

Godina VI, broj 6, 2018. godina



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

ZBORNİK RADOVA

Šesti međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Imovinskopravni aspekti porodičnih odnosa“

Mostar, 2018.

ZBORNİK RADOVA

Šesti međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Imovinskopravni aspekti porodičnih odnosa“

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, dr. Stefan Pürner, advokat
prof. dr. Anita Duraković, doc. dr. Ramajana Demirović,

ISSN 2303-6052

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

SADRŽAJ

IZVORNI NAUČNI RAD

Zoran Ponjavić

PRAVIČNOST U OSTVARIVANJU IMOVINSKIH PORODIČNIH PRAVA 9

Nenad Hlača

IMOVINA I OBITELJ: OSNOVE LJUDSKE EGZISTENCIJE 23

Aleksandra Korać Graovac

MATERIJALNA ODGOVORNOST ZA POVREDE PRAVA I DUŽNOSTI IZ
OBITELJSKOPRAVNIH ODNOSA? 35

Meliha Powlakić

Selma Mezetović Međić

UREĐENJE IMOVINSKIH ODNOSA BRAČNIH I VANBRAČNIH PARTNERA
NA NEKRETNINAMA I RODNA RAVNOPRAVNOST 44

Jozo Čizmić

Viktorija Haubrich

ODUZIMANJE I VRAĆANJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI, S OSVRTOM
NA IMOVINSKA PRAVA OSOBA KOJIMA SE ODUZIMA POSLOVNA
SPOSOBNOST U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE 69

Irena Majstorović

UGOVORNO UREĐENJE IMOVINSKIH ODNOSA BRAČNIH DRUGOVA I
AUTONOMIJA VOLJE 100

Maja Čolaković

Marko Bevanda

NASLJEDNOPRAVNA DEJSTVA POSTMORTALNE OPLODNJE* 117

Rebeka Kotlo

Amra Jašarbegović

ZAŠTITA IMOVINSKIH PRAVA I INTERESA DJETETA KROZ OSTVARENJE
PRISTUPA PRAVDI – BESPLATNU PRAVNU POMOĆ 139

PRETHODNO SAOPĆENJE

Anita Duraković

MEĐUNARODNI IMOVINSKOPRAVNI ODNOSI U BRAČNOJ I
REGISTRIRANOJ ZAJEDNICI U EUROPSKOJ UNIJI 165

Slađana Aras Kramar

UREDBA (EU) BR. 650/2012 O NASLJEĐIVANJU: O PRIZNANJU ODNOSNO
PRIHVAĆANJU I IZVRŠENJU ODLUKA, JAVNIH ISPRAVA I SUDSKIH
NAGODBI TE EUROPSKOJ POTVRDI O NASLJEĐIVANJU 185

<i>Dimitrije Čeranić</i> IZDVAJANJE NA IME DOPRINOSA UVEĆANJU OSTAVIOČEVE IMOVINE	200
---	-----

<i>Ajdin Huseinspahić</i> NASLJEDNOPRAVNI STATUS SUPRUŽNIKA U BOSNI I HERCEGOVINI	213
---	-----

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

<i>Darko Radić</i> MODELI BRAČNE IMOVINE U BOSNI I HERCEGOVINI (KOMPARACIJA SA ODABRANIM EVROPSKIM ZAKONODAVSTVIMA)	241
---	-----

<i>Ivan Šimović, docent</i> POSLOVNI UDJELI U DRUŠTVU S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU KAO PREDMET BRAČNE STEČEVINE U REPUBLICI HRVATSKOJ – TEORIJSKE DVOJBE I IZAZOVI U PRAKSI*	255
---	-----

<i>Boris Krešić</i> <i>Dženeta Omerdić</i> IZJEDNAČAVANJE PRAVA VANBRAČNIH I BRAČNIH PARTNERA – ANALIZA PRESUDE USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE	268
--	-----

<i>Željko Galić</i> OBITELJSKOPRAVNI ODNOS KAO TEMELJ ZA NASLJEĐIVANJE – STANJE I TENDENCIJE	286
--	-----

<i>Ivona Šego-Marić</i> IMOVINSKOPRAVNI ASPEKTI OBITELJSKIH ODNOSA U BABILONU I ATENI	303
---	-----

STRUČNI RAD

<i>Đemaludin Mutapčić</i> BRAČNA STEČEVINA I HIPOTEKA U ZAKONODAVSTVU I PRAVNOJ PRAKSI	317
--	-----

Predgovor

Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V., skraćeno: IRZ) podupire od 1992. godine tranzicijske zemlje u reformi njihovih pravnih sistema. Pored konzultacija u zakonodavnom procesu to obuhvaća i podršku u stručnom usavršavanju pravnika i izdavanje pravnih publikacija te saradnju s pravnim fakultetima koja obuhvaća brojna pravna područja.

Fondacija IRZ se raduje da je u okviru dugogodišnje i uspješne saradnje s Pravnim fakultetom Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru upravo porodično pravo predmet takve saradnje. I to iz više razloga: s jedne strane, nijedno pravno područje ne zadire toliko u privatni život kao porodično pravo. Zbog toga je ono za građane od posebnog značenja. S druge strane, upravo se u području porodičnog prava kroz promjene društvenih vrijednosti događaju stalne promjene koje bi prije nekoliko desetljeća bile nezamislive.

U ovom je svesku dokumentiran rad 6. međunarodnog naučnog skupa „Dani porodičnog prava“ koji se bavio imovinsko pravnim aspektima porodičnih odnosa. Raduje nas što je i ovaj puta pošlo za rukom pridobiti stručnjake iz različitih država regiona radi saradnje i razmjene iskustava.

IRZ želi zahvaliti nizu osoba i institucija bez čije podrške ova konferencija ne bi bila moguća. Na prvom mjestu svakako treba spomenuti Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" na čelu s dekanicom prof. dr. Alenom Huseinbegović. No, IRZ pored toga na ovom fakultetu želi zahvaliti i prof. dr. Suzani Bubić koja je te porodično pravne skupove i saradnju s fondacijom IRZ inicirala prije više od pola desetljeća.

IRZ nadalje želi zahvaliti i njemačkom Ministarstvu za pravosuđe i zaštitu potrošača (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, skraćeno: BMJV) koje svojom institucionalnom potporom omogućuje rad IRZ-a i iz čijih je sredstava sufinanciran i ovaj skup. Rad IRZ-a se pored toga u pojedinim državama partnerima financira i iz sredstava njemačkog Ministarstva vanjskih poslova (Auswärtiges Amt, skraćeno: AA). Osim toga, rad IRZ-a aktivno prate i podržavaju i njemačke ambasade u dotičnim zemljama. Na tome želimo zahvaliti objema institucijama te aktualnoj njemačkoj ambasadorici u Bosni i Hercegovini, gospođi Christiane Hoffmann.

dr. Stefan Pürner, advokat
voditelj područja Jugoistočna Evropa I
(Bosna i Hercegovina, Makedonija, Crna Gora i Srbija)
u fondaciji IRZ

Vorwort

Die deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V., kurz: IRZ) unterstützt seit 1992 Transformationsstaaten bei der Reform ihres Rechtssystems. Hierzu gehört, neben Beratung bei der Gesetzgebung, Unterstützung bei der Weiterbildung praktizierender Juristen und der Herausgabe juristischer Publikationen, auch die Zusammenarbeit mit juristischen Fakultäten bei der zahlreiche Rechtsgebiete abgedeckt werden.

