubistvom i ubistvom u afektu.⁴⁹

Između ubistva na mah i ubistva u prekoračenju granica nužne odbrane postoje izvjesne sličnosti i razlike. Te sličnosti i razlike mogu da budu u pogledu psihičkog stanja i odnosa izvršioca prema djelu, mogu da budu s obzirom na uzroke koji utječu na ova psihička stanja i mogu postojati s obzirom na način izvršenja ovih krivičnih djela.⁵⁰

Pitanje razgraničenja ova dva krivična djela postavlja se samo u situacijama kada su oba djela izvršena u istom afektivnom stanju, odnosno kada je psihičko stanje izvršioca ova dva krivična djela istovjetno. U tim situacijama, sud treba, prilikom donošenja odluke da li je riječ o djelu izvršenom u prekoračenju granica nužne odbrane, ili o krivičnom djelu ubistva na mah, razlike tražiti u uzrocima afektivnih stanja. Uzrok afektivnog stanja kod prekoračenja granica nužne odbrane je napad, a kod ubistva na mah to je napad, zlostavljanje i teško vrijeđanje.⁵¹ Ovdje treba razgraničiti situacije kada je do jednog od afektivnih stanja došlo usljed napada. Kao što je već prethodno navedeno, bitan element nužne odbrane, kao i prekoračenja njenih granica, jeste istovremenost napada i odbrane, međutim, kod krivičnog djela ubistva na mah, napad koji je učinioca doveo u afektivno stanje ne mora biti istovremen sa izvršenjem ubistva. Istovremenost napada je dakle, jedna od

47 Babić, M.; Marković, I., Krivično pravo, Posebni dio, Peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2018., str. 62, fn 3.

48 *Ibid.*, str. 60.

49 Tomić, z., Krivično pravo II, Posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., str. 65.

50 Jovašević, D., *op. cit.*, str. 74.

51 Napad je svaka ona radnja prema jednom licu koja pod normalnim okolnostima uzbuđenja i izaziva kod ovog stanje jake razdraženosti; teška uvreda kao element ovog krivičnog djela podrazumijeva svaki postupak koji dovodi do duševnih bolova i patnji, odnosno postupak kojim se intenzivno napada na neki postupak izvršioca; pod zlostavljanjem se podrazumijeva na svako djelovanje na tijelo kojim se nanose tjelesne povrede, kao što je npr. šamaranje i udaranje.; Babić, M., Marković, I., *op. cit.*, str. 61.

karakteristika po kojima se ova dva djela razlikuju.⁵² Kada se govori o istovremenosti napada, tada se može govoriti o dva shvatanja, restriktivnom i ekstenzivnom. Prema restriktivnom shvatanju pravna kvalifikacija djela ubistva na mah se ograničava na djelovanja učinioca koja su momentalna i slijede odmah nakon provokacije ubijenog. Prema ekstenzivnom shvatanju, vremenski kontinuitet između ova dva momenta postoji sve dok postoji afektivno stanje koje je izazvano provokacijom ubijenog.⁵³ Iako bi ovo ekstenzivno tumačenje bilo primjerenije suštini krivičnog djela ubistva na mah, ono se u sudskoj praksi rjeđe upotrebljava.

Sljedeći element koji razdvaja krivično djelo počinjeno u prekoračenju granica nužne odbrane i krivično djelo ubistvo na mah, jeste protupravnost napada. Kod nužne odbrane protupravnost napada je obavezan element, dok kod ubistva na mah, protupravnost kod napada se ne traži. Sama zakonska formulacija isključuje postojanje krivice osobe koja je dovedena u afektivno stanje i u takvom stanju izvršila krivično djelo ubistvo na mah.

Treća razlika između ova dva skrivljena ponašanja odnosi se na karakter napada, i način izvršenja. Kod krivičnog djela ubistva na mah, ubistvo se vrši na mah, tj. neposredno nakon izvršenog napada, ili zlostavljanja, ili teškog vrijeđanja od strane oštećenog, odnosno sve dok stanje jake razdraženosti traje.⁵⁴ U ovom slučaju počinitelj ne razmišlja o tome kako da otkloni napad, zbog afektivnog stanja u kojem se nalazi, dok kod djela izvršenog u prekoračenju granica nužne odbrane, počinitelj djela ima za cilj da zaštiti zakonom garantovane i zaštićene lične i društvene vrijednosti, a ubistvo je samo sredstvo za ostvarenje tog cilja.⁵⁵

S obzirom na sve prethodno navedeno, jasno je zašto se sudovi susreću sa poteškoćama u slučajevima nasilja u porodici, gdje primarno napadnuta osoba, žrtva nasilja, postane učinilac krivičnog djela. Sudovima je teško razgraničiti da li je došlo do ubistva na mah ili je riječ o prekoračenju granica nužne odbrane, jer u doktrini krivičnog prava, kada su upitanju ova dva krivična djela, postoje izvjesne razlike, koje se na prvi pogled mogu činiti beznačajnim i minornim, ali na kraju dovedu po pogrešne kvalifikacije krivičnog djela i u konačnici do pogrešne primjene odredbi krivičnog zakona. U tom smislu, mišljenja smo, da je najbolji kriterij za razlikovanje ova dva krivična djela vremenski okvir u kojem je djelo izvršeno. Kod prekoračenja nužne odbrane taj okvir je striktno postavljen i napad i odbrana moraju biti istovremeni, dok kod krivičnog djela ubistva na mah vremenski kontinuitet između provokacije i izvršenja ubistva može biti veći. Također, drugi bitan element za razgraničenje da li je došlo do izvršenja krivičnog djela ubistva na mah ili do prekoračenja granica nužne odbrane jeste i motiv. Motiv je pobuda i odraz je objektivnog uzroka koji je proizveo psihički nadražaj i nagon učinioca da u određenoj situaciji postupi na način kako je to učinio.⁵⁶ Na kraju, i kod prekoračenja granica nužne odbrane i

52 Jovašević, D., *op. cit.*, str. 75.

53 Babić, M., Marković, I., *op. cit.*, str. 62.

54 Lazarević, Lj., *Krivično pravo, Posebni dio*, Beograd, 1981., str. 173.

55 Jovašević, D., *op. cit.*, str. 76.; Buturović, J., *Značaj afekta za krivičnu odgovornost JRKK*, broj 1/1980, Beograd, 1980., str. 43

56 Jovašević, D., *op. cit.*, str. 79.

kod izvršenja ubistva na mah, radi se o jednoj sasvim pogrešnoj i manje ili više neracionalnoj procjeni da se na nešto mora reagovati upravo ubistvom.⁵⁷

U slučajevima nasilja u porodici, kod odbrane osobe koja je izvršila ubistvo svog supružnika koji ju je zlostavljao, jako je bitno psihijatrijsko vještačenje, na osnovu kojeg će se zaključiti da li je osoba postupala u stanju jake razdraženosti ili prepasti, te da se procijeni intenzitet afektivnog stanja u kojem se osoba nalazila. Intenzitet afektivnog stanja je bitno odrediti kako bi sud došao do zaključka da li se osoba nalazila u stanju smanjene uračunljivosti. Vrhovni sud RH je u ranije spominjanom predmetu iz 2006. godine, zauzeo stav da „*kod ubistva u prekoračenju granica nužne odbrane, lišavanje života napadača javlja se kao neposredna posljedica preduzete radnje od napada kao uzroka, pa je počinjena radnja (koja je usmjerena na lišavanje života) zapravo izvoran i logičan smisao njegove aktivnosti. Kod ubistva na mah napad je uzrok nastanku psihičkog stanja (jake razdraženosti) iz kojeg počiniteljeva radnja na lišavanje života tek proizilazi, pa zato ta njegova aktivnost nije u neposrednoj funkciji odbane od napada i nije joj to izvorni smisao, nego je samo neposredna reakcija na napad i smisao joj je u rasterećenju počinitelja od takvih afektivnih stanja*“

Dakle, kod prekoračenja granica nužne odbrane se ide za tim da se otkloni napad, a kod ubistva na mah se ide za „rasterećenjem afektivnih stanja“, odnosno da bi postojala nužna odbrana napadnuti mora postupati sa odbrambenom voljom, koja nije i pretpostavka ubistva na mah. Međutim, moramo ukazati i na to da obe motivacije mogu postojati istovremeno: moguće je da napadnuti postupi sa odbrambenom voljom jer zna i hoće da se brani od napada, i da pri tome istovremeno daje oduška svojoj razdraženosti. Ne smije se izgubiti iz vida da djelovanje pod utjecajem jake razdraženosti ne isključuje odbrambenu volju. Iz toga slijedi da je moguće i ubistvo na mah u prekoračenju granica nužne odbrane.⁵⁸

S obzirom na prethodno navedeno možemo zaključiti da u slučajevima razgraničenja ubistva na mah i prekoračenja granica nužne odbrane, u teoriji i sudskoj praksi ne postoji jedinstveno mišljenje. Prema jednom shvatanju, a koje zastupa nekoliko pravnih teoretičara, kao što su Novoselec, Bačić, Šeparović, Simić, Aćimović, odredbe o prekoračenju granica nužne odbrane i ubistva na mah se međusobno ne isključuju, tj. moguće ih je kombinovati (ubistvo na mah u prekoračenju granica nužne odbrane). Prikazano na praktičnom primjeru to znači da u tim slučajevima treba uzeti da postoji ubistvo na mah, jer je riječ o privilegovanom ubistvu, ali kaznu treba izreći primjenom odredbi koje regulišu kažnjavanje u situacijama prekoračenja granica nužne odbrane. S druge strane, pojedini teoretičari, kao npr. Zlatarić, smatraju da je rješenje problema u primjeni odredbe o ubistvu na mah jer vrijedi pravilo *lex specialis derogat legi generali*.

57 Čirić, J., *Ubistvo u stanje jake razdraženosti izazvane krivicom žrtve*, Pravni život broj 9, Beograd, 1997., Tom I, str. 123.

58 Novoselec, P., *op. cit.*, str. 83.

Zaključak

Glavni razlog obrađivanja ove teme jeste nedostatak postojanja sudske prakse u krivičnim predmetima u kojima u vezu dolaze institut nužne odbrane i prekoračenje njenih granica, sa krivičnim djelom Nasilja u porodici. S obzirom na preovladavajuće mišljenje koje postoji u savremenom krivičnom pravu, a to je da se nužnom odbranom može odbijati protupravni napad na svako dobro zaštićeno krivičnim pravom, smatramo da izostavljanje primjene ovog instituta u praksi sudova u BiH, unutar porodičnih odnosa, predstavlja veliki hendikep u odnosu na razvoj savremenog porodičnog prava. Naime, kvalifikujući odbranu koju pruža bračni partner koji je prvobitno napadnut, kao krivično djelo ubistva ili ubistva na mah ili čak kao teži oblik nasilja u porodici, predstavlja, po našem mišljenju propust u radu pravosudnih organa.

Drugi problem koji se javlja jeste i nepostojanje smjernica za tužioce, kako da postupaju po pitanju krivičnog gonjenja u situacijama nasilja u porodici i postojanja primjene instituta nužne odbrane, odnosno procjene samog tužioca o granicama primjene tog instituta. Ova dva problema povlače dalje pitanje primjene načela legaliteta krivičnog gonjenja, koje znači da je tužilac dužan preduzeti krivično gonjenje u situacijama kada su ispunjeni zakonski uvjeti za to. S druge strane, ukoliko tužilac procijeni da je u konkretnom slučaju došlo do primjene instituta nužne odbrane, on može da ne preduzima krivično gonjenje, jer djelo izvršeno u nužnoj odbrani nije krivično djelo. Međutim, u situacijama nasilja u porodici i postojanja primjene instituta nužne odbrane, tužioci se često odluče na preduzimanje krivičnog gonjenja i podizanje optužnice (za krivično djelo ubistva, ubistva na mah ili težeg oblika djela nasilja u porodici), te ostave sudu da u svakom konkretnom slučaju procijeni da li je došlo do primjene instituta nužne odbrane ili do prekoračenja njenih granica, ili je u pitanju izvršenje jednog od gore navedena tri krivična djela.