Deshalb freut sich die IRZ, dass im Rahmen der langjährigen und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit der Juristischen Fakultät der Džemal-Bijedić-Universität in Mostar das Familienrecht Gegenstand einer solchen Zusammenarbeit ist. Dies aus verschiedenen Gründen: Zum einen greift kein Rechtsgebiet so in das Privatleben ein wie das Familienrecht. Deshalb ist es für die Bürger von ganz besonderer Bedeutung. Zum anderen findet derzeit gerade im Bereich des Familienrechts durch Änderungen gesellschaftlicher Wertvorstellungen ein ständiger Wandel statt, der vor Jahrzehnten noch undenkbar gewesen wäre.

Im vorliegenden Band wird die Arbeit der 6. internationalen wissenschaftlichen Konferenz „Tage des Familienrechts“, die sich mit den vermögensrechtlichen Aspekten der familienrechtlichen Beziehungen beschäftigt, dokumentiert. Erfreulich ist, dass es auch dieses Mal wieder gelungen ist, Fachleute aus verschiedenen Staaten der Region zur Mitarbeit und zum Erfahrungsaustausch zu gewinnen.

Die IRZ möchte einer Reihe von Personen und Institutionen, ohne deren Unterstützung eine solche Veranstaltung nicht möglich wäre danken. Hier ist an erster Stelle die juristische Fakultät der Džemal-Bijedić-Universität mit der Dekanin Prof. Dr. Alena Huseinbegović an der Spitze zu nennen. Außerdem möchte die IRZ sich an dieser Fakultät auch bei Prof. Dr. Suzana Bubić bedanken, die diese familienrechtliche Konferenz und die diesbezügliche Zusammenarbeit mit der IRZ dabei vor mehr als einem halben Jahrzehnt initiiert hat.

Weiterhin dankt die IRZ dem deutschen Ministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, kurz: BMJV), das durch seine institutionelle Zuwendung die Tätigkeit der IRZ erst ermöglicht und aus deren Mittel auch diese Konferenz mitfinanziert wird. Die Tätigkeit der IRZ wird darüber hinaus in den jeweiligen Partnerstaaten auch durch Mittel des deutschen Außenministeriums (Auswärtiges Amt, kurz: AA) finanziert. Außerdem begleiten die deutschen Botschaften vor Ort die Tätigkeit der IRZ aktiv und unterstützen sie. Hierfür wird beiden Institutionen und der gegenwärtigen deutschen Botschaft Bosnien und Herzegowina Frau Christiane Hoffmann herzlich gedankt.

Dr. Stefan Pürner, Rechtsanwalt,
Leiter des Bereiches Südosteuropa I
(Bosnien und Herzegowina, Mazedonien, Montenegro und Serbien)
der IRZ

IZVORNI NAUČNI RAD

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

PRAVIČNOST U OSTVARIVANJU IMOVINSKIH PORODIČNIH PRAVA

Pitanje odnosa prava i pravde (pravičnosti) je davnašnja preokupacija pravne teorije i prakse. U radu se razmatra ovaj odnos u kontekstu imovinskih odnosa porodičnog prava. Najpre sa istorijskog, a zatim i pozitivnopravog stanovišta, pre svega u Porodičnom zakonu Republike Srbije, a zatim i porodičnim zakonima država regiona. Pravo na izdržavanje, ali i neka druga prava, neće se priznati ako bi to predstavljalo nepravdu za jednu stranu. Bez obzira kako je razlog za odbijanje prava formulisan cilj je isti: težnja da se pomire zahtevi tradicionalnog morala i suprostavljeni interesi subjekata porodičnopravnih odnosa.

Ključne reči: imovinski odnosi porodičnog prava, pravičnost, izdržavanje

1. Uvod

Suprotno anglosaksonskom pravu, u zemljama koje pripadaju tzv. kontinentalnom pravnom krugu nije dopušteno sudiji da sudi na osnovu pravičnosti. On mora donositi odluke na osnovu ustava i zakona. U pravnim sistemima ovih država zasnovanim na recepciji rimskog prava koje je poznavalo suđenje na osnovu pravičnosti, pravičnost je inkorporirana u pravno tkivo. U građanskom pravu ova potpuna apsorpcije principa pravičnosti je dovela do njegovog nestajanja.¹

Međutim, to ne znači da i u ovim državama ne postoji davnašnja i stalna preokupacija pravdom i pravičnošću i da ona nije bila inspiracija mnogim pravnim principima u domenu građanskog, ali i krivičnog, upravnog prava. Dodatno je pravičnost uvedena kroz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Svako se može obratiti tužbom sudu u Strazburu protiv svoje države ako smatra da mu je povređeno pravo na pravično suđenje iz čl.6. Konvencije, odnosno ako smatra da mu je učinjena nepravda, pre svega neopravdano dugim trajanjem postupka pred sudom.

I sudovi koji sude u oblasti porodičnih odnosa mogu suditi samo na osnovu ustava i zakona. Ovim se želi izbeći velika pravna nesigurnost koja se može iz toga razviti, kao i njihova arbitrnost. Međutim, to što sud u Republici Srbiji generalno gledano, ne može donositi odluke na osnovu pravičnosti ne znači da je pravičnost izbačena iz prava. Ona se ne može ignorisati, budući da je inherentna sudskoj odluci. U nekim slučajevima sud će o njoj voditi računa iako se ne pominje (npr. u slučaju

¹ R. Newman, La nature de l'équité en "droit civil", Revue internationale de droit comparé - Année 1964 - Volume 16, br.2, str.291.

posredovanja). U drugim slučajevima zakon izričito pominje pravičnost (pravdu)² ili njenu negaciju (nepravdu), kada se sudovi legalno mogu pozivati na nju. U domenu Građanskog prava Zakon o obligacionim odnosima na više mesta pominje pravičnost (čl.231(2), 203(3), 182 (2), 178(3), 169 (2).

Činjenica da je porodica centralna institucija društva koja se stalno i sve brže menja, dovodi do menjanja i porodičnog prava koje reguliše odnose unutar nje. Ovo može dovesti do razilaženja prava i onoga što se smatra pravičnim. Zato razilaženje može vremenom samo rasti. I zakoni država našeg regiona³ kojima se regulišu porodični odnosi pružaju priliku sudovima da sude na osnovu pravičnosti. To se čini izričitim upućivanjem na nju, doduše, korišćenjem drugačijih termina. Naime, prihvatanje ili odbijanje zahteva za konstituisanje nekog prava ponekad zavisi od moralnog prosuđivanja sudije, od njegovog shvatanja pravičnosti. Tako, Porodični zakon Republike Srbije (u daljem tekstu PZ RS) na više mesta govori o nepravdi, kao negaciji pravde,⁴ kao razlogu za isključenje nekog prava. Budući da se pravičnost "oseća i da se ne može definisati"⁵ na sudu leži odgovoran zadatak da opcrta njene horizonte. Naime, u tačno određenim slučajevima pravna norma ovlašćuje sud da procenom faktičkih okolnosti, polazeći i od svog shvatanja nepravde, utvrdi da li bi priznanje određenog prava bilo "očigledno nepravedno" čime bi bilo negirana pravičnost.⁶ Zadatak suda je da što je moguće više smanji raskorak između pravne norme i onoga što smatra da je pravično u datom trenutku. Jasno je, dakle, da se ovim reguliše izuzetak u primeni opštih pravila, pa se kao takav, po prirodi stvari, ima usko tumačiti. Postane li princip, u slučaju njegovog šireg tumačenja, pravičnost gubi svoje ime. Takva opasnost postoji s obzirom da je ovaj izuzetak formulisan kao pravni standard, bez unapred određene sadržine. Analiza normi PZ RS i zakona država iz regiona treba upravo da pokaže da li je ta opasnost izbegnuta.

2. O pravičnosti

Regulisanjem putem pravnih normi prava i dužnosti subjekata porodičnih odnosa pravo treba da ostvaruje svoju svrhu: da služi pravdi.⁷ Na ovaj način pravno

2 Pravičnost je samo jedna vrsta pravde. Videti: G. Radbruch, *Filozofija prava*, Beograd, 1973, str.48

3 Termin "države regiona" se poslednjih godina odomaćio u pravnoj i političkoj praksi, bez pretenzija da osim geografske dobije bilo koju drugu odrednicu. U ovom radu on obuhvata porodična zakonodavstva (Republike Hrvatske, Republike Crne Gore, Bosne i Hercegovine - Federacije BiH i Republike Srpske)

4 Prema Aristotelu pravda je savršena (potpuna) vrlina u odnosu prema nekome; Aristotel, *Nikomahova Etika*, Beograd, 1970, knj.5, str.114; Navedeno prema: S. Perović, *Prirodno pravo kao integritet pravde*, Pravni život, 9/2003, str.LXXXV. Prema Aristotelu pravičnost služi popravljanju prava koje je nesavršeno zbog svoje univerzalnosti. *Nikomahova Etika*, knj.3, glava 10.

5 J. Carbonniere, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*. Navedeno prema: S. Kauffmann, *Le recours au concept d equite par le juge de la famille*. Objavljeno na: https://www.google.rs/search?client=firefox-b&dcr=0&q=Le+recours+au+concept+d%27%C3%A9quit%C3%A9+par+le+juge+de+la+famille&spell=1&sa=X&ved=0ahUKEwiH_cmakIfaAhUH16QKHZvMATEQBQgjKAA&biw=1056&bih=531. Pristup: 12. 01.2018.

6 "Pravičnost je pravda pojedinačnog slučaja"; G. Radbruch, n.delo, str. 48.

7 "Jer pravo potiče od pravde kao od svoje majke". Navedeno prema: Perović, n.delo, str.XXV, fn. 7.

pravilo postaje garant pravde, njime se uspostavlja jednakost.⁸ Međutim, može se desiti da njegova primena u nekim slučajevima vredi savest, odnosno da priznanje određenog prava bude nepravedno, tj. da doneta sudska odluka iako zasnovana na pravu bude nepravična i doživljena kao nepravedna. U ovom slučaju svako ima težnju da se pozove na jedno prirodno pravo vezano za samo ljudsko postojanje koje odražava smisao pojedinca za istinskom pravdom: pravičnošću.

Pravičnost nije inspirisana pravilima pozitivnog prava. Ona im čak može biti protivna. Priroda pravičnosti, kako je još davno istakao Aristotel, je da koriguje zakon u meri u kojoj se on pojavljuje kao nedovoljan zbog svoje opštosti.⁹ Nepravda se po njemu sastoji u prisvajanju nečega nepripadajućeg. Ipak, samo na prvi pogled pravičnost može biti suprotna pravu. U suštini, ona je sa njim komplementarna. Ne slabi pravno pravilo već ga jača, prilagođavajući ga različitim situacijama kada pozitivno pravo ne sadrži zadovoljavajuće rešenje. Oslanjajući se na duh zakona ona nastoji da unapredi primenu pravne norme. Njen domen je izuzetak, a njeni putokazi su svrha zakona. Budući da pravičnost predstavlja izuzetak u primeni opšteg pravila određene mere predostrožnosti moraju biti preduzete da bi se izbegla proizvoljnost i obezbedila odgovarajuća intervencija. U primeni pravičnosti sudovi moraju imati određene putokaze: poći od namere zakonodavca i procene ozbiljnosti nepravde u svakom konkretnom slučaju.

U praksi pravičnost ima trostruku ulogu: da koriguje veliku krutost jednog pravila, da upotpuni pravilo kada ono sadrži prazninu i da ga interpretira kada je nejasno. U svojoj prvoj ulozi, korektora pravila, pravičnost nudi samo jedno rešenje: izmenu pravila. Očigledne primere pružaju izuzeci od opšteg pravila predviđeni isključivo u imovinskim odnosima, ne i ličnim, porodičnog prava. Prema odredbama Porodičnog zakona RS oni se tiču međusobnog izdržavanja članova porodice, povraćaja poklona po prestanku braka i konstituisanja prava stanovanja. I zakoni iz oblasti porodičnih odnosa država regiona sadrže slična rešenja, samo što je njihov domašaj znatno uži, o čemu će biti reči u nastavku ovog rada.

3. Očigledna nepravda u porodičnom pravu

Evolucija porodičnog prava poslednjih godina odvija se pod uticajem promene običaja, ali i pod uticajem ratifikovanih međunarodnih dokumenata.¹⁰ Uzlet individualizma u oblasti porodičnog prava, kao i njegova privatizacija, su najznačajnije promene koje se danas dešavaju.¹¹ Ovo se u domenu razvoda braka

⁸ Što znači da je pravedno jednako, a nepravedno nejednako. Isto, str. LXXXV

⁹ Aristotel tvrdi da je pozitivni zakon zbog svoje opštosti nepotpun, odnosno ograničen, te da mora postojati neka vrsta korekcije, odnosno dopune zakona. On lek pronalazi u pravičnosti. Smatra da je pravičnost pravedna jer služi kao popravka onoga što je zakonski pravedno. Navedeno prema: L. Vucchetich, Pravednost i pravičnost u filozofiji prava, Pravnik, Zagreb, 41, 2 (85), 2007, str.53.

¹⁰ Zoran Ponjavić O evoluciji porodičnog prava, U: S.Bubić (ur), Zbornik radova: Razvoj porodičnog prava - od nacionalnog do evropskog. Mostar, 2012, str.11-25. Z.Ponjavić, Porodično pravo, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2017, str.21.

¹¹ Videti: Z. Ponjavić, Privatizacija porodice i porodičnog prava, Beograd, 2009, str. 24 - 25.

najviše odvija kroz objektivizaciju uzroka za razvod, a mnogo manje u regulisanju njegovih posledica.

U domenu uzroka za razvod prihvata se objektivna brakorazvodna koncepcija prema kojoj se brak može razvesti ne samo bez utvrđivanja krivice supružnika već i protiv njegove volje. Dovoljno je jedino da se konstatuje propast braka, odnosno postojanje ozbiljnog i trajnog poremećaja bračnih odnosa. Ovaj tip razvoda se jasno suprotstavlja viziji morala koji je nekada bio dominantan i prema kome je jedino krivica supružnika omogućavala drugom da traži razvod braka (razvod sankcija). Ovaj sistem je u zemljama regiona, kao i u drugim evropskim državama, odavno napušten. Nestankom ograničenja za razvod braka sud je postao, "brakorazvodni automat", budući da se njegova uloga svodi na konstataciju poremećaja bračnih odnosa i izricanje razvoda.¹²

Što se tiče posledica razvoda mogu se uočiti dve tendencije u evropskom pravu. Prva je da sve više zakonodavac prihvata princip da svaki supružnik posle razvoda treba da sam podmiruje svoje potrebe (princip self sufficiency).¹³ Ovaj princip nije izričito u pravu država regiona prihvaćen kao u nekim drugim, primera radi, u nemačkom pravu¹⁴ ili pravu skandinavskih zemljama i Principima Evropskog porodičnog prava o razvodu i posledicama razvoda na supružnike, koje je usvojila Evropska komisija za porodično pravo (Commission on European Family Law - CEFL).¹⁵ Ipak u Republici Srbiji i državama regiona učinjen je prvi korak u ovom pravcu time što je obaveza izdržavanja ograničena na određeno vreme. U pravu Republike Srbije samo izuzetno može biti nastavljena posle isteka roka od pet godina na koliko se dosuđuje.¹⁶