Također, dodatnu težinu kod postojanja ovakvih slučajeva predstavlja i taj posebni odnos između bračnih partnera, jer se radi o odnosu uske životne zajednice, u kojoj su partneri dužni pokazati poštovanje i razumijevanje, te po mišljenju nekih autora, ta obaveza ne prestaje ni za vrijeme sukoba ukoliko jedan bračni partner ne ide za tim da usmrti drugog bračnog partnera, nego samo da mu nanese lakše tjelesne ozljede, onda i napadnuti bračni partner se mora zadovoljiti blažom vrstom odbrane koja mora dovesti do sigurnog odbijanja napada. Ipak, ne smijemo zaboraviti činjenicu da postoje situacije kada obaveza na tu solidarnost prestaje, a to je kada je napad jednog bračnog partnera na drugog takav da je iz njega očito vidljivo da će doći do smrtne posljedice ili do teške tjelesne ozljede. Također, potrebno je u svakom slučaju razmotriti i situacije u kojima je postojalo kontinuirano, dugotrajno zlostavljanje (kako fizičko, tako i psihičko) u bračnoj ili vanbračnoj zajednici. U tim situacijama smatramo da uzdržavanje od odbrambenih radnji koje su opasne za napadačev život, pravo na nužnu odbranu pretvara u dužnost trpljenja, što onda narušava sigurnost porodičnog života, ne samo u kontekstu bračnih i vanbračnih partnera, nego i u kontekstu zaštite djece, i predstavlja nazadovanje u razvoju zaštite porodičnih odnosa danas.

Sunčica Hajdarović, LL.M., senior assistant
Faculty of Law
University "Džemal Bijedić" of Mostar

NECESSARY DEFENSE IN CASES OF DOMESTIC VIOLENCE

The necessary defense is one of the oldest institutes of criminal law, which excludes the existence of a criminal offense through the exclusion of the notion of unlawfulness. It is generally considered that the attack on any protected good gives the right to the necessary defense. The application of this institute becomes especially interesting in situations where there is domestic violence, and when the victim of violence so far responds by using violence. In practice, there are problems whether it is a matter of the institute of necessary defense, or about exceeding the boundaries of the necessary defense, or it is actually a matter of domestic violence. The aim of this paper is to prove the existence of the self - defense in cases of domestic violence, as well as to elaborate the assumptions under which it is applicable within the Bosnian criminal justice system, and to compare similar situations that occur in practice in neighboring countries.

Key words: necessary defense, domestic violence, spouses.

STRUČNI ČLANAK

Dr. sc. Huseinspahić Ajdin, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

ZAŠTITA LIČNIH PRAVA DJETETA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVU KAO PREDUSLOV ZAŠTITE PORODICE

Male i autarhične društvene zajednice unutar kojih su ljudi bili usmjereni isključivo jedni na druge u prošlosti su zahtijevale jedan zatvoreniji koncept normativne regulacije, a koji je polazio od karaktera samih unutarporodičnih odnosa, što najjasnije možemo uočiti na primjeru agnatske rimske porodice koji se bazično svodio na relaciju pater familias-filii familias. Djeca su bila u središtu tih odnosa, a njihova normiranost je bila gotovo pa zanemariva. Njihov status je uveliko predodređivao status same rimske porodice, a time i društva u cjelini. Postepenim razvojem društva i proizvodnih odnosa došlo je i do razvoja pravne regulacije unutar same rimske porodice, a što se, neupitno je, dodatno reflektovalo i na karakter unutarporodičnih odnosa. Vremenom su porodični odnosi bivali sve normiraniji, ali bez obzira na sve te promjene porodica je zadržavala svoju primarno reproduktivno-generacijsku ulogu, a što će vremenom biti promijenjeno. U radu ćemo se, s obzirom na specifičnost razvoja porodice i koncepta ljudskih prava detaljnije fokusirati na lična prava djeteta. Shodno pozitivno-pravnom poretku u BiH korpus ličnih prava djeteta je dosta široko postavljen, dok ćemo se mi u ovom radu fokusirati samo na pravo djeteta na očuvanje i zaštitu identiteta te pravo djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zloupotrebe, zanemarivanja i zlostavljanja. Analizom stepena zaštite navedenih ličnih prava djeteta u BiH, a u skladu s međunarodnim dokumentima ukazaćemo na potencijalno žarišne tačke koje prijete ugrožavanju ličnih prava djece, a samim time i porodice, odnosno društva u cjelosti kako u sadašnjosti tako i u bliskoj budućnosti.

Ključne riječi: dijete, porodica, društvo, lična prava, ljudska prava.

UVOD

Koncept zaštite ljudskih prava možemo posmatrati na unutardržavnom i međunarodnom planu, pri čemu je međunarodni koncept zaštite vezan za uspostavu međunarodnih organizacija, a što je posebno intenzivirano nakon Drugog svjetskog rata. Dok je koncept zaštite ljudskih prava u odnosu na državni aparat vlasti novijeg datuma, koncept zaštite dječijih prava je još noviji, tačnije najnovijeg datuma. Dugo je društvenoj zajednici na globalnom nivou trebalo da jednim međunarodnim aktom zaštititi dječija prava.

U radu koji je pred nama upravo se fokusiramo na koncept zaštite prava djeteta, a koji smatramo ključnim faktorom zaštite porodice kao nukleusa društvenog

razvoja. To što su kroz povijest ekonomski faktori uslovljavali razvoj društva pa tako i same porodice, odražavalo se i na sam karakter i pravnu prirodu porodice te njenu ulogu, koja je u prošlosti primarno bila uslovljena ekonomskim parametrima, da bi "danas" njena uloga, generalno, bila preorjentisana prvenstveno ka razvijanju unutar-porodične empatije i njegovanju suptilnih odnosa između roditelja i djece koje međusobna ekonomska nezavisnost čini potencijalno udaljenim jedne od drugih, a što prijeti urušavanju same porodice.

Djeci kao potencijalno najranjivijim subjektima porodično-pravnih odnosa prijeti opasnost kako od strane drugih porodično-pravnih subjekata tako i od strane samog pravnog poretka koji se nalazi pred izazovima nekritičkog, nesistematičnog i neharmonizovanog pristupanja određenim reformskim procesima. Istrajavanjem na dosljednoj primjeni domaćeg i međunarodno-pravnog instrumentarija na planu zaštite djeteta doprinosimo očuvanju porodice i njene temeljne uloge, ali i izgradnje cijelog društva, odnosno države.

S obzirom na sve navedeno u radu ćemo se fokusirati na dva polja zaštite ličnih prava djece, i to na polje zaštite prava na zaštitu porodičnog i privatnog života kao i identiteta djeteta, a shodno međunarodnim konvencijama, kao i na pitanje efikasnijeg sistema zaštite djece od svih oblika nasilja u porodici, a koja mogu prouzrokovati nesagledive posljedice po jedno društvo, a što se nužno odražava i na samu državu. Pri svemu tome treba voditi računa o zaštiti najboljeg interesa djeteta.

Lični status djeteta u BiH, kao i zaštita njegovih ličnih prava je, između ostalog,¹ regulisana kroz tri porodična zakona, dva na entitetskom i jedan na nivou Brčko distrikta BiH.² Iako unifikacija i harmonizacija zauzimaju centralno mjesto u razvoju evropskog prava općenito, pa tako i u razvoju evropskog porodičnog prava, u složenim državama, sa prilično decentralizovanim pravno-političkim uređenjem, taj proces zauzima posebno mjesto.³ U tom smislu su ova dva procesa značajna i za sve složene društveno-političke sisteme, kao što je sistem Bosne i Hercegovine, čijoj harmonizaciji ili unifikaciji propisa najviše mogu doprinijeti međunarodni pravni dokumenti.

1 Pitanje zaštite ličnih prava djeteta kao i sankcionisanja njihovog ugrožavanja je regulisano adekvatnim pravnim propisima u oblasti zaštite od nasilja u porodici kao i krivično-pravnih odnosa, a koje ćemo analizirati u nastavku.

2 Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine-PZ FBiH („Službene novine FBiH”, br. 35/05, 41/05 i 31/14); Porodični zakon Republike Srpske-PZ RS („Službeni glasnik RS”, br. 54/02, 41/08 i 53/14) i Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine-PZ BD BiH („Službeni glasnik BDBiH”, br. 23/07).

3 Unifikacija je pojam kojim se označava ujednačavanje prava država članica donošenjem jedno-obraznih, za sve države jednako obvezujućih, pravnih akata. Na drugoj strani, harmonizacijom se pak nastoji ujednačavanjem zakonodavnih rješenja u različitim državama postići što veći stepen sličnosti između tih zakonodavnih rješenja, a radi olakšanja primjene u konkretnim situacijama s međunarodnim obilježjem. D. Miše, „Evropsko obiteljsko pravo: sadašnjost i budućnost-harmonizacija ili unifikacija“, *Pravnik*, (48), 1 (98), 2015., 54.

1. Međunarodni pravni okvir zaštite ličnih prava djece

Na nivou međunarodne zajednice 1989. godine je usvojen najvažniji pravni akt u pogledu dječijih prava, a to je Konvencija o pravima djeteta (Konvencija/KPD), čija je sadržina podijeljena na preambulu i tri posebna dijela.⁴ Navedenu konvenciju ratificirale su 194 zemlje članice Ujedinjenih nacija. Van njene ratifikacije ostale su samo Sjedinjene Američke Države.⁵ Shodno odredbama KPD ustanovljen je i Komitet za prava djeteta, kojem su države članice obavezne da podnose izvještaje o poduzetim mjerama na poboljšanju ostvarivanja prava priznatih Konvencijom. Pored toga, Komitet možemo smatrati najvišim tijelom u praćenju provođenja Konvencije u okviru zakonodavstva svake države članice.

Lista prava djeteta koja sadrži KPD veoma su bliska građanskim, uslovno kazano političkim, ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima u prilagođenom obliku. Na osnovu njih dobijamo potpuniju sliku zaštite djeteta kojem je zaštićen fizički, psihički, društveni i moralni integritet ličnosti. Ovi uslovi omogućavaju svakom djetetu da se razvija u autonomnu ličnost, i da odrasta u porodici koja uživa društvenu brigu i zaštitu. Jednako tome Konvencija zauzima stajalište da ona djeca koja nemaju porodicu zahtjevaju adekvatnu zaštitu društva, te im s tim u vezi treba obezbjediti jednake mogućnosti uravnoteženog fizičkog, psihičkog i moralnog razvoja. KPD dijete definiše kao osobu mlađu od 18 godina, osim ako se zakonom koji se primjenjuje na dijete granica punoljetstva ne odredi drugačije.⁶

Pored velikog poduhvata u promovisanju interesa djeteta,⁷ posebno mjesto, kao konvencijsko načelo, ima i ustanova dobrobiti djeteta.⁸

4 Konvencija o pravima djeteta uključena je u Aneks I Ustava BiH (Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini). Međutim, Ustav BiH ne govori ni o načinu primjenjivanja Konvencije (neposredno ili putem donošenja domaćih zakona), ni o prvenstvu u slučaju neusaglašenosti sa domaćim zakonodavstvom. U BiH važi na osnovu Zakona o ratifikaciji Konvencije UN-a o pravima djeteta („Službeni list RBiH”, br. 2/92 i 13/94).

Vidjeti: J. Selimović/J. Sofović, nacionalna savjetnica za zastupanje prava djece, *Položaj djece u Bosni i Hercegovini, Analiza položaja djece bez roditeljskog staranja i/ili djece kojoj prijete gubitak roditeljskog staranja zasnovan na pravima djece*, SOS Dječija sela BiH, Sarajevo, august 2010., 17.

5 Vidjeti: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en (15.05.2019.).

6 Član 1. KPD.

7 Uz ovaj „interes djeteta“, u uporednom pravu i teoriji se koriste i termini „najbolji interes djeteta.“ Pored ove pravno-terminološke odrednice u njemačkom, austrijskom, engleskom i irskom pravu upotrebljavan je termin „dobrobiti djeteta“. M. Alinčić, *etc.*, *Obiteljsko pravo*, Zagreb 2001., 231.

Sve države Sjedinjenih Američkih Država, Distrikt Kolumbija, Američka Samoa, Guam, Sjeverni Marijanski otoci, Puerto Rico i Američki Djevičanski Otoci imaju statute koji zahtijevaju da se najbolji interesi djeteta utvrđuje kad god određene vrste odluka trebaju biti donešene u vezi sa skrbištvom nad djecom, smještajem djece ili drugim kritičnim životnim pitanjima u vezi njih.

Vidjeti: https://www.childwelfare.gov/pubpdfs/best_interest.pdf (20.07.2019.).

Detaljnije: RD Mawdsley, JL Beckmann, E de Waal & CJ Russo, "The best interest of the child: A United States and South African perspective", *Journal for Juridical Science 2010: Special Issue*.