Druga tendencija je nastojanje da se posledice razvoda učine zavisnim od ponašanja supružnika u braku. Ponašanje supružnika u braku kojim se krše bračna prava i dužnosti, može imati uticaja jedino na regulisanje posledica razvoda braka ali ne i na samo pravo na razvod. Naime, normama porodičnog prava omogućeno je da se pod određenim opštim, objektivnim, uslovima konstituišu neka imovinska porodična prava (pravo na izdržavanje, povraćaj poklona ili pravo stanovanja). Međutim, posebnom normom, sa suprotnim značenjem, normira se situacija kada poverilac neće moći da ostvari ova prava, bez obzira što ispunjava ove objektivne uslove. Tada se navedena prava neće konstituisati jer okolnosti slučaja ukazuju da bi to bilo "očigledno nepravedno" čime bi bilo povređeno načelo pravičnosti.¹⁷ Izraz

12 Uostalom i Ustav Srbije je uveo pravo na raskid braka, kao subjektivno pravo. O ovom pravu videti: Z. Ponjavić, Pravo na razvod kao subjektivno pravo, U: DIMITRIJEVIĆ, Predrag (ur.). Заштита људских и мањинских права у европском правном простору : тематски зборник радова. Књ. 1. Ниш: Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 215-232.

13 F. Ferand, Droit de la famille et obligations alimentaires - Aperçu comparatif, Revue internationale de droit comparé, 2013, str.639. f.n.49

14 Vid. čl.1569 BGB

15 Princip 2:2. Prema principu 2:6 sud može zbog ponašanja poverioca u braku njegov zahtev za izdržavanje odbiti, ograničiti ili ukinuti, ako bi njegovo prihvatanje bilo izuzetno teško po dužnika.

16 Vid. Član 163.st.2. Porodičnog zakona

17 Ovo se, u pravnoj literaturi, naziva subjektivnim uslovom (pretpostavkom). Videti: Z. Ponjavić, Porodično pravo, Kragujevac, 2011, str. 325; M. Draškić, Porodično pravo i prava deteta, Beograd, 2007, str. 367; S. Panov, Porodično pravo, Beograd, 2008, str.562.

"očigledno" ukazuje na nešto što je svima, na prvi pogled, nepravedno, što sužava polje slobodne sudijske procene. I to samo na one situacije kada se uskraćuje neko pravo. Pored ovoga, uloga suda je ograničena i činjenicom da nema inicijativu u primeni ovog pravila već to čini samo ako se na njega pozove jedna od stranaka.

4. Izdržavanje i očigledna nepravda

Pravo na izdržavanje, kao izraz porodične solidarnosti, ima onaj član porodice utvrđen zakonom koji nema dovoljno sredstava za život, nesposoban je za rad ili nezaposlen, od drugoga koji ta sredstava poseduje. Na ovaj način se postiže koliko toliko izjednačavanje materijalnog položaja članova porodice, onih koji imaju i onih koji nemaju sredstava za egzistenciju.¹⁸ U ovom slučaju jedno lice će imati pravo na izdržavanje srazmerno svom siromaštvu i potrebama i to, po pravilu, bez obzira na njegovo skrivljeno ponašanje.

Međutim, u nekim slučajevima ako bi davanje izdržavanja predstavljalo očiglednu nepravdu za dužnika, načelo pravičnosti nalaže da se ono uskrati bez obzira što poverilac ispunjava sve druge pretpostavke.¹⁹ Imajući u vidu da je svrha izdržavanja obezbeđenje egzistencijalnih potreba člana porodice pravne norme kojim se to obezbeđuje i ojačava čine deo javnog poretka.²⁰ To se čini jače ili slabije zavisno od kulturne tradicije svake zemlje i njenih finansijskih mogućnosti.²¹

Mogućnost odbijanja zahteva za izdržavanje ako to pravičnost nalaže danas postoji u uporednom pravu (1), i u porodičnim zakonima Republike Srbije i država regiona (2).

(1) Prema Nemačkom građanskom zakoniku pravo na izdržavanje razvedeni supružnik ima ako nije u stanju da sam podmiruje svoje potrebe (čl.1577(1)). Drugi uslov za ostvarenje prava na izdržavanje je da se supružnik nalazi u jednoj od situacija predviđenih u čl.1570 do 1579 (ne može raditi jer se stara o zajedničkom detetu, starost poverioca, zdravstveno stanje, nedostatak posla, itd). Generalno, izdržavanje će biti dosuđeno ako supružnik usled ozbiljnih razloga nije u stanju da obavlja neku profesionalnu aktivnost i kada bi odbijanje izdržavanja za njega predstavljalo ozbiljnu (tešku) nepravdu (Grob unbillig, čl.1576) imajući u vidu interese oba supružnika.²² U čl.1579 se predviđaju slučajevi kada će zahtev za izdržavanje usled teške nepravde za dužnika biti odbijen. Ona postoji: a) ako je brak kratko trajao; b) zbog ponašanja supružnika poverioca izdržavanja (ako je učinio teško krivično delo ili namerno prouzrokovao štetu prema supružniku dužniku ili njemu bliskom licu;

18 Stoga se prema Aristotelu ova pravda naziva i korektivnom ili izjednačujućom pravdom. "Pravedno se postiže izjednačavanjem". Navedeno prema: S. Perović, n. delo, str. LXXXVII, fn.189.

19 Odnosno, "ugrozilo bi princip pravičnosti" u međusobnim odnosima supružnika. Vid. Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž.2. 113/11, Objavljena na: <https://www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/135-gz2-11311>

20 P.Berthet, Les obligations alimentaires et les transformation de la famille, Paris, 2000, str.117.

21 F.Ferland, n.del, str.639.

22 Što je u pravnoj literaturi nazvano "klauzulom negativne pravičnosti"(negative Billigkeitsklausel). Videti: M. Françoise Furkel, La faute dans le divorce en droits français et allemand, Revue internationale de droit comparé. Vol. 34 N°4, Octobre-décembre 1982. pp. 1153-1183.

ako podnosilac zahteva živi u stabilnoj i trajnoj zajednici sa drugim licem; ako je namerno sam sebe doveo u insolventan položaj; ako je podnosilac zahteva namerno zanemario ozbiljne imovinske interese dužnika; ako je namerno zanemario pre rastave, tokom dužeg perioda, svoju dužnost izdržavanja porodice; ako je očigledno odgovoran prema dužniku za nečasno postupanje; v) i u nekim "drugim ozbiljnim slučajevima".²³ Sledeći intenciju po kojoj su po razvodu sami bračni drugovi dužni da podmiruju svoje potrebe, sud je ovlašćen, zavisno od stepena nepravde koja se čini dužniku²⁴, ne samo da pravo na izdržavanje isključi, već i vremenski limitira njegovo trajanje ili sukcesivno smanjenje.^{25/26}

Prema čl.270 Francuskog građanskog zakonika razvodom braka prestaje obaveza pomaganja između supružnika, prema tome i obaveza izdržavanja koja je postojala u braku, kao njen derivat. Međutim, jedan supružnik može biti dužan da drugom isplati izvesnu sumu novca sa ciljem da se kompenzuju, u meri u kojoj je to moguće, nejednakosti koje raskid braka izaziva u pogledu životnih uslova bračnih drugova.²⁷ Prilikom razmatranja zahteva za kompenzacijom sud polazi od potreba i mogućnosti bračnih drugova.