8 U članu 3 st. 2 Konvencije o pravima djeteta države potpisnice ove konvencije se obavezuju da djetetu osiguraju „takvu zaštitu i brigu koja je nužna za njegovu dobrobit.“

U grupu ličnih prava djeteta koja promoviše Konvencija možemo uvrstiti nekoliko prava. Prvo, dijete uživa pravo na život koje države stranke priznaju svakom djetetu. Države stranke će u najvećoj mogućoj mjeri osigurati opstanak i razvoj djeteta.⁹ Odmah nakon rođenja dijete mora biti upisano u matične knjige te mu se mora jamčiti pravo na ime, pravo na državljanstvo i, koliko je to moguće, pravo da zna za svoje roditelje te da uživa njihovu skrb. Uz to je propisano i da će države stranke osigurati primjenu ovih prava u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom i obavezama koje proizlaze iz odgovarajućih međunarodnih instrumenata u ovom području, posebno ako bi dijete inače ostalo bez državljanstva.¹⁰

Drugo, dijete ima pravo na saznanje vlastitog porijekla, odnosno da zna za svoje roditelje i da uživa njihovu brigu. Države stranke su obvezne da garantuju djetetu pravo na očuvanje vlastitog identiteta, uključujući nacionalnost, ime i porodične odnose priznate zakonom u što se neće nezakonito miješati. Ukoliko djetetu budu nezakonito uskraćene neke ili sve sastavnice identiteta, države stranke imaju obavezu da osiguraju odgovarajuću pomoć i zaštitu u cilju njegova što bržeg potvrđivanja.¹¹

Konvencijom je posebno regulisano da države stranke imaju obavezu da poduzmu sve mjere kako dijete ne bi bilo odvojeno od svojih roditelja protiv njihove volje, osim kada nadležne vlasti u sudskom postupku odluče, u skladu s važećim zakonima i postupcima, da je odvajanje potrebno radi dobrobiti djeteta. Takva odluka može biti naročito potrebna u posebnim slučajevima, kao što su zloupotreba roditeljskog položaja ili zanemarivanje djeteta, ili pak kad roditelji žive odvojeno, a mora se donijeti odluka o mjestu djetetova prebivališta. U svakom postupku svim zainteresiranim stranama mora biti omogućeno sudjelovanje i izjašnjavanje. Ukoliko je dijete odvojeno od jednoga ili oba roditelja države trebaju omogućiti djetetu da redovno održava lične i neposredne odnose s oba roditelja ako time ne bi bila ugrožena njegova dobrobit. Ako je odvajanje posljedica bilo kojega postupka koji bi pokrenula država stranka, primjerice pritvora, zatvora, progona, izručenja ili smrti jednog ili oba roditelja (uključujući i smrt koja je uslijedila iz bilo kojega razloga dok je osoba pod nadzorom države), država stranka će na podnesen zahtjev pružiti roditeljima, djetetu ili, ako je potrebno, drugom članu porodice, potrebne obavijesti o boravištu odsutnog člana(ova) porodice, osim kad bi pružanje takve obavijesti moglo štetiti dobrobiti djeteta. Države stranke osigurati će nadalje da podnošenje takvog zahtjeva samo po sebi nema štetne posljedice po zainteresovano lice.¹²

Pored toga, propisano je da će države stranke poduzeti potrebne mjere za suzbijanje nezakonitog prebacivanja i zadržavanja djece u inozemstvu. U tom cilju države stranke će promovisati zaključenje bilateralnih ili multilateralnih sporazuma ili pristupanja postojećim sporazumima.¹³

Niti jedno dijete ne smije biti izloženo proizvoljnom ili nezakonitom miješanju u njegovu privatnost, porodicu, dom ili prepisku, niti nezakonitim napadima na

9 Član 6 KPD.

10 Član 7 KPD.

11 Član 8 KPD.

12 Član 9 KPD.

13 Član 11 KPD.

njegovu čast i ugled. Dijete ima pravo na zakonsku zaštitu protiv takvog miješanja ili napada.¹⁴

Države stranke poduzet će sve potrebne zakonodavne, upravne, socijalne i prosvjetne mjere da zaštite dijete od svakog oblika tjelesnog ili duševnog nasilja, povreda ili zloupotreba, zanemarivanja ili zapuštenosti, zlostavljanja ili iskorištavanja, uključujući spolno zlostavljanje, dok o njemu brine roditelj(i), zakonski skrbnik(ci) ili neka druga odgovorna osoba kojoj je skrb djeteta povjerena. Mjere zaštite po potrebi moraju obuhvatiti djelotvorne postupke uvođenja socijalnih programa za pružanje potrebne pomoći djetetu i onima koji o njemu brinu te za druge oblike prevencije i utvrđivanja, izvješćivanja, ukazivanja, istraživanja, postupanja i praćenja slučajeva zlostavljanja djeteta koji su gore opisani i, bude li potrebno, za uključivanje suda.¹⁵

Zbog značaja koji KPD ima u porodičnom pravnom sistemu Bosne i Hercegovine nužno je sva rješenja koja se tiču porodično-pravne i socijalno-pravne zaštite djece uskladiti sa konvencijskim odredbama. Na taj način bi, uz uvažavanje nadležnosti entiteta i Distrikta, a poštujući obaveze koje je država preuzela u pogledu KPD, postigli dostatan nivo harmonizacije domaćih rješenja u oblasti zaštite djece, a čime bi postigli dvostruki efekat. Prvo, uspjeli bi ostvariti ozbiljniji pomak na planu saradnje sa Komitetom za prava djeteta i drugo, uspjeli bi harmonizovati unutardržavne, tj. entitetske porodične zakone i Porodični zakon Brčko distrikta BiH čime bi otklonili ne samo međusobno suprotstavljena nego i Konvenciji suprotna pravna rješenja.

2. Status djece u okviru europskih porodičnih modela

Živimo u periodu kada se pred porodicu postavljaju mnogobrojni izazovi na koje valja dati adekvatan odgovor, a pri tome sačuvati kompaktnost i funkcionalnost same porodice na bazičnoj relaciji, roditelj-dijete i obratno. U tom kontekstu valjalo bi i dalje insistirati na predanosti roditelja na planu odgoja svojih potomaka, kao i težnji ka tome da potomci poštujući svoje roditelje, kroz odgojni proces, usvoje opće-prihvaćen korpus društvenih normi ponašanja.

Fokusiramo li se samo na europski model uređenja jedne porodice možemo zaključiti da je tokom proteklih godina u Europi došlo do brojnih društveno-ekonomskih, kulturnih, pa i političkih promjena, koje su ostavila traga i na samu instituciju porodice. Djelujući na svakog pojedinca individualno, velike društvene promjene su svoj odraz imale i na samu porodicu kao bazni kolektivitet ljudske zajednice. Konzumerizam kao oblik životnoga stila, nedostatak sposobnosti za donošenje ispravnih odluka, smanjena sposobnost refleksije, utjecali su na europsko društvo, a samim time i na strukturu porodice.¹⁶

Prosječna europska porodica današnjice se sastoji od tri člana, dok svaki treći brak završi razvodom. Ekvivalentno tome, sve je veći broj vanbračne djece;

14 Član 16 KPD.

15 Član 19 KPD.

16 Više vidjeti: A. Lopez Trujillo, *The Family and Life in Europe*, 2003. http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_20030614_family-europe-trujillo_en.html (22.05.2019.).

„najviše na Islandu (63%), Švedskoj i Estoniji (56%), a najmanje u Hrvatskoj (9%) i Grčkoj (4%).¹⁷ Mnogi istraživači ove podatke posmatraju u svjetlu podređenosti značaja same porodične povezanosti, odnosno empatičnosti i solidarnost koje su ostale podređene u odnosu na važnost koja je data sticanju materijalnih dobara i sigurnosti zaposlenja. Tako se, prema njihovom mišljenju, u svijetu danas javljaju brojni pojedinci koji, boreći se za prava u braku, stavljaju lična prava iznad prava koja trebaju pripasti samoj porodici.¹⁸

S tim u vezi, u Europi se javljaju novi modeli porodice, tako da se u tome kontekstu riječ „porodica“ koristi u množini uz tendencije redefinisanja pojma braka. Kao novi modeli porodice se navode jednoroditeljske porodice, rekombinirane porodice, homoseksualne porodice i slobodne veze, koje svaka na svoj način utiču na odgoj novih generacija i koncept prava djeteta. Mnogi istraživači su skloni tvrdnji da je današnja struktura porodice sve manje stabilna, a na što utiče, između ostalog, i povećana stopa razvoda koja nužno rezultira formiranjem jednoroditeljskih i rekombiniranih porodica.¹⁹

Glavni trendovi koji se vezuju s modelima europske porodice su odgađanje ulaska u brak i rađanja prvoga djeteta, manji broj djece, porast vanbračnih zajednica, povećanje stope razvoda i ponovnog sklapanja braka, smanjenje stope sklopljenih brakova, smanjenje pojavnosti modela nuklearne porodice, te porast novih porodičnih modela.²⁰

Navedene promjene se ne odražavaju identično u svim dijelovima europskog kontinenta, pa je tako u nordijskim zemljama znatno smanjen broj tradicionalnih porodičnih modela, dok je zabilježen porast vanbračnih zajednica. S druge strane u južноеuropskim zemljama je situacija nešto drugačija, jer u tom dijelu Europe brak se još uvijek smatra važnim modelom tradicionalne porodice, pri čemu je stopa razvoda niža, dok novi porodični modeli nisu toliko zastupljeni. Iako se u nekim zemljama tog dijela Europe javljaju blage tendencije stabilizacije, s velikom se sigurnošću može reći da, čak i ako se zaustavi razvoj novih porodičnih modela, malo je vjerojatno da će se dogoditi povratak na onaj tradicionalni model.²¹

Samo nekoliko generacija ranije, na djetinjstvo nije gledano na jednak način. Jedan od osnovnih momenata modernog, postmodernog odgajanja, su jake i brze promjene, a što je uslovalo da i sami modeli odgajanja vrlo brzo budu zamijenjeni. Štaviše, teoretičari djetinjstva izriču da je u samo nekoliko generacija došlo do fundamentalnih promjena na polju brige, odnosno staranja za dijete. U savremenom društvu kontinuirano dolazi do većih sloboda u unutarporodičnim odnosima, a

17 Z. Miliša, *Šok današnjice*. Osijek: Filozofski fakultet, 2014., 144.

18 *Ibid.*

19 M.T. Letablier, S. Pennec, *Changing family structure: new challenges for policies in Europe*. u: M. T. Letablier, S. Pennec, (ur.) *Improving Policy Responses and Outcomes to Socio-Economic Challenges: Changing Family Structures, Policy and Practice*. Leicestershire, UK: European Research Centre, 2003., str. 1-4.

20 L. Beier, D. Hofäcker, E. Marchese, M. Rupp, *Family Structures and Family Forms in the European Union*, u: M. Kuronen, (ur.) *Research on Families and Family policies in Europe State of the Art*, EU: Family Platform, 2011., str. 17-34.

21 *Ibid.*

što na drugoj strani rezultira neodređenošću i nejasnoći u ostvarivanju savremene porodične uloge. Ubrzane promjene su onemogućile implikaciju iskustava starijih generacija na nove modele porodičnog života.²²

Mnogi autori su skloni tvrdnji da roditelji upravljaju djetetom u cilju vlastitog uspjeha, a što je kreiralo okolnosti najvišeg stepena zaštite djeteta i smanjivanja svake mogućnosti rizika u njegovom životu. Takav pristup stvara pojedince koji, kako neki istraživači smatraju, nemaju poduzetan duh i vlastite ciljeve, što utječe na društvene vrijednosti jer djeca postaju teret shodno kojemu se prikladnijom opcijom čini život bez djeteta, čime i natalitet opada.²³ Takav pristup utječe i na društvenu solidarnost dok smjernica života postaje egoistični princip: "prvo ja pa ostali". Baumrid ukazuje na tip roditeljskog ponašanja koji odgovara demokratskim odnosima u društvu. Shodno tome ustanovljeno je nekoliko stilova roditeljskog ponašanja: autoritarni (strog, krut), autoritativni (demokratski, dosljedni), permissivni (popustljivi) i zanemarujući (zapuštajući).²⁴ „Samo autoritativni obrazac proizvodi kod djece samokontrolu, nezavisnost, samopouzdanje, zainteresiranost i kompetentnost.“²⁵

3. Pravna regulacija ličnih prava i dužnosti djece u BiH

Najpozvanija lica u ostvarivanju dječijih prava i njihovom cjelokupnom odgojnom procesu su svakako njihovi roditelji. Na njima je teret uspješnog roditeljskog staranja kojemu trebaju udovoljiti ravnopravno, sporazumno zajednički. Roditeljsko staranje se definiše kao skup odgovornosti, dužnosti i prava roditelja koja imaju za cilj zaštitu ličnih i imovinskih prava i interesa djeteta.²⁶ Roditeljsko staranje se ostvaruje u najboljem interesu djeteta.²⁷ U PZ RS poseban dio je posvećen pravnom regulisanju odnosa roditelja i djece.²⁸ Također je posebno normirano vršenje roditeljskih dužnosti i prava. Zakon ne daje definiciju roditeljskog staranja, ali u okviru pravno-terminološke odrednice roditeljskog prava, regulisan je sporazumni način vršenja ovog prava od strane roditelja, a ukoliko ne budu mogli postići sporazum o tome će odlučiti nadležni organ starateljstva.²⁹ Do posljednjih reformskih zahvata u dijelu porodičnog zakonodavstva u BiH korišten je termin „roditeljsko pravo“, koji je zamijenjen novim terminom „roditeljsko staranje“. Ovakva promjena nije uočljiva i u PZ RS-e, tako da je u tom dijelu BiH i dalje u upotrebi termin „roditeljsko pravo.“

U ostvarivanju roditeljskog staranja roditelji su samostalni i niko se ne smije mješati u odnos njih i njihove djece, sve dok roditelji udovoljavaju svojim dužnostima te razumno i svrsishodno koriste svoja prava. Autonomija roditelja biva poštovana

22 A. Dencik, *Growing Up in the Post-Modern Age: On the Child's situation in the Modern Family and on the Position of the Family in the Modern Welfare State*, Acta Sociologica, 1989., 32, str. 155-180

23 Vidjeti detaljnije: C. Honore, *Pod pritiskom: spašavanje djece od kulture hiperroditeljstva*. Zagreb: Algoritam, 2009.

24 F.D. Alwin, *Parenting Practices*. U: Scott, J., Treas, J., Richards, M. (ur.) *The Blackwell Companion to the Sociology of Families*, Oxford: Blackwell., 2004.

25 A. Milić, *Sociologija porodice: kritika i izazovi*, Čigoja štampa, Beograd 2007, 217.

26 Član 129 PZ FBiH; Član 112 PZ BD BiH.

27 Član 129. st. 1 i 2 PZ FBiH; Član 112. st.1 i 2 PZ BDBiH.

28 III dio PZ RS.

29 Član 85. st. 1 i 2 PZ RS.

sve dok roditelji staranje ostvaruju u interesu djeteta, a onda kad ugroze ili povrijede interes djeteta, država mora intervenirati. Na ovaj način država izvršava samo ono što je preuzela Konvencijom.³⁰ Nosioци roditeljskog staranja su roditelji, te se njima na odgovornost daju i sve obaveze i prava prema djetetu upravo zbog prisutnog roditeljskog odnosa, a koji treba biti usmjeren ka ostvarivanju najpotpunije i najbolje zaštite interesa djeteta. Shodno tome jasno je kako se roditelji ne mogu odreći korpusa ličnih dužnosti i prava roditeljstva, niti ih mogu prenijeti na druga lica.³¹

Roditeljsko staranje je povezano s potrebom zaštite djeteta koja postoji za vrijeme njegovog maloljetstva, pa u skladu s tim i roditeljsko staranje prestaje kada dijete dostigne fazu punoljetnosti,³² odnosno kada postane sposobno da se stara o sebi, svojim pravima i interesima.³³

Prvu grupu poslova sublimiranih u okviru roditeljskog staranja čine odgovornosti, dužnosti i prava roditelja prema ličnosti djeteta.³⁴ S tim u vezi naglasimo da briga o ličnosti djeteta i njegovom zdravom psiho-fizičkom razvoju spada u dužnost oba roditelja. Oba roditelja trebaju na jednako kvalitetan način udovoljiti svojim dužnostima. Tako će dužnost oca djeteta biti usklađena s njegovim, unaprijed određenim, psiho-fizičkim crtama ličnosti. Zbog njene predodređenosti dužnosti majke su suptilnije i emotivno povezanije sa djetetom od njegovog začetca (*nasciturus*) pa do rođenja i stjecanja statusa fizičkog lica. Zato je za zdravo i potpuno odrastanje djeteta poželjno prisustvo oba roditelja, majke i oca, koji bi shodno svojim prirodnim psiho-fizičkim predodređenostima trebali odgojiti dijete. Kao posebno pravo roditeljima je priznato pravo da žive sa djetetom, a u slučaju da ne žive s njim zakon je odredio obavezu roditelja na održavanje ličnih kontakata. Ova i niz drugih prava i obaveza kako prvenstveno roditelja prema djeci, tako i djece prema roditeljima taksativno su navedeni u porodičnim zakonima u našoj državi, uz određena odstupanja. Pošto je PZ RS preuzeo rješenja ranijeg, PZ SRBiH, u ovoj oblasti, sve do 2014. godine istim nisu bila normirana prava koja su djetetu priznata KPD. Druga grupa poslova u okviru roditeljskog staranja obuhvata skup odgovornosti, dužnosti i prava roditelja prema imovini djeteta. Ove dužnosti i prava se odnose samo na onu imovinu koju je dijete dobilo nasljedstvom, poklonom ili po drugom osnovu, a ne radom. Imovinom koju je dijete steklo radom, ono samostalno raspolaže.³⁵ U ovom radu se bavimo samo korpusom ličnih prava djeteta.

30 Poduzimanjem navedenih mjera nadležni organ mora paziti kako ne bi povrijedio pravo na poštovanje porodičnog i privatnog života roditelja normiranog članom 8. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. „Zaštita privatnosti i porodičnog života“ je i načelo sadržano u Ustavu BiH, a na njemu je zasnovano i uređenje odnosa u porodici u tri važeća porodična zakona u BiH.

31 Član 131. st. 2 PZ FBiH; Član 114. st. 2 PZ BDBiH.

32 Član 156.-159. PZ FBiH; Član 108. PZ RS; Član 138.-140. PZ BDBiH.

33 Vidjeti: S. Bubić/N. Traljić, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, I izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, 218.-225.

34 Član 129. st. 1 PZ FBiH; Član 82. PZ RS; Član 112. st. 1 PZ BDBiH.

35 Član 264 PZ FBiH i član 285 PZ RS.

4. Prava i dužnosti djece u porodičnom zakonodavstvu BiH

S obzirom na savremene porodične modalitete, te na tendencije koje su usmjerene ka minimiziranju značaja porodice kao kolektiva, a maksimiziranju pojedinačnih, odnosno paracijalnih interesa, pred zakonodavcima je vrlo kompleksan zadatak, a koji se može svesti na usvajanje adekvatnih pravnih normi kojima bi porodica kao osnovna ćelija društva bila sačuvana. S obzirom na to, zakonodavci imaju obavezu da poštujući međunarodne pravne akte svojom legislativom učine sve da zaštiti dijete, odnosno njihove prvenstveno lične interese, a samim tim i porodicu. Stoga je zaštita ličnih prava djeteta jedan od sigurnosnih mehanizama u sistemu porodično-pravne zaštite.

U grupu ličnih prava djece, koja su regulisana pozitivnim zakonodavstvom u BiH, tačnije PZ FBiH, ubrajamo: pravo na staranje o životu, zdravlju i razvoju ličnosti, pravo djeteta da živi sa roditeljima, pravo djeteta na zaštitu od nezakonitog miješanja u njegovu privatnost i porodicu, pravo djeteta na izražavanje i uvažavanje vlastitog mišljenja, pravo djeteta na obrazovanje, pravo djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zloupotrebe, zlostavljanja i zanemarivanja. Među dužnostima djeteta zakonodavac je predvidio obavezu djeteta na staranje, pomaganje i poštovanje roditelja i izdržavanje roditelja.³⁶

PZ BDBiH je također regulisao prava i dužnosti djece slično PZ FBiH-e.³⁷ PZ RS-e je sve do 2014. godine izričito normirao pravo djeteta da živi zajedno sa svojim roditeljima, da bi posljednjim zakonodavnim intervencijama to pravo bilo dosta preciznije i detaljnije regulisano. U tom smislu 2014. godine PZ RS-e je normirao da dijete ima pravo da živi s roditeljima te da se roditelji o njemu brinu prije svih drugih, uz mogućnosti ograničenja samo onda kada je u odgovarajućem postupku utvrđeno da je u najboljem interesu djeteta. Dijete ima pravo da održava lične odnose i neposredne kontakte s roditeljem sa kojim ne živi, kao i sa srodnicima i drugim licima sa kojim ga vezuje posebna bliskost, ako je to u najboljem interesu djeteta. Dijete ima pravo na izražavanje vlastitog mišljenja u skladu sa uzrastom i zrelošću, kao i pravo da blagovremeno dobije potrebne informacije i obavještenja koja su mu potrebna za formiranje vlastitog mišljenja. U svim aktivnostima koje se tiču djeteta, najbolji interes djeteta mora biti prioritet. Djetetu je garantovano pravo na besplatnu pravnu pomoć bez obzira na socijalni status u svim pitanjima koja se tiču njihovog izdržavanja.³⁸ Ovo zadnje pravo nije prepoznato odredbama PZ FBiH.

Za razliku od PZ FBiH u PZ RS su dužnosti djece normirane u osnovnim odredbama koje propisuju da su djeca dužna da se staraju o svojim roditeljima, da se prema njima odnose s poštovanjem i da ih pomažu kad je to potrebno.³⁹

Zakonodavac u entitetu FBiH je predvidio obavezu djeteta da poštuje roditelje i ostale članove porodice te da ih pomaže, kao i da ih, u slučaju potrebe, izdržava.⁴⁰

36 Član 124-127 PZ FBiH.

37 Član 107-112 PZ BDBiH.

38 Član 81a, 81b, 81v, 268a PZ RS..

39 Član 7, 81, 83, 119 st. 1, 145 st. 2, PZ RS.

40 Član 128 PZ FBiH.

Osim toga, dijete bi trebalo da svojim ponašanjem roditeljima omogući realizaciju njihovih prava, koja su im priznata zakonima. PZ RS-e je regulisao da su se djeca dužna starati o svojim roditeljima, da se prema njima odnose s poštovanjem te da ih pomažu kada je to potrebno. PZ BDBiH je regulisao da je dijete dužno poštovati roditelje i ostale članove porodice, kao i pomagati roditelje.⁴¹

5. Odgovornosti, dužnosti i prava roditelja prema ličnosti djeteta u porodičnom zakonodavstvu u BiH

Roditelji su obavezni upoznati dijete sa njegovim pravima i omogućiti mu njihovo ostvarivanje. Ovu odredbu ne možemo naći u PZ RS-e, pa je shodno tome reagovala i Institucija Ombudsmana za djecu RS-e. Navedenom normom koja je unešena u preostala dva porodična zakona zakonodavac je udovoljio obavezi države koja proističe iz KPD.⁴² Najvažnija prava i ujedno najznačajnije dužnosti roditelja usmjerene su ka njihovoj obavezi staranja o životu i zdravlju djeteta. Definišući ovu obavezu zakonodavci su djelomično udovoljili obavezi države normiranoj u KPD.⁴³

Roditelji su dužni da štite svoju maloljetnu djecu te da se staraju o njihovom životu i zdravlju,⁴⁴ da čuvaju dijete, zadovoljavaju njegove normalne potrebe i štite ga od svih oblika poroka: droga, alkohol, skitničenje, razbojništvo, krađa, prostitucija, prosjačenje, kao i svih oblika maloljetničke delikvencije, te nasilja, povreda, ekonomske eksploatacije, seksualne zloupotrebe i svih drugih asocijalnih pojava. Radi zaštite interesa djeteta roditelji su dužni, u skladu sa uzrastom i zrelosti djeteta, kontrolisati njegovo ponašanje.⁴⁵ Ovo bismo mogli svrstati u korpus dužnosti roditelja da odgajaju svoje dijete. PZ RS normira dužnost i pravo roditelja da štite svoju maloljetnu djecu i da se brinu o njihovom životu i zdravlju.⁴⁶

Roditelji imaju dužnost i pravo odgajati dijete u duhu mira, dostojanstva, tolerancije, slobode, ravnopravnosti i solidarnosti, a u skladu s uzrašću ili zrelošću djeteta, unapređivati njegovo pravo i odgovornost na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti.⁴⁷ Pod odgojem u pravnoj literaturi podrazumijevamo stranje o djetetovom fizičkom, moralnom i intelektualnom razvoju, odnosno društveni, moralni i seksualni odgoj, odnosno upoznavanje s pravilima društvenog života; formiranje pravilnog odnosa prema radu; prihvatanje i njegovanje određenih moralnih karakteristika kao i stalna kontrola nad postupcima djeteta uz primjenu odgojnih mjera.⁴⁸ Na ovakvu odredbu ne možemo naići u PZ RS-e.