Kompenzacija se po pravilu isplaćuje odjednom i to u vidu određene sume novca.²⁸ Osnovna ideja ovakvog rešenja je upravo nastojanje da se u budućnosti izbegnu sukobi između bivših bračnih drugova i da svaki od njih bude lično odgovoran za sopstvene potrebe. Sud međutim može odbiti zahtev za isplatu kompenzacije bez obzira na nejednakosti u pogledu životnih uslova izazvanih razvodom, ako to

23 F. Ferrand, Droit de la famille et obligations alimentaires - Aperçu comparatif, Revue internationale de droit comparé, Année 2013 3 pp. 637-680.

Neki nemački autori smatraju da je ovim u nemačko pravo uvedenim izuzetima krivica postaje ključna za regulisanje izdržavanja između bivših supružnika. Tako: A. Dieckmann, Die Unterhaltsansprüche geschiedener und getrennt lebender Ehegatten nach dem 1. EheRG vom 14. Juni 1976, p. 103. Navedeno prema: Françoise Furkel, n.delo, str.1177.

24 Odnosno, zavisno od stepena krivice supružnika koji traži izdržavanje. I u Švajcarskoj, takođe, sud ceni stepen krivice. Stranka koja je "neznatno kriva" može dobiti izdržavanje, mada redukovanu sumu". Stranka koja je "ozbiljno kriva" neće dobiti izdržavanje. Navedeno prema: S.Panov, Porodično pravo, Beograd, 2008, str.564, fn.1361.

25 Ovim se ustvari samo slede stavovi iz Preporuke br.R (89) 1, Saveta Evrope (od 18. januara 1989), gde se već u prvom principu ističe težnja da posle razvoda braka svaki od bračnih drugova, u meri u kojoj je to ekonomski moguće, bude ekonomski samostalan i da sam podmiruje svoje potrebe. Dalje se u principu dva kaže: da se navedeni cilj iz prvog principa može takođe ostvariti i plaćanjem jedne strane drugoj, bilo kapitala bilo izdržavanja na jedan ograničen rok trajanja.Vid.: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=610123&SecMode=1&DocId=699812&Usage=2>. Pristup:17.01.2018.

26 Čl.1579.st.1: " Ein Unterhaltsanspruch besteht nicht, soweit die Inanspruchnahme der Verpflichteten grob unbillig wäre". Premda, kao što se primećuje, u praksi sudovi uglavnom odbijaju zahtev za izdržavanje. Pored ovoga, pitanje je da li se u nemačkom pravu u ovom slučaju radi o izuzetku. Nabranje slučajeva kada se neće primeniti opšta norma o pravu na izdržavanje usled očigledne nepravde kao i formulacija da se posebna norma ima primeniti i na druge slučajeve u najmanju ruku govori da se radi o izuzetku sa neodređenim obimom. O vrstama izuzetaka u pravu više: R. Lukić, B. Košutić, Uvod u pravo, Beograd, 2003, str.465

27 Kompenzacija se razlikuje od obaveze izdržavanja u osnovi u dve stvari: njeno davanje ne zavisi od krivice ili nevinosti supružnika i drugo, njome se eliminišu izvori budućih sporenja bivših supružnika.

28 Samo izuzetno, prema čl.276. sud može dosuditi doživotnu rentu ako poverilac zbog godina ili stanja zdravlja ne može da podmiruje svoje potrebe.

pravičnost naleže: naročito ako je brak trajao kratko, zbog zdravstvenog stanja supružnika, ili ako je brak razveden isključivo krivicom supružnika koji zahteva ovu kompenzaciju. Na ovaj način u francuskom sudu su dati reperi za odlučivanje prilikom odbijanja zahteva zbog pravičnosti, slično nemačkom rešenju. Sistem kompenzacije koji postoji u francuskom pravu predstavlja praktičnu primenu teorije "clean break".²⁹ Prema njoj razvod mora predstavljati potpuni prekid odnosa i ekonomske zavisnosti između bivših supružnika. Obaveza izdržavanja mora biti definitivno rešena u momentu prestanka braka.

Naporedo sa kompenzacijom u francuskom pravu i dalje postoji pravo izdržavanja između srodnika, bračnih i vanbračnih drugova, ali se ono ne može isključiti kada to razlozi pravičnosti nalažu.

(2) Prema PZ RS "nema pravo na izdržavanje supružnik ako bi prihvatanje njegovog zahteva za izdržavanje predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog supružnika" (čl.151.st.3).

Sličnu odredbu u čl.299. sadrži i Obiteljski zakon RH samo što on "očitu nepravdu" posmatra kao razlog za odbijanje zahteva odnosno kao razlog prestanka obaveze izdržavanja, ali samo u slučaju izdržavanja bračnih i vanbračnih drugova.³⁰

Nešto drugačiju i širu formulaciju, slično onoj iz bivšeg ZBPO Republike Srbije (čl.288.st.4). predviđaju porodični zakoni Federacije BiH, Republike Srpske i Porodični zakon Crne Gore. Tako prema čl.226 Porodičnog zakona BiH: Sud može odbiti zahtjev za izdržavanje bračnog, odnosno razvedenog bračnog partnera ako se on bez ozbiljnog povoda od drugog bračnog partnera grubo ili nedolično ponašao u bračnoj zajednici, ili ako bi obaveza izdržavanja predstavljao očitu nepravdu za drugog bračnog supružnika. Gotovo identičnu formulaciju sadrži i čl.243. Porodičnog zakona Republike Srpske i Porodični zakon Crne Gore (čl.262.st.2), stim što se ona primenjuje i u slučaju izdržavanja vanbračnog drugova.. . Očigledna nepravda je tako alternativno postavljena u odnosu na grubo i nedolično ponašanje. U pitanju su uglavnom neke subjektivne, ali i objektivne okolnosti zbog kojih nije pravično dosuditi izdržavanje.

Okolnosti koje ukazuju na postojanje očigledne nepravde ukazuju da bi bilo povređeno načelo pravičnosti ako bi bilo dosuđeno pravo na izdržavanje. Te okolnosti mogu biti vezane za ponašanje supružnika kojim se ogrešio o neku bračnu dužnost³¹, ali i objektivne okolnosti, kod kojih nema nikakvog skrivljenog postupka

29 Ova ideja "clean break" je potekla iz Engleske 1984. godine. Prema Matrimonial Causes Act (Section 25 A (1) i (2)), postojala je mogućnost da sud vodeći računa o svim okolnostima vezanim za brak i razvod može definitivno rešiti finansijska pitanja u momentu razvoda i ograničiti vremenski trajanje izdržavanja.

30 Obiteljski zakon, Narodne novine, 103/15.

31 Tako je u jednoj presudi odbijen zahtev za izdržavanje razvedene supruge jer je utvrđeno da je učinila preljubu nakon čega je prestala zajednica života između supružnika. U obrazloženju ove presude, između ostalog se ističe: "Kako je tužena kriva za prestanak zajednice života (jer je tužilac, zbog ozbiljno i trajno poremećenih odnosa supružnika nastalih usled preljube tužene, podneo tužbu sa zahtevom za razvod braka) i po oceni žalbenog suda tužena nema pravo na izdržavanje jer bi obavezivanje tužioca na izdržavanje, sve saglasno odredbi čl.151. st.3. Porodičnog zakona, za njega bila očigledna nepravda". Presude Apelacionog suda u Novom Sadu Gž2 225/17 od 10.05.2017.godine. Protiv ove presude izjavljena je revizija ali je odbijena kao neosnovana. Objavljeno na: <https://www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/1491-gz2-225-17>

jednog od supružnika,³² kao što je primera radi kratko trajanje braka.³³ One mogu biti utvrđivane bez obzira na način na koji je brak razveden, po tužbi ili sporazumno.

Izraz "očigledna nepravda"³⁴ iz PZ RS upućuje na zaključak da lakše povrede supružanskih obaveza ne pružaju mogućnost isključenja prava. Istovremeno, nejasna formulacija ovog pravnog standarda ukazuje da nije napušten pojam krivice i da su zadržani skrivljeni uslovi u normiranju zakonske alimentacije supružnika.³⁵ Šta više, mnogobrojne objavljene sudske odluke ukazuju da se radi o ključnoj stvari regulisanja prava na izdržavanje.³⁶ Porodični zakon Republike Srbije, za razliku od nemačkog, koji mu je očigledno poslužio kao uzor, ne predviđa *exempli causa* slučajeve kada postoji očigledna nepravda. Zakonodavac je ovim ostavio veliku slobodu sudovima, ali to njihov položaj ne olakšava, već naprotiv, otežava. S druge strane oni nemaju veliki izbor. Kada utvrde postojanje očigledne nepravde mogu samo da odbiju zahtev za izdržavanje, ali ne i da ga delimično dosude ili vremenski ograniče, kao u nemačkom pravu. Izvesno je da je na ovaj način najveći teret stavljen na pleća suda. On mora biti vrlo osetljiv na potrebe života i na društveno shvatanje pravičnosti.

Postoji još jedna bitna razlika između rešenja iz PZ RS i prava Nemačke i Francuske, ali i Hrvatske. U odnosu na njih, ali i u odnosu na ZBPO, znatno je prošireno polje primene "očigledne nepravde". Ona se primenjuje, kao i ranije, na izdržavanje između supružnika, vanbračnih partnera i kod izdržavanja roditelja od strane dece, ali sada i kod izdržavanja vanbračne majke (čl.153.st.2),³⁷ punoletne dece od strane roditelja (čl.155.st.4), krvih i tazbinskih srodnika (čl.159.st.4). Prema tome, standard "očigledna nepravda" je našao svoju primenu u svim slučajevima izdržavanja, osim kod obaveze roditelja da izdržavaju svoju maloletnu decu. Interes deteta da bude podizano od strane svojih roditelja ne može biti ni u kom slučaju doveden u pitanje kada roditelji imaju i najmanje mogućnosti za izdržavanje. Takođe, očigledna nepravda je predviđena i kao mogući razlog za prestanak izdržavanja u svim slučajevima, osim ako je dete poverilac (čl.167.st.2).

Značaj očigledne nepravde leži u tome što pravo na izdržavanje neće biti priznato jednom članu porodice bez obzira što su svi drugi uslovi, objektivne prirode, ispunjeni.³⁸ Istovremeno, ona je u pravu Republike Srbije apsolutnog karaktera, za

32 U praksi sudova u R.Srbiji se ponekad ovaj uslov svodi samo na subjektivne okolnosti. Tako, vid.: Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž2-50/10 od 29.11.2010. godine i presuda Osnovnog suda u Požegi, Sudska jedinica Ivanjica P4, P2, 1/10 od 31.03.2010. godine. Objavljeno na: <http://www.kg.ap.sud.rs/pravo-na-zakonsko-izdrzavanje.html>

33 Prema praksi nemačkih sudova brak je kratko trajao ako nije trajao duže od dve godine. Vid. F.Ferand, n.delo, str.651.

34 U srpskom jeziku i u pravnoj literaturi za pravdenost se često koristi reč pravda. Nepravda treba da je "očigledna", ona koja se može konstatovati na prvi pogled. Međutim, istina se ne može saznati brzo s toga ona *prima facie* može biti samo privid. Stoga profesor Panov predlaže da zakonodavac koristi bolji izraz: teža nepravda. Videti: S. Panov, n. delo, str. 692, fn. 1639.

35 Videti: M. Draškić, n. delo, str. 368.

36 Sudovi se, kao što ćemo videti, često i nekritički pozivaju na ovaj pravni standard, proširujući ga.

37 Mogućnost isključenja izdržavanja i u ovom slučaju čini nam se protivnom ustavnom načelu o zaštiti majke i samohranog roditelja (čl. 66. Ustava Republike Srbije).

38 Prema tome, ovo nije jedini razlog kada će zahtev za izdržavanje biti odbijen. Zahtev će biti odbijen

razliku od rešenja iz ranijeg porodičnih zakona država regiona. Naime, kada se utvrdi da bi prihvatanje zahteva za izdržavanje predstavljalo očiglednu nepravdu, sud mora odbiti zahtev zbog nepostojanja prava. Prema porodičnim zakonima Federacije BiH, Crne Gore, Republike Hrvatske i Republike Srpske sud može odbiti zahtev.

5. Pravo stanovanja i pravo na povraćaj poklona i očigledna nepravda

Prema Porodičnom zakonu RS očigledna nepravda se uvodi kao značajna pretpostavka i u razrešavanju drugih posledica prestanka braka, izvan prava na izdržavanje: (1) u slučaju prava stanovanja (čl.194.st.3) i (2) u slučaju vraćanja poklona (čl.190.st.3).

(1) Pravo stanovanja

Pravo stanovanja se konstituise pod uslovima predviđenih zakonom, u korist deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo i traje do punoletstva deteta. Oni imaju pravo besplatnog stanovanja u stanu čiji je vlasnik drugi roditelj deteta, pod uslovom da dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo nemaju pravo svojine na useljivom stanu. Na ovaj način se žele zaštititi pre svega interesi deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo, kako posle prestanka zajedničkog života ne bi ostali bez smeštaja. Ovim pravom se ne dira u svojinu drugog roditelja, koji i dalje ostaje vlasnik stana.

Iako je po svojoj pravnoj prirodi ovo stvarno pravo, ono je pravo iz korpusa dečijeg prava i u interesu roditelja koji vrši roditeljsko pravo.³⁹ Izvorno pravo stanovanja ima dete, zato će se u svakom slučaju njegovog konstituisanja najpre ceniti najbolji interes deteta.⁴⁰ Stoga se u postupku ostvarivanja ovog prava se primenjuju pravila postupka za zaštitu prava deteta, a ne pravila postupka za zaštitu imovinskih prava.⁴¹

Dete i roditelj nemaju pravo stanovanja " ako bi prihvatanje njihovog zahteva za pravo stanovanja predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog roditelja". Pravo stanovanja može takođe i prestati pre nego što dete navršši 18 godina, pored ostalog,

i ako supružnik, poverilac, ima dovoljno sredstava i zaposlen je ili sposoban za rad, odnosno ako dužnik nema mogućnosti da daje izdržavanje.

39 U ovom smislu i odluka Vrhovnog kasacionog suda R.Srbije: Rev 3036/10, objavljena na: <http://www.vk.sud.rs/rev-303610-pravo-stanovanja-habitatio-mal.-dece.html>

40 "Pravo stanovanja je pre svega pravo deteta". Ovo se kaže u odluci Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1594/06 od 29. novembra 2006. godine, objavljena u: Bilten sudske prakse, br. 4/2006. Slično i: "Pravo stanovanja je pravo deteta konstituisano Porodičnim zakonom u najboljem interesu deteta. Iako je stvarno pravo, ono se ostvaruje u postupku za zaštitu prava deteta, uz obavezu suda da postupa po službenoj dužnosti u cilju zaštite dečijih prava. Sud će se starati i po službenoj dužnosti i pored obaveze stranaka, da pribavi dokaze o ispunjenosti uslova za konstituisanje ovog prava, a na roditelju koji ne vrši roditeljsko pravo i vlasnik je stana je teret dokazivanja da bi konstituisanje prava stanovanja predstavljalo za njega očiglednu nepravdu"; Presuda Okružnog suda u Subotici, Gž. 36/2009 od 23.1.2009. godine, objavljena na Paragraf Lex, mrežna verzija. U jednoj drugoj presudi se kaže: "Za ostvarenje prava stanovanja (habitatio) potrebno je da budu ispunjeni uslovi: da je to u najboljem interesu deteta i da postoji stambeni prostor na kome je moguće konstituisanje prava stanovanja". Videti: Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev.1443/10 od 13.05.2010. godine. Ovakav stav je utvrđen i na sednici Građanskog odeljenja 13.09.2010. godine.