Roditelji su dužni starati se o redovnom, osnovnom i srednjem školovanju

41 Član 7 PZ RS; član 111 PZ BDBiH.

42 Član 42. KPD propisuje kako se „države-potpisnice obavezuju da obznane principe i odredbe Konvencije, na odgovarajući i aktivan način, kako djeci tako i odraslima“.

43 Član 6. st. 1 i 2 KPD određuje da „države-potpisnice priznaju da svako dijete ima urođeno pravo na život. Države-potpisnice će do krajnje moguće mjere osigurati preživljavanje i razvoj djeteta.“

44 Član 81. PZ RS.

45 Član 134. st. 1, 2 i 3 PZ FBiH; Član 117. st. 1, 2 i 3 PZ BDBiH.

46 Član 91 st. 1 PZ RS.

47 Član 135 PZ FBiH; Član 118. PZ BDBiH.

48 M. Mladenović, Porodično pravo, knjiga II, str. 171.-172. Navedeno prema S. Bubić/N. Traljić, str. 150.

djeteta, te da prema svojim mogućnostima i prema sposobnostima djeteta, brinu i o njegovom visokom obrazovanju.⁴⁹ Na drugoj strani, PZ RS-e pravno normira samo obavezu roditelja da obezbjeđe redovno osnovno školovanje i brinu o njemu, dok obavezu daljeg obrazovanja zakon uslovljava prilikama roditelja, te njegovim sklonostima, sposobnostima i opravdanim željama.⁵⁰

Roditeljima je dužnost zastupanja djeteta kao i ostale dužnosti i prava, priznata radi zaštite prava i interesa djeteta. Dijete ima pravnu sposobnost, ali nije sposobno samo učestvovati u pravnom prometu, zbog nedostatka pune poslovne sposobnosti. Zato su roditelji ovlašteni da u ime i za račun djeteta zaključuju pravne poslove i štite njegove interese pred svim nadležnim organima, čime udovoljavaju pravnoj normi porodičnih zakona kojom se roditelji ovlašćuju da zastupaju svoju maloljetnu djecu, osim ako zakonom nije drugačije uređeno.⁵¹ Obaveza roditelja je da izdržava maloljetno dijete da „mora iskoristiti sve svoje mogućnosti“ kako bi udovoljio toj obavezi. Ovo je krajnje afirmativna odredba zakona kojom se podstiče obrazovanje kao temeljni postulat naprednog i razvijenog društva.⁵²

Od opće-postavljenog pravila o izdržavanju djeteta do njegove punoljetnosti odstupanje predstavlja odredba zakona kojom je određeno da će obaveza izdržavanje djeteta prestati u onom slučaju kada maloljetno dijete ostvaruje vlastite prihode od svoga rada ili svoje imovine, odnosno kada stekne obavezu da doprinosi vlastitom izdržavanju, a što posredno nagovještava prestanak obaveze i roditelja da izdržavaju svoje dijete.⁵³ U slučaju da se dijete i nakon stjecanja punoljetstva nalazi na redovnom školovanju, makar je roditeljsko staranje nad njim prestalo, ono ipak do 26. godine života ima pravo da bude izdržavano od strane roditelja shodno njihovim mogućnostima. PZ RS je propisao mogućnost produženja izdržavanja i nakon 26. godine ukoliko redovno školovanje nije završeno iz opravdanih razloga.⁵⁴

Pored ličnih i imovinskih prava i dužnosti roditelja kojima oni trebaju udovoljiti u sklopu vršenja roditeljskog staranja postoje i ona roditeljska ovlaštenja koja, iako nisu regulisana porodičnim zakonodavstvom, utiču na pojedine statusne elemente kod djeteta. Tu ubrajamo: određivanje ličnog imena djeteta, koje spada u lična prava građana, te određivanje prebivališta djeteta.⁵⁵

6. Lična prava i interesi djece pred izazovom današnjice

Dok su u dalekoj prošlosti, preciznije sve do XX vijeka, prava djece, pa tako i ona ličnog karaktera, bila u potpunosti zanemarena danas je stanje po tom pitanju potpuno drugačije. Prava djeteta su normativno u svim državama, članicama Organizacije Ujedinjenih nacija, na posebnom pravnom pijedestalu što svakako otvara poseban set pitanja. Naime, prava djece, a posebno lična prava su pred

49 Član 136. PZ FBiH.

50 Član 83. PZ RS.

51 Član 137. st. 1 PZ FBiH; Član 84. st. 1 PZ RS; Član 120. st. 1 PZ BDBiH.

52 S. Bubić/N. Traljić, 157.

53 Član 217. PZ FBiH; Član 234. PZ RS; Član 196. PZ BDBiH

54 Član 216 st. 1 PZ FBiH; Član 223 st. 1 PZ RS; Član 195 st. 1 PZ BDBiH.

55 Član 133 st. 1 PZ FBiH, Član 116 st. 1 PZ BDBiH.

savremenim izazovima na koje valja adekvatno odgovoriti, a sve da bi izbjegli njihovu zloupotrebu što može rezultirati mnogostrukim negativnim efektima. Tu mislimo prije svega na pravo očuvanje identiteta djeteta, a koje može doći u opasnost primjenom instituta potpunog usvojenja ili medicinski potpomognute oplodnje, kao i prava djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zloupotrebe, zlostavljanja i drugih oblika zanemarivanja.

6.1. Pravo na očuvanje identiteta djeteta

Pravo djeteta na saznanje vlastitog porijekla, odnosno pravo djeteta da zna ko su mu roditelji te da uživa njihovu brigu i zaštitu, uz određena ograničenja, priznato je kako smo već iznijeli Konvencijom o pravima djeteta ali i u domaćem porodičnom zakonodavstvu. Njegovo ostvarenje je pretpostavka za ostvarivanje svih ostalih prava koja su priznata djetetu, dok se u tijesnoj vezi s njim nalazi i pravo na lično ime i očuvanje identiteta, koji je određen spolom, uzrastom, stepenom zrelosti, nacionalnim porijeklom, vjerskom pripadnošću, kulturnim identitetom, jezikom.⁵⁶

Značaj ličnih prava djeteta je s aspekta očuvanja porodice i jačanja njene kompaktnosti vrlo važan, no nameće se pitanje, da li postoje određeni instituti koji bi mogli narušiti tu kompaktnost? Uzimajući u obzir hijerarhiju međunarodnih i domaćih pravnih akata možemo konstatovati da postoje instituti koji, usljed neadekvatne regulacije mogu predstavljati "kamen spoticanja" ličnim pravima djeteta, kao što su potpuno usvojenje i začće djeteta medicinski potpomognutom oplodnjom.

6.1.1. Potpuno usvojenje djeteta

Naime, današnja zakonska rješenja eurokontinentalnog pravnog sistema, pa tako i bosanskohercegovačkog, poznaju dva oblika usvojenja i to: potpuno i nepotpuno usvojenje. Potpunim usvojenjem se između usvojioca i njegovih srodnika, sa jedne strane, i usvojenika i njegovih potomaka, s druge strane, zasniva neraskidiv odnos srodstva jednak krvnom srodstvu. U matičnu knjigu rođenih usvojioci se upisuju kao roditelji usvojenika.⁵⁷ Potpunim usvojenjem prestaju međusobna prava i dužnosti usvojenika i njegovih krvnih srodnika, osim ako dijete usvoji maćeha ili očuh. Usvojioci sporazumno određuju ime usvojeniku, koji dobija zajedničko prezime usvojioca. Ako usvojioci nemaju zajedničko prezime, sporazumno će odrediti prezime usvojenika, a ukoliko ne budu mogli postići sporazum o imenu i prezimenu usvojenika, o istom će odlučiti nadležni organ starateljstva.⁵⁸

Indikativna je zakonska odredba kojom se osporavanje i utvrđivanje materinstva

56 "Psihološki identitet je doživljaj kojeg pojedinac ima o sebi u kontinuiranom postojanju vlastite ličnosti, pa u slučaju narušavanja tog kontinuiteta može doći do krize identiteta i dalje do dublje psihološke krize kod djeteta." Smjernice za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta-vodič za profesionalce, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, Sarajevo, juni 2018., 39.

57 Član 113. PZ FBiH, Član 96. PZ BDBiH.

Član 156.-161. PZ RS izričito normira da se potpunim usvojenjem između usvojioca i njegovih srodnika i usvojenika i njegovih potomaka zasnivaju odnosi srodstva, kao da se radi o krvnom srodstvu.

58 Član 115 PZ FBiH, Član 98 PZ BD BiH.

i očinstva ne dozvoljava nakon zasnivanja potpunog usvojenja.⁵⁹ Nije li ovakvim pravnim rješenjem narušeno primarno pravo djeteta da zna ko su mu roditelji, te da shodno KPD sačuva svoj, vlastiti, identitet?⁶⁰ S tim u vezi, možemo strahovati od latentne opasnosti da usvojenik ne upozna svoje biološke roditelje i srodnike, čak i onda kada je to u njegovom najboljem interesu.⁶¹ Pored toga, sagledavajući funkcionalnost partikularnog pravnog sistema u BiH otvorenim se čini pitanje potencijalne opasnosti sklapanja braka ili drugih oblika životnih zajednica između potpunog usvojenika i njemu bliskih, krvnih, srodnika.

Jasno nam je da u ovoj situaciji kolidiraju dva interesa, i to interes usvojitelja i interes usvojenika, odnosno interesi roditelja i djeteta. Neupitan je interes djeteta da odrasta u potpunoj porodici uz majku i oca, ali u onim situacijama u kojima je to djetetu uskraćeno, iz bilo kojeg razloga, njegov je interes da živi barem s jednim roditeljem. Ukoliko ni to ne bi bilo moguće najbolji interes djeteta nalaže njegovo usvajanje od strane bilo jednog ili dva lica, muškarca i žene, a koji su garant osiguranja i zaštite djetetovih ličnih prava, prije svega prava na očuvanje vlastitog identiteta (npr. vjersko-kulturnog, spolnog, nacionanog etc.) i očuvanja veze sa njegovim krvnim srođnicima, bilo precima ili ostalim pobočnim srođnicima.⁶² Zakonodavci u BiH su propisali da dijete ima pravo znati da je usvojeno.⁶³ Međutim, često zbog vlastitih interesa, interesa roditeljstva i bojazni od narušavanja odnosa sa usvojenikom usvojenici mogu zanemariti obavezu upoznavanja djeteta sa njegovim pravom, odnosno sa činjenicom da je dijete usvojeno. Ovo posebno dolazi do izražaja prilikom usvajanja djeteta odmah po rođenju ili u njegovoj najranijoj životnoj dobi.⁶⁴

59 Član 116. PZ FBiH, Član 99. PZ BDBiH.

60 Član 8. st. 1 KPD.

61 Vidjeti: Član 6. PZ FBiH, član 7. PZ BDBiH, član 14. PZ RS.

62 U domaćem pravu mogućnost utvrđivanja porijekla djeteta u sudskom postupku isključena je za potpuno usvojenu i djecu začetu medicinski pomognutom oplodnjom. U slučaju usvojenja, procjena i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta zahtijeva od organa starateljstva poduzimanje nekoliko koraka, kao što su:

- savjetovanje usvojitelja, kada to ocijeni potrebnim, na koji način da upoznaju usvojenika da je usvojen ili njihovo upućivanje na savjetovanje u odgovarajuću ustanovu (PZ FBiH i PZ BD), odnosno ukazivanje usvojiteljima na prednosti upoznavanja usvojenika s činjenicom da je usvojen i preporučivanje da ga s njom upoznaju (PZ RS),
- dopuštanje maloljetnom usvojeniku da tek nakon utvrđenja njegove spremnosti i pripremljenosti te potrebnog savjetovanja izvrši uvid u spise predmeta o usvojenju radi saznanja podataka o njegovim biološkim roditeljima (PZ FBiH i PZ BD),
- procjenu i odlučivanje o tome hoće li maloljetnom usvojeniku dopustiti uvid u cijeli spis predmeta o usvojenju ili će prethodno iz spisa izdvojiti dijelove u kojima su sadržani podaci čije saznanje može štetno uticati na njega, kao što su to da je biološki roditelj osoba društveno neprihvatljivog ponašanja, da je začeto silovanjem ili incestom (PZ FBiH i PZ BD).

Smjernice za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta-vodič za profesionalce, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, Sarajevo, juni 2018., 39-40.

63 Član 92 st. 1 FBiH, Član 77 PZ BD BiH.

Usvojioci su dužni upoznati dijete da je usvojeno najkasnije do njegove sedme godine života, odnosno odmah nakon zasnivanja usvojenja ako je usvojeno starije dijete. Član 92 st. 2.