41 Lj. Milutinović, Pravo stanovanja - habitatio u porodičnom zakonu, Zbornik radova "Novo porodično zakonodavstvo", Kragujevac, (Ur. Z. Ponjavić), 2006, str. 458-461.

kada nastanu okolnosti zbog kojih bi dalje trajanje ovog prava predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog roditelja.

(2) Pravo na povraćaj poklona

PZ RS reguliše jedino sudbinu poklona posle prestanka braka razvodom ili poništenjem. U pitanju su pokloni koje su supružnici darivali jedno drugom tokom trajanja zajedničkog života u braku.

Za razliku od ranijih republičkih zakona koji su usvajali kaznenu koncepciju prilikom regulisanja povraćaja poklona u slučaju razvoda braka (bračni drug koji je kriv za razvod nema pravo da traži a morao je da vrati primljene poklone), PZ RS usvaja građanskopravnu koncepciju. Prestankom braka razvodom, otpao je motiv darovanja pa se zato pokloni moraju vratiti jer bi njihovo zadržavanje predstavljalo neosnovano obogaćenje bračnog druga. Vraćaju se pokloni čija je vrednost nesrazmerno velika u odnosu na vrednost zajedničke imovine supružnika. Međutim, ova građanskopravna koncepcija je u porodičnim zakonima Republike Srbije i Republike Crne Gore korigovana kaznenom koncepcijom.⁴²

Pravo na povraćaj poklona nema supružnik (poklonodavac) ako bi prihvatanje njegovog zahteva za povraćaj poklona predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog supružnika (poklonoprimca) (čl.190.st.3 PZ RS).^{43/44}

6. Sadržina pojma "očigledna nepravda"

Sadržina pojma "očigledna nepravda" nije unapred određena, pa će to morati sudovi da čine u svakom konkretnom slučaju uzimajući u obzir celokupnu situaciju.⁴⁵ Slučajevi na koje se ovaj pravni standard primenjuje su vrlo različiti s toga i njegova sadržina nije i ne može biti uvek ista. Ovo je verovatno i bio razlog da zakonodavac ni primera radi ne navede okolnosti kada očigledna nepravda postoji. Tako okolnost da je brak kratko trajao može ukazivati na postojanje očigledne nepravde zbog koje ne bi bilo pravično dosuditi izdržavanje.⁴⁶ Međutim, ova okolnost sama za sebe nije dovoljna da dovede do odbijanja zahteva za konstituisanje prava stanovanja. Čini se, s toga, da je sadržina ovog pojma najšira u slučaju uskraćivanja prava na izdržavanje između supružnika. Prvenstveno zato što je sadržina odnosa između supružnika, u odnosu na one između srodnika, vrlo kompleksna (intimni, emocionalni, ekonomski, itd), pa su i mogućnosti kršenja obaveza supružnika najšire. Uskraćivanje prava na izdržavanje se s toga i javlja, sasvim opravdano, kao način sankcionisanja takvog

42 R. Korać, Porodično pravo, Podgorica, 2011, str.479.

43 Prema čl.304.st.2. Porodičnog Zakon C. Gore bračni drug (poklonoprimac) neće biti dužan da vrati poklon ako bi to predstavljalo očiglednu nepravdu ili ako bi ga to dovelo u teške materijalne prilike.

44 U francuskom, kao i u nemačkom pravu, ponašanje supružnika u braku nema nikakvog uticaja na sudbinu poklona po prestanku braka. Prema Francuskom Zakonu br. 2006-728 od 23. juna 2006. pokloni se ne vraćaju (čl.265.st.1).

45 O kritici upotrebljenog izraza kao nepreciznog što omogućava "veliki voluntarizam", videti: V. Petrović Škero, Novine u pravu na zakonsko izdržavanje, Zbornik radova "Novo porodično zakonodavstvo", Kragujevac, (Ur. Z. Ponjavić), 2006, str. 404.

46 Okolnost da je brak trajao svega šest meseci ukazuje da bi prihvatanje zahteva supružnika za izdržavanje predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog supružnika; Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž.2. 434/2010 od 14.6.2010. godine.

ponašanja. Istina, termin „sankcionisano“ se koristi u najširem smislu reči budući da supružnik koji je kršio bračne obaveze neće morati ništa da daje, već neće dobiti izdržavanje što je slaba satisfakcija za drugog supružnika. Najzad, kod normiranja prava na izdržavanje između supružnika „očigledna nepravda“ je izvorno nastala i kod njega neosporno i u budućnosti treba da ostane.

Prema tome, sadržinu standarda „očigledna nepravda“ kod izdržavanja supružnika čini sve ono što se može podvesti pod grubo i nedolično ponašanje, kao što je fizičko i psihičko zlostavljanje, teške uvrede, eksploatacija bračnog druga prenošenjem celokupnog tereta izdržavanja porodice na drugog bračnog druga, ali i dovođenje namerno sebe u insolventan položaj.⁴⁷ Takođe, i učinjeno teško krivično delo (pokušaj ubistva) supružnika od koga se traži izdržavanje ili njegovog nablizeg srodnika. Očigledna nepravda može postojati i ako je supružnik namerno prouzrokovao znatnu materijalnu štetu drugom supružniku od koga traži izdržavanje.

Međutim, ovde ostaje mnogo nerešenih pitanja koja nastaju kao rezultat činjenice da ne retko postoji mogućnost da jedna okolnost a priori dovede do uskraćivanja prava na izdržavanje. Tako, primera radi, da li će biti uzeta u obzir šteta koja je učinjena bilo kad ili neposredno pre nego što je zahtev postavljen. Ili, da li će sud uskratiti ovo pravo u slučaju kada je učinjena preljuba u braku ili je potrebno i da je došlo do napuštanja bračne zajednice i zasnivanje nove sa drugim licem, itd. U svakom slučaju, nijedna od ovih i sličnih činjenica ne sme biti uzeta u obzir sama za sebe, izolovano.⁴⁸ Tako u slučaju preljube učinjene od strane jednog supružnika treba uzeti u obzir i trajanje bračne zajednice, njegovo angažovanje oko podizanja dece i briga za domaćinstvo, itd. Posebno je kompleksno situacija kada je lice koje traži izdržavanje osuđeno zbog nasilja u porodici?. Široko formulisan pojam nasilja u porodici u Porodičnom zakonu (čl.197)⁴⁹ ne predstavlja sam po sebi okolnost koja ukazuje na postojanje očigledne nepravde. Suprotnim tumačenjem očigledna nepravda bi dobila znatno širu sadržinu što bio bio izvor novih nepravdi.