64 U entitetu FBiH i BD BiH usvojenje djeteta je moguće tek nakon tri mjeseca po rođenju djeteta odnosno po proteku jedne godine ukoliko su roditelji djeteta maloljetni, a ne postoji vjerovatnoća da će dijete biti podizano u krugu roditelja, odnosno bližih srodnika. Član 94 PZ FBiH, Član 79 PZ BD

U toj situaciji princip najboljeg interesa djeteta može biti doveden u opasnost pošto nijednom pravnom odredbom u bosanskohercegovačkom pravnom sistemu nije regulisana sankcija za slučaj da usvojenici, odnosno roditelji ne upoznaju dijete sa činjenicom da je usvojeno.

Zato je očuvanje identiteta djeteta vrlo bitno, kako onog fizičkog tako i psihičkog, jer svako dijete je drugačije od drugog pa se pri procjeni njegovog najboljeg interesa mora uzeti u obzir njegov identitet, odnosno karakteristike koje su uključene u njega, kao što su spol, spolna orijentacija, nacionalno porijeklo, religija, kulturni identitet.⁶⁵

Uzimajući u obzir važeća zakonska rješenja, možda bi zarad zaštite najboljeg interesa djeteta, *de lege ferenda*, zakonodavac mogao sačuvati pravni status potpunih usvojenika i njegovih kognatskih srodnika, a što bi, s aspekta zaštite identiteta djeteta, svakako bilo ne samo u najboljem interesu djeteta i porodice nego i cjelokupne zajednice. U tom smislu norme bi trebale imati obavezujući, a ne upućujući karakter. S tim u vezi stava smo da bi *pro futuro* između dva interesa, tj. interesa potencijalnih usvojitelja na jednoj strani te potencijalnih usvojenika, odnosno djece na drugoj, prevagu trebao imati najbolji interes djeteta bez obzira na tendenciju usvajanja, odnosno povećanja ili smanjenja eventualnog broja usvojenja, jer opći interes je važniji od bilo kojeg pojedinačnog.⁶⁶

6.1.2. Začće djeteta medicinski potpomognutom oplodnjom

Pored potpunog oblika usvojenja koje *de lege lata* predstavlja potencijalnu opasnost najboljem interesu djeteta postoji još jedno polje čija neadekvatna zakonska regulativa može narušiti princip zaštite najboljeg interesa djeteta. To je pitanje začća djeteta medicinski potpomognutom oplodnjom. Fokusiramo li se na postojeću pravnu regulativu u ovoj oblasti možemo uočiti da je u BiH tek polovinom 2018. godine usvojen prvi zakonski propis u ovoj oblasti, koja sve do tog momenta nije bila regulisana medicinskim već samo porodičnopravnim propisima.⁶⁷

Kroz svega dva člana porodičnih zakona u BiH normirana je zabrana utvrđivanja ili osporavanja materinstva i očinstva djeteta u sudskom postupku koje je začeto u postupku medicinski potpomognute oplodnje. Izuzetno, žena koja je rodila dijete začeto iz jajne ćelije druge žene može osporavati svoje materinstvo ako je u postupku medicinski potpomognute oplodnje dijete začeto bez njene pisane saglasnosti. Analogno tome, i muž majke može osporavati očinstvo djeteta rođenog u braku ili u periodu do 300 dana od prestanka braka ako je u postupku medicinski pomognute

BiH. U entitetu RS nema ovih odredbi tako da je moguće da dijete bude usvojeno odmah po rođenju.

65 Smjernice za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta-vodič za profesionalce, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, Sarajevo, juni 2018., 21.

66 "Svaki pravni poredak štiti određene individualne interese, ali samo u onoj mjeri u kojoj se unaprijeđenje takvih individualnih interesa smatra općim interesom. Drugim riječima, u pojedinim slučajevima javnopravne norme nalažu kakvo činjenje ili propuštanje u javnom interesu, a takva činidba može ujedno biti i u interesu nekog pojedinca, unatoč tomu što to nije bila osnovna intencija zakonodavca. Upravo u tom učinku prema pojedincu očituje se institut refleksnog djelovanja objektivne pravne norme." A. Popovski, "Pravna priroda opće uporabe javnoga dobra", Pravni vjesnik god. 32 br. 3-4, 2016., 194. 67 S Bubić/N. Traljić, 96.

Konačno je sredinom 2018. godine u entitetu FBiH usvojen Zakon o liječenju neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom-ZLNBPO "Službene novine Federacije BiH", broj 59/18.

oplodnje djetete začeto sjemenom drugog muškarca, bez pisane saglasnosti muža. Tužba radi osporavanja materinstva, odnosno očinstva, može se podnijeti u roku od šest mjeseci od dana saznanja za začecje djeteta, a najkasnije do navršene 10. godine njegovog života.⁶⁸

Iako su u bosanskohercegovačkom pravnom sistemu na snazi odredbe koje regulišu začecje djeteta vještačkim putem važno je naglasiti da se zakonodavac nije opredijelio za omogućavanje heterologne inseminacije, čija izričita zabrana je na prostoru entiteta FBiH propisana *lex specialis* u ovoj oblasti.⁶⁹ U pogledu utvrđivanja porijekla djeteta navedeni zakon se poziva na relevantne odredbe PZ FBiH.⁷⁰ Shodno tome, navedene odredbe sva tri porodična zakona u BiH koji se odnose na pitanje heterologne inseminacije mogu doći u obzir samo u slučaju da je do takvog vida začecja došlo izvan BiH, odnosno u zemljama koje su zakonski regulisale ovaj oblik biomedicinski potpomognute oplodnje.⁷¹ Naravno, moguće je da kršenjem odredaba ZLNBPO FBiH djetete bude začeto sjemenim ili jajnim ćelijama trećih lica,⁷² u kojem slučaju se, bez obzira na krivičnopravnu odgovornost propisanu ZLNBPO FBiH, opetovano aktualizira pitanje zaštite najboljeg interesa djeteta, odnosno njegovog prava na identitet.

Izuzmemo li privatno-pravne odnose s međunarodnim obilježjem, a kada je u pitanju biomedicinski potpomognuta oplodnja, analizom relevantnih odredbi PZ FBiH i ZLNBPO FBiH možemo zaključiti da je odredbama PZ FBiH omogućeno osporavanje očinstva ili materinstva djeteta začetog biološki potpomognutom oplodnjom, ali samo u onim slučajevima u kojima su tom prilikom korištene sjemene, odnosno jajne ćelije trećih lica, bez potrebnih pisanih saglasnosti, tj. u slučajevima heterologne inseminacije. Kao što smo i naveli, taj vid inseminacije ZLNBPO FBiH ne dozvoljava tako da je moguće da se stranke nađu u situaciji u kojoj im je porodičnopravnim odredbama omogućeno nešto što im *lex specialis* odredbama uopće nije dopušteno unutar pravnog poretka FBiH.⁷³ Ovakvo rješenje nas upućuje

68 Član 89 i 90 PZ FBiH. U PZ BD BiH je ovaj rok duži, tako da je tužbu radi osporavanja majčinstva, odnosno očinstva moguće podnijeti u roku od jedne godine od dana saznanja za začecje djeteta, a najkasnije do navršene 18. godine života djeteta. Član 75 st. 3 PZ BD BiH. U entitetu RS je normirano da utvrđivanje očinstva djeteta koje je začeto vještačkim putem nije moguće. Muž može osporavati očinstvo djeteta koje je rodila njegova žena, ako je do začecja vještačkim putem došlo sjemenom drugog muškarca bez njegove saglasnosti. Tužba radi osporavanja očinstva u tom slučaju se podnosi u roku od šest mjeseci od dana saznanja za začecje djeteta vještačkim putem, a najkasnije do navršene pete godine života djeteta. Član 136 i 137 PZ RS.

69 Zabranjeno je darivanje spolnih ćelija i spolnih tkiva, a koje nije obavljeno između bračnih, odnosno vanbračnih partnera u smislu ovog zakona. Zabranjeno je darivanje ljudskih embriona za primjenu postupaka biomedicinski potpomognute oplodnje. Član 37 ZLNBPO FBiH.

Zabranjeno je ugovarati ili provoditi biomedicinski potpomognutu oplodnju radi rađanja djeteta za druge osobe i predaje djeteta rođenog nakon biomedicinski potpomognute oplodnje (surogat majčinstvo). Član 45 st. 2 ZLNBPO FBiH.

70 Član 36 st. 1 ZLNBPO FBiH.

71 Član 8 Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji R Hrvatske, "Narodne novine" br. 86/12.

Član 29 Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji R Srbije, "Službeni glasnik RS", br. 40/17, 113/17.

72 Član 61 i 63 ZLNBPO FBiH.

73 Član 36 st. 4. ZLNBPO FBiH: Osporavanje majčinstva i očinstva djeteta začetog u postupku bio-

na zaključak da je zapravo zakonodavac u FBiH *lex specialis* odredbama zaštitio najbolji interes djeteta, odnosno njegovo pravo na identitet.

Zaključimo, ukoliko je dijete začeto homolognom inseminacijom njegovo porijeklo neće doći u pitanje, ali ukoliko je do začeća djeteta vještačkim putem došlo metodom heterologne inseminacije naših državljana izvan BiH ili u BiH, a kršenjem zakonskih odredbi onda je opasnost utvrđivanja njegovog porijekla, odnosno utvrđivanja i očuvanja identiteta djeteta veća, čime je i najbolji interes djeteta izložen izuzetno visokom stepenu opasnosti.

Ne možemo ignorisati činjenicu da je dijeteu začeto s jemenim ili jajnim ćelijama trećih lica, odnosno putem heterologne inseminacije, pri čemu je istraživanje njegovog porijekla ograničeno ili zabranjeno, ugroženo pravo na identitet. Onda kada bi interes djeteta začeto medicinski potpomognutom oplodnjom došao u sukob s interesima odraslih, u prvom redu njegovih budućih roditelja, prednost se mora dati interesu djeteta, jer dijete začeto vještačkim putem ne smije doći u lošiji položaj u odnosu na djecu začetu prirodnim putem ili usvojenu djecu.⁷⁴

Uz sve to, ne smijemo zanemariti ni činjenici da je regulacija biomedicinski potpomognute oplodnje u BiH samo dijelom regulisana i to na području FBiH, a što znači da će ovo pitanje i dalje biti vrlo aktuelno.

6.2. Pravo djeteta na zaštitu od nasilja, zloupotrebe, zlostavljanja i drugih oblika zanemarivanja

Još jedno lično pravo djeteta, garantovano KPD, zahtijeva potpuniju pravnu regulaciju u bosanskohercegovačkom porodično-pravnom sistemu. Kao što smo već prethodno naveli Konvencijom je regulisano da će države stranke poduzet sve potrebne zakonodavne, upravne, socijalne i prosvjetne mjere u cilju zaštite djeteta od svakog oblika tjelesnog ili duševnog nasilja, povreda ili zloupotreba, zanemarivanja ili zapuštenosti, zlostavljanja ili iskorištavanja, uključujući spolno zlostavljanje, dok o njemu brine roditelj(i), zakonski staratelj(i) ili neka druga odgovorna osoba kojoj je povjereno staranje o djetetu. Mjere zaštite po potrebi moraju obuhvatiti djelotvorne postupke uvođenja socijalnih programa za pružanje potrebne pomoći djetetu i onima koji o njemu brinu te za druge oblike prevencije i utvrđivanja, izvještavanja, ukazivanja, istraživanja, postupanja i praćenja slučajeva zlostavljanja djeteta koji su gore opisani i, bude li potrebno, za uključivanje suda.

Porodični zakon FBiH nalaže roditeljima da čuvaju svoju djecu, zadovolje njihove normalne potrebe i štite ih od svih oblika poroka kao što su: droga, alkohol, skitničenje, razbojništvo, krađa, prostitucija, prosjačenje, kao i svih oblika maloljetničke delikvencije, nasilja, povreda, ekonomske eksploatacije, seksualnih zloupotreba i svih asocijalnih pojava.⁷⁵ Zloupotreba roditeljskog prava u slučajevima fizičkog i duševnog nasilja nad djetetom je razlog za oduzimanje roditeljskog

medicinskipotpomognute oplodnje provodi se u skladu sa Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine.

74 S Bubić/N. Traljić, 98.

75 Član 134 st. 2 PZ FBiH.

staranja.⁷⁶ Porodični zakon RS nalaže svim organima, organizacijama i fizičkim osobama da bez odlaganja obavijeste organ starateljstva o povredi djetetovih prava, naročito nasilju, zlostavljanju, zloupotrebi.⁷⁷ Zakon propisuje da roditelji i drugi članovi porodice ne smiju dijete podvrgavati ponižavajućim postupcima, duševnom i fizičkom kažnjavanju, odnosno zlostavljanju, što je razlog za oduzimanje roditeljskog staranja. Zloupotrebom roditeljskog prava naročito se smatraju slučajevi fizičkog i psihičkog nasilja nad djetetom; seksualnog iskorištavanja djeteta; eksploatacije djeteta; navođenja na upotrebu alkohola, droga i drugih štetnih supstanci; navođenje djeteta na bilo koji oblik društveno neprihvatljivog ponašanja.⁷⁸ Porodični zakon BDBiH izričito zabranjuje nasilničko ponašanje u porodici koje ima obilježje krivičnog djela propisanog Krivičnim zakonom Brčko Distrikta BiH.⁷⁹ Dužnost roditelja je da čuvaju dijete, štite ga od svih oblika poroka i prestupa – droge, alkohola, skitničenja, razbojništva, prostitucije, prosjačenja, nasilja, ekonomske eksploatacije, seksualne zloupotrebe i svih drugih oblika asocijalnih pojava.⁸⁰ Roditelju koji zloupotrebom svojih prava, ili grubim zanemarivanjem svojih dužnosti, ili napuštanjem, ili nestaranjem o djetetu s kojim ne živi, koji očigledno stavlja u opasnost zdravlje i moral djeteta, ili koji ne zaštiti dijete od ovakvog ponašanja drugog roditelja ili druge osobe, može se oduzeti roditeljsko staranje.⁸¹ Zaštitu od nasilničkog ponašanja dužni su pružiti policija i organ starateljstva BDBiH, a na osnovu dojave osobe(a) koja za nasilje sazna i prijavi ga.⁸² Postupak protiv počinioca nasilja vodi se prema odredbama Zakona o krivičnom postupku BDBiH.⁸³ Skupština Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine na sjednici održanoj 28. februara 2018. godine, usvojila je Zakon o zaštiti od nasilja u porodici u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine kojim se propisuje zaštita od nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici, lica koja se u smislu ovog Zakona smatraju članom porodice ili porodične zajednice, subjekti zaštite i postupak zaštite žrtava nasilja u porodici, prekršajne sankcije koje se izriču učiniocima nasilja u porodici i druga pitanja od značaja za zaštitu od nasilja u porodici u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine.⁸⁴

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH pod članovima porodice podrazumijeva bračnu i vanbračnu djecu, usvojenu djecu, štice i hranjenike, te da se odnosi među članovima porodice zasnivaju na međusobnom poštovanju, pomaganju, privrženosti, održavanju skladnih odnosa, uz razvijanje i ispoljavanje najboljih osobina, te uz obavezu zaštite djece i poštivanje ravnopravnosti spolova.⁸⁵ Pod nasiljem zakon podrazumijeva svako djelo kojim se nanosi fizička, psihička, seksualna ili ekonomska šteta ili patnja, kao i prijetnja takvim djelom, ili propuštanje

76 Član 154 st. 2 PZ FBiH.

77 Član 13 st. 3 PZ RS.

78 Član 97 st. 1 PZ RS.

79 Član 3 PZ BDBiH.

80 Član 17 PZ BD BiH.

81 Član 135 st. 1 PZ BDBiH.

82 Član 288 PZ BDBiH.

83 Član 289 PZ BD BiH.

84 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, ("Službeni glasnik BD BiH" br. 07/18.

85 Član 5 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH-ZZNP FBiH ("Službene novine FBiH" br. 20/13)

dužnog činjenja i pažnje, a što ozbiljno sputava članove porodice. Radnje nasilja su: svaka primjena fizičke sile ili psihičke prinude na fizički ili psihički integritet; svako postupanje koje može uzrokovati opasnost od izazivanja fizičke ili psihičke boli ili ekonomske štete; izazivanje straha ili uzrokovanje lične ugroženosti ili povrede dostojanstva člana porodice ucjenom ili drugom prinudom; fizički napad jednog člana porodice na drugog, bez obzira da li je nastupila fizička povreda ili nije; verbalni napad, vrijeđanje, psovanje, nazivanje pogrđnim imenima, te drugi načini grubog uznemiravanja; seksualno uznemiravanje i uznemiravanje drugog člana porodice; uhođenje i drugi oblici uznemiravanja; propuštanje dužne pažnje nadzora prema drugom članu porodice ili nepružanje pomoći i zaštite tom članu porodice, iako za to postoji zakonska ili moralna obaveza, a usljed čega nastupi fizička, psihička ili ekonomsko-socijalna ugroženost tog člana porodice.⁸⁶ Nasilje u porodici dužna je prijaviti svaka osoba koja sazna za nasilje, a naročito osobe koje vršeći svoju dužnost saznaju za nasilje – zdravstveni radnici, nastavnici, vaspitači, medicinske, obrazovne i druge ustanove, nevladine organizacije, naročito ako je žrtva nasilja maloljetna osoba.⁸⁷ Prema ovom zakonu počiniocu nasilja u porodici kao prekršajne sankcije izriču se zaštitne mjere.⁸⁸ One se kao samostalne prekršajne sankcije mogu izreći neovisno o okončanju krivičnog postupka, a rješenje o izrečenoj mjeri dostavlja se i organu starateljstva koji o tome vodi evidenciju.⁸⁹ Pravilnik o načinu provedbe zaštitnih mjera koje su u nadležnosti policije uređuje način provedbe izrečenih zaštitnih mjera: udaljenje učinioca nasilja iz stana/kuće ili drugog stambenog prostora i zabranu vraćanja u isti, zabranu približavanja žrtvi nasilja i zabranu uznemiravanja i uhođenja osobe izložene nasilju. U BDBiH nije donesen poseban zakon o zaštiti od nasilja, ali su odredbe koje se odnose na ovu oblast sastavni dio Porodičnog zakona BDBiH – tj. glave IX a koja reguliše postupak zaštite od nasilničkog ponašanja u porodici.

Krivični zakon FBiH sankcioniše sve radnje protiv života i tijela uzrokovane nasiljem prema nekome,⁹⁰ a kao krivična djela mogu se pojaviti: teške tjelesne povrede, lake tjelesne povrede, nepružanje pomoći osobi koja se nalazi u opasnosti, napuštanje nemoćne osobe koja je toj osobi povjerena ili o kojoj je inače ta osoba dužna da se stara. Krivični zakon RS i Krivični zakon BDBiH sankcioniše krivična djela protiv života i tijela koja mogu uzrokovati i nasilje u porodici, kao što su: tjelesna povreda, teška tjelesna povreda, izlaganje opasnosti, napuštanje nemoćne osobe, nepružanje pomoći.⁹¹

Ombudsmeni su u svome izvještaju ukazali da je u BiH zabilježen značajan

86 Član 6 ZZNP FBiH i član 7 Zakona o zaštiti od nasilja u porodici RS-ZZNP RS (“Službeni glasnik RS” br. 102/12, 108/13 i 82/15).

87 Član 7 ZZNP FBiH i član 7 ZZNP RS.

88 Član 9 ZZNP FBiH.

89 Član 19 ZZNP FBiH.

90 Član 172, 173, 175, 176 Krivičnog zakona FBiH-KZ FBiH (“Službene novine FBiH” 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14i 76/14).

91 Član 155, 156, 159, 160 i 161 Krivičnog zakona Republike Srpske, („Službeni glasnik RS“ br. 64/17)-KZ RS i član 169, 170, 172 i 173 Krivičnog zakona BDBiH-KZ BD BiH (“Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH”, broj: 33/13).

napredak u oblasti usvajanja zakonodavnih mjera s ciljem osiguranja zaštite djeteta od svih oblika nasilja. Usvajanje entitetskih zakona koji uređuju pitanje zaštite od nasilja u porodici predstavlja značajan iskorak, iako izostanak harmonizacije ovih zakona sa prekršajnim i krivičnim zakonodavstvom predstavlja veliku barijeru u osiguranju primjene ovog zakonodavstva, a samim tim u sprečavanju i kažnjavanju nasilja u porodici. Sporost donošenja podzakonskih akata i neimplementacija ostalih preporuka UN-ovog Komiteta vezanih za osiguranje primjene člana 19 Konvencije, kao što je permanentna obuka stručnjaka koji su uključeni u ovu oblast, također su značajni faktori koji onemogućavaju efikasnu zaštitu djece od nasilja, naročito od onog u porodici. Posebno je značajno ukazati na nedovoljnu posvećenost nadležnih organa jačanju kapaciteta centara za socijalni rad, koji bi trebalo da imaju ključnu ulogu u preventivnom djelovanju na sprečavanju nasilja u porodici kroz organizovanje savjetovališta za porodicu. U cilju utvrđivanja prioriternih mjera za suzbijanje nasilja u porodici sveobuhvatna analiza stanja u ovoj oblasti - sa fokusom na kapacitet institucija, a posebno ljudskih resursa u tim institucijama, te međusobnusa radnju i koordinaciju - treba da bude osnov za izradu analize. Sva dosadašnja istraživanja vezana za ovu oblast ukazuju da je upravo nedostatak procedura i kapaciteta institucija osnovna prepreka u suzbijanju nasilja u porodici, a što je potrebno što skorije osigurati, a u skladu sa Preporukom UN-ovog Komiteta.⁹²

Zabrana mučenja ili drugog okrutnog postupanja prema djetetu utvrđena je Konvencijom, shodno kojoj će države potpisnice obezbijediti da nijedno dijete ne bude podvrgnuto mučenju ili drugom okrutnom, nehumanom ili ponižavajućem postupku ili kazni. Ni smrtna kazna ni doživotna robija bez mogućnosti oslobađanja ne mogu se nametnuti kod prestupa koji su počinile osobe mlađe od 18 godina.⁹³

Krivično zakonodavstvo Krivični zakon BiH sadrži u glavi X odredbe o odgojnim preporukama, mjerama i kažnjavanju maloljetnika s ciljem da se pomogne maloljetnim počiniocima krivičnih djela, da se oni zaštite i da se utiče da ubuduće ne vrše krivična djela.⁹⁴ Prema maloljetnicima se primjenjuju posebne krivične odredbe koje obuhvataju odgojne preporuke, odgojne mjere i kažnjavanje. KZ RS propisuje posebne krivično-pravne odredbe za maloljetne počinioce krivičnih djela. Prema maloljetniku koji je u vrijeme izvršenja krivičnog djela navršio 14 godina, a nije navršio 16 godina, mogu se izreći samo vaspitne mjere. Svrha vaspitnih mjera i maloljetničkog zatvora jeste pružanje pomoći maloljetnom počiniocu u prevaspitavanju i pravilnom razvoju, zaštita i uticaj na počinoce da ne vrše nova krivična djela.⁹⁵ KZ BDBiH propisuje da se prema maloljetnom počiniocu krivičnog djela primjenjuju posebne krivične odredbe. Svrha vaspitnih mjera i maloljetničkog zatvora jeste prevaspitavanje i uticanje da ubuduće ne vrše krivična djela.⁹⁶

92 Preporuka u vezi primjene člana 19 KPD. Analiza usklađenosti zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa Konvencijom o pravima djeteta, Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2009, 88.

93 Član 37 KPD.

94 Glava X Krivičnog zakona BiH-KZ BiH („Službeni glasnik BiH“, br. 3/03, 32/03 - ispr., 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15 i 35/18).

95 Glava VI KZ RS.

96 Glava X KZ BD BiH.

Poseban tretman maloljetnika, odnosno djece je predviđen i u slučajevima izvršenja krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera. U 2018. godini, kao i prethodnih godina, Ombudsmeni Bosne i Hercegovine bilježe slučajeve nasilja nad djecom, kako vršnjačkog nasilja, tako i slučajeve u kojima su djeca žrtve nasilja u porodici. Nasilje nad djecom jeste pojava koja može obuhvatati različita tumačenja i definicije, ali je zajednička karakteristika svih da pod nasiljem podrazumijevaju svako fizičko ili psihičko nasilno ponašanje usmjereno prema djeci, posredno ili neposredno, od strane pojedinaca ili institucija, kojim se ugrožava ili sprječava normalan razvoj, integritet ličnosti ili zadovoljenje dječijih potreba. Ombudsmeni postupajući po individualnim žalbama ili u predmetima po službenoj dužnosti naglašavaju da svako dijete ima pravo na odrastanje u sredini koja će mu osigurati poštovanje i podršku, u potpunosti isključujući bilo koji oblik nasilja, jer samo takva sredina podstiče potpuni razvoj ličnosti djeteta i stvara odgovorne građane i prema sebi i drugima. Ratifikacijom međunarodnih standarda u oblasti zaštite prava djece, usvajanjem zakonskih i podzakonskih propisa, potpisivanjem protokola o postupanju u slučajevima nasilja nad djecom, država je preuzela obavezu zaštite djece od svakog oblika psihičkog ili fizičkog nasilja. U situacijama u kojima izostane pravovremena reakcija porodice, kao primarne jedinice ključne za pravilan razvoj i zaštitu djetetove ličnosti, neophodna je intervencija države, odnosno institucija i organa u čijem je djelokrugu i pitanje zaštite prava djece.

U izvještajima Ombudsmena BiH naloženo je nadležnim organima u Bosni i Hercegovini da uvedu jasnu i eksplicitnu zabranu fizičkog kažnjavanja djece u svim sredinama i okruženjima. Ombudsmeni smatraju neophodnim naglasiti da je, s ciljem realizacije preporuka koje se odnose na izričitu zabranu tjelesnog kažnjavanja djece, a koje su upućene Bosni i Hercegovini od strane UN-ovog Komiteta za prava djeteta, pored već poduzetih koraka države s ciljem definisanja zabrane svakog oblika fizičkog ili duševnog nasilja,⁹⁷ neophodno izvršiti reformu zakonske regulative određenim mjerama, osigurati sistem podrške za zabranu fizičkog kažnjavanja kao socijalne politike, te uključiti širu javnost u debatu s ciljem podizanja svijesti na ovu temu.⁹⁸

Porodičnim zakonom Republike Srpske, posredno je regulisano da je tjelesno kažnjavanje djece u okviru porodične ili drugog vida društvene zajednice, bilo u kući ili van kuće, zabranjeno.⁹⁹ No, i ova odredba je sistematizirana u okviru dijela koji se odnosi na nadzor od strane organa starateljstva u sklopu ostvarivanja prava djeteta te kao takva na pravi način ne odražava tendenciju da se zabrani fizičko, odnosno tjelesno kažnjavanje djece u svim oblicima i sredinama, a koje je pogrešno uvriježeno kao odgojni metod. U Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu možemo naići na odredbe slične onima u PZ RS. Tako je u FBiH i BD BiH, a u okviru onog dijela zakona koji se odnosi na oduzimanje roditeljskog staranja regulisano

97 Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, na svojoj 75. sjednici održanoj 11.03.2013. godine usvojila je Strategiju za prevenciju i borbu protiv nasilja u porodici (2013.-2017.), Vlada Republike Srpske je u maju 2014. godine usvojila Strategiju za suzbijanje nasilja u porodici Republike Srpske (2014.-2019.)

98 Smjernice za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta-vodič za profesionalce, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, Sarajevo, juni 2018., 82.

99 Član 97 st. 1 PZ RS.

da zloupotreba prava, kao jedan od razloga za izricanje ove najoštrije porodično-pravne sankcije, postoji naročito u slučajevima tjelesnog i duševnog nasilja nad djetetom...¹⁰⁰

Inače, među naučnim krugovima su poznata tri tipa odnosa države prema tjelesnom kažnjavanju djece. Prvi tip je zakonodavni, koji predstavlja načelnu političku volju, koja je izražena zakonskom odredbom koja određeno postupanje izričito propisuje kao neprihvatljivo i stoga kažnjivo, kao što je psiho-fizičko nasilje nad djecom “u svrhu njihovog odgoja”. Drugi tip je pravosudno-represivni, a odnosi se na sudsko kažnjavanje počinitelja, dok je treći tip općedruštveni, te se kao takav odnosi na edukativne i preventivne mjere, odnosno mjere provođenje javnih kampanja a u svrhu podizanja nivoa svijesti o pravima djece, štetnosti tjelesnog kažnjavanja i svih psihičkih oblika nasilja, kao i posljedicama koje to može imati za dijete te drugim metodama odgoja koje postižu bolji učinak.¹⁰¹

Nasilje prema djeci, shvaćeno u njegovom najširem smislu, je normirano i u okviru Vijeća Europe, dok je detaljnije regulisano kroz dva međunarodno-pravna dokumenta, I to u: Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (EKLJP) i Europskoj socijalnoj povelji (ESP). EKLJP propisuje da niko ne može biti podvrgnut mučenju niti nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kazni,¹⁰² dok ESP reguliše pitanje socijalne i ekonomske zaštite majke i djece.¹⁰³

Pored međunarodnih dokumenata koji regulišu navedenu materiju ista je bila i predmetom odluka najviših sudskih instanci Vijeća Europe. Prva odluka koju je neko međunarodno pravosudno tijelo donijelo u povodu tužbe vezano uz zabranu tjelesnog kažnjavanja bila je odluka Komisije za ljudska prava Vijeća Europe iz 1982. o nedopustivosti tužbe roditelja iz Švedske, koji su tvrdili da švedski zakon, koji zabranjuje tjelesno kažnjavanje u porodici, krši član 8. tj. pravo na porodični život i član 9. tj. pravo na slobodu vjeroispovijesti Europske konvencije o ljudskim pravima kao i član 2. Prvog protokola uz Konvenciju tj. pravo na obrazovanje u skladu s religijskim uvjerenjima. Na strani tužetalja su se bili 7 roditelja djece u dobi od 20 mjeseci do 12 godina koji su tvrdili kako vjeruju u tradicionalne metode odgoja, posebice kao dio svoje religije za koje opravdanje nalaze u Bibliji i doktrinarnim tekstovima. Smatrali su da roditelji trebaju imati imunitet za djela kao što su povlačenje djeteta za uši ili udarac, što je Zakonom o roditeljstvu i skrbništvu iz 1979. proglašeno nezakonitim. Komisija je zaključila da je stvarni učinak Zakona promovisanje pozitivnih metoda odgoja i obeshrabrivanje nasilja prema djeci i njihova zlostavljanja te da to nema učinka na prakticiranje vjere, a samim tim ne krši ni pravo na obrazovanje u skladu s vjerskim uvjerenjima te da djeca tužitelja nisu

100 Član 154 st. 2 PZ FBiH i član 136 st. 2 PZ BDBiH.

101 L. Vidović, “Tjelesno kažnjavanje djece u obitelji”, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, (Zagreb), vol. 15, broj 1/2008, str. 303-320.

102 Član 3 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda.

Vidjeti: <http://msb.gov.ba/dokumenti/medjunarodni/?id=2665> (24.06.2019.).

103 Član 17 Europske socijalne povelje.

Vidjeti: http://www.mhrr.gov.ba/PDF/LjudskaPrava/EVROPSKA%20SOCIJALNA%20POVELJA%20_REVIDIRANA_.pdf (30.06.2019.).

bila izložena indoktrinaciji o neprihvatljivosti tjelesnog kažnjavanja. Slijedom toga, Komisija je odlučila da je tužba nedopustiva.¹⁰⁴

U cilju poduzimanja konkretnih koraka ka normativnom eliminisanju primjene sile u odgojnom procesu prema djeci, a u vidu njihovog tjelesnog kažnjavanja, tokom aprila 2019. godine, u Predstavničkom domu Parlamenta FBiH, predložene su izmjene i dopune Porodičnog zakona u entitetu FBiH, a kojima je predviđeno da u onom dijelu PZ FBiH koji reguliše zabranu nasilja u porodici budu dodate odredbe koje bi regulisale da je zabranjeno fizičko kažnjavanje u cilju disciplinovanja i vaspitanja djece. Fizičko kažnjavanje, shodno prijedlogu, podrazumijeva svako kažnjavanje pri kojem se upotrebljava fizička sila i čija je namjera nanijeti određeni stepen boli ili nelogode, ma kako oni blagi bili.¹⁰⁵ U dijelu koji reguliše dužnosti roditelja prema životu i zdravlju djeteta predloženo je da prilikom vršenja roditeljskog staranja roditelji ne smiju fizički kažnjavati dijete, postupiti ponižavajuće prema njemu niti primjenjivati psihičku prisilu te su ga, shodno tome, dužni štiti od takvog postupanja drugih lica.¹⁰⁶

Cijeneci pozitivnim navedeni prijedlog izmjena i dopuna PZ FBiH, smatramo da bi se ipak u konačnici trebalo referisati na rješenja koja već egzistiraju u susjednoj Republici Hrvatskoj, a shodno kojima je također normirana zabrana primjene nasilja na način da je roditeljima zabranjeno tjelesno kažnjavati dijete, postupati ponižavajuće prema njemu ili primjenjivati psihičku prisilu, uz obavezu da roditelji štite dijete od takvog postupanja drugih osoba. Roditelji ne smiju prisiljavati dijete na obrazovanje koje nije u skladu s njegovim sposobnostima i sklonostima.¹⁰⁷

Svaki oblik nasilja nad djecom Ombudsmeni BiH smatraju nedopustivom radnjom koja predstavlja jedan od najtežih oblika ugrožavanja i povrede prava djeteta. Država ima obavezu da dijete zaštiti od svih oblika nasilja, pruži podršku porodici i obezbijedi okruženje u kojem će se dijete nesmetano razvijati.¹⁰⁸

ZAKLJUČAK

Porodica je nukleus svakog ljudskog društva, jer bez njenog razvoja ne možemo računati na sveukupni prosperitet zajednice. Da bi porodica ispunila svoju ulogu smatramo da je nužno “pojačati” zaštitu korpusa ličnih prava i interesa djeteta, a u okviru kojega posebna pažnja treba biti usmjerena ka dva prava, i to: pravo na očuvanje identiteta djeteta i prava djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja, pa makar oni bili shvatani dijelom odgojnog procesa, odnosno segmenta “izgradnje” i zaštite ličnosti djeteta na koju isključivo pravo polažu njegovi roditelji. Iako su roditelji lica koja “na svojim plećima” nose

104 O odluci vidjeti: L. Vidović, 308.

105 Kada je riječ o ovom prijedlogu ne bi bilo suvišno zajedno sa zabranom fizičkog nasilja normirati i zabranu svih radnji koje bi mogle biti okarakterisane kao radnje psihičkog nasilja nad djecom.

106 Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama PZ FBiH, Parlament FBiH, Predstavnički dom, Sarajevo, april 2019.

107 Član 94 st. 2 i 5 Porodičnog zakona R Hrvatske (“Narodne novine RH” br. 103/15).

108 Smjernice za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta-vodič za profesionalce, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, Sarajevo, juni 2018., 84.

cjelokupni odgojni proces kao i zaštitu, ne samo ličnih, nego i imovinskih prava i interesa djeteta zakonodavac treba “ići korak naprijed”, a sve da bi, i u najmanjoj mjeri, bila spriječena njihova zloupotreba. Tako je *de lege ferenda* neophodno intervenirati na nekoliko polja, i to na polju potpunog usvojenja, začeca djeteta biomedicinski potpomognutom oplodnjom i zaštite djeteta od svih oblika nasilja, makar to bilo opravdavano i odgojnim ciljevima. S obzirom na to, nužno je pristupiti reformama porodičnih zakona u BiH, ali i drugih normativnih okvira kojima su regulisane posljedice potpunog usvojenja kao i posljedice zabrane svih oblika nasilja prema djeci, njihovog zlostavljanja i zanemarivanja. Na koncu trebamo biti svjesni i činjenice da je pitanje biomedicinski potpomognute oplodnje djelomično regulisano u BiH i to samo na području FBiH, što znači da će ovo pitanje još uvijek biti vrlo aktuelno.

Dr. sc. Ajdin Huseinspahić, Assistant Professor
Faculty of Law, University of Zenica

PROTECTION OF PERSONAL RIGHTS OF CHILDREN IN BOSNIA AND HERZEGOVINIAN LAW AS A PRECONDITIONAL FOR FAMILY PROTECTION

The protection of children's rights is a newer date, while the family is one of the oldest social institutions. It is therefore very important to link the concept of children's personal rights to the concept of family empowerment. The family is the nucleus of every human society, because without its development we cannot expect the overall prosperity of the community. In order for the family to fulfil its role, we believe that it is necessary to "strengthen" the protection of personal rights and interests of the child's corps, within which special attention should be focused on two rights: the right to preserve the identity of the child and the child's right to protection from all forms of violence, abuse and neglect, even though they were understood to be part of the upbringing process. Considering the stated, it is necessary to approach the reforms of family law in BiH. These reforms should be aimed at the full adoption and prohibition of all forms of violence against children, and even for the purpose of the upbringing process. Only with the guarantee of the children's personal rights and their continuous promotion we can rightfully expect strengthening of family solidarity, empathy and fundamental social values.

Key words: children, family, personal rights, complete adoption, violence, upbringing.