S druge strane, primena ovog pravnog standarda kod izdržavanja između srodnika u porodičnom pravu teško da se može prihvatiti kao sankcionisanje njihovog ponašanja kojim se krše njihova međusobna prava i obaveze budući da ona, osim obaveze izdržavanja, nisu ni predviđena Zakonom. To je verovatno i bio razlog da se u državama regiona ovo pitanje na drugačiji način reguliše. S toga će i sadržina ovog standarda u ovom slučaju biti, kao što je rečeno, znatno uža u odnosu na izdržavanje između supružnika. Istina, ponekad se u praksi sudova ovaj pojam dosta šire tumači tako da dobija karakter generalne klauzule koja u sebi obuhvata i druge uslove za

47 Vid. Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž.477/10 od 20 septembra 2010. Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu broj 4/2012.

48 Čini se da suprotno stanovište zauzimaju neki sudovi. Vid.napomenu br.32.

49 Nasilje u porodici, u smislu ovog zakona, jeste ponašanje kojim jedan član porodice ugrožava telesni integritet, duševno zdravlje ili spokojstvo drugog člana porodice.

(2) Nasiljem u porodici, u smislu stava 1 ovog člana, smatra se naročito:1. nanošenje ili pokušaj nanošenja telesne povrede;2. izazivanje straha pretnjom ubistva ili nanošenja telesne povrede članu porodice ili njemu bliskom licu;3. prisiljavanje na seksualni odnos;4. navođenje na seksualni odnos ili seksualni odnos sa licem koje nije navršilo 14. godinu života ili nemoćnim licem;5. ograničavanje slobode kretanja ili komuniciranja sa trećim licima;6. vređanje, kao i svako drugo drsko, bezobzirno i zlonamerno ponašanje.

izdržavanje, objektivne prirode. Tako se u jednoj presudi donetoj povodom zahteva punoletnog deteta na školovanju kaže: "Kada punoletno dete očigledno izbegava i kontinuirano ne ispunjava svoje školske obaveze, obavezivanje roditelja na davanje izdržavanja predstavljalo bi očiglednu nepravdu za njega."⁵⁰ To što dete ne ispunjava svoje školske obaveze je takođe razlog, dovoljan sam po sebi, da se ne prizna pravo na izdržavanje i nema potrebe da se sud poziva na očiglednu nepravdu.⁵¹ Odbijanje zahteva za izdržavanje usled očigledne nepravde može da usledi i ako su ispunjeni uslovi za konstituisanje prava na izdržavanje. Međutim, u nekim situacijama sud će odbiti zahtev za izdržavanje i bez utvrđivanja njihovog postojanja. To će biti u onim slučajevima kada je nepravda u pravom smislu "očigledna". U svim drugim slučajevima, kada nepravda nije tako očigledna, to se može utvrditi samo preko utvrđivanja uslova za konstituisanje prava na izdržavanje. S toga su u pravu oni koji predlažu da se pojam "očigledna nepravda" zameni nekim drugim terminom koji bi obuhvatao i one slučajeve kada nepravda nije očigledna, ali bi bila teška.⁵²

Sadržina ovog standarda je ipak najuža kod prava stanovanja i povraćaja poklona.

S obzirom da ja pravo stanovanja pravo deteta teško da se može zamisliti situacija odbijanja zahteva deteta za pravom stanovanja usled očigledne nepravde. To bi, uostalom, bilo protivno i najboljem interesu deteta, kao najvažnijem principu kojim se moraju rukovoditi svi državni organi prilikom odlučivanja o nekom pravu deteta. Uostalom, analogno ovome, detetu ne može biti uskraćeno pravo na izdržavanje prema roditelju usled "očigledne nepravde". U najširem smislu reči činjenice koje ukazuju na postojanje očigledne nepravde u slučaju prava stanovanja prvenstveno mogu biti neke objektivne okolnosti, kao što je bolest roditelja vlasnika stana, stan je mali a u njemu već živi prva supruga i njihovo troje dece, itd.⁵³ U jednoj odluci sud navodi: "Pravni standard očigledne nepravde ne odnosi se na način dobijanja stana u vlasništvu roditelja na čiji teret se ustanovljava pravo stanovanja, u konkretnom slučaju tuženog, već da li bi sveukupna situacija u kojoj bi se tuženi našao posle eventualnog usvajanja tužbenog zahteva bila takva da bi za tuženog predstavljala očiglednu nepravdu. Ovo imajući u vidu njegovo zdravstveno stanje, socijalnu ugroženost i druge okolnosti koje on svojim angažovanjem i radnjama ne bi mogao popraviti"⁵⁴ U svakom slučaju samo izuzetno moglo bi se ceniti skrivljeno

50 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 2-8/11 od 19.01.2011. godine, Bilten Apelacionog suda u N.Sadu, 2/2011, str.123.

51 Isti sud je slično postupio i u jednom drugom slučaju gde se radilo o supružanskom izdržavanju. U izreci presude se kaže: "Prilikom odlučivanja o osnovanosti zahteva za supružansko izdržavanje, pored materijalnog stanja i situacije u kojoj se nalazi supružnik koji traži izdržavanje, mora se ceniti i materijalno stanje i prilike supružnika od koga se traži izdržavanje, imajući u vidu da supružansko izdržavanje ne sme predstavljati očiglednu nepravdu za drugog supružnika, od koga se traži izdržavanje". U ovom slučaju zahtev nije osnovan jer supružnik od koga se traži izdržavanje nema dovoljno sredstava za to. Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 600/11 od 27. 09. 2011. godine, Bilten Apelacionog suda u N.Sadu, 3/2011, str.137-8.

52 Vid. napomenu br.34.

53 Lj. Milutinović, n.delo, str.459. Treba dodati da ovde, ipak, postoji dilema. Da li se takav mali stan u kome živi prva supruga i njihovo troje dece može smatrati „useljivim“,

54 Iz rešenja Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1594/06 od 29. novembra 2006. godine, Bilten sudske prakse, br. 4/2006.

ponašanje deteta prema roditelju koji je vlasnik stana, ako ima odgovarajući uzrast i ako se radi o ponašanju koje bi po svojim posledicama moralo biti ozbiljno. Skrivljeno ponašanje roditelja koji vrši roditeljsko pravo prema drugom roditelju, vlasniku stana, ne može biti osnov za uskraćivanje prava stanovanja detetu jer je prikriveno principom „najboljeg interesa deteta“.

Što se tiče prava na povraćaj poklona po razvodu braka ponašanje supružnika u braku ne bi trebalo biti osnov za uskraćivanje prava na povraćaj poklona. Njegovo zadržavanje po razvodu braka je bez pravnog osnova i to bi trebao biti jedini osnov za odlučivanje. Samo izuzetno, ako bi to poklonoprimeca dovelo u izuzetno težak materijalni položaj ne bi bilo pravično vratiti poklon.

Zaključci

Primena načela pravičnosti je u porodičnom pravu dvostruko ograničena. Sa jedne strane ono se primenjuje samo u domenu imovinskih porodičnih odnosa, a sa druge strane, izričito su nabrojani slučajevi na koje se ono primenjuje.

Pravičnost služi da se koriguje zakon kada se on pokaže kao nedovoljan zbog svoje opštosti. Ona se može odrediti kao pravda u svakom posebnom slučaju, s toga ne može postati generalno pravilo budući da tada prestaje biti pravično. Postane li princip, odnosno, jedno opšte pravno pravilo, pravičnost gubi svoje ime.

Opšte pravilo propisuje uslove konstituisanja prava izdržavanja, stanovanja i povraćaja poklona u PZ RS. Ako neki od tih uslova nisu ispunjeni onda ne postoji pravo. Ono ne postoji i ako su svi uslovi ispunjeni ako bi prihvatanje zahteva bilo očigledno nepravedno za dužnika. Šta više, njena očiglednost u nekim slučajevima isključuje potrebu da se uslovi za izdržavanje uopšte utvrđuju. U većini drugih slučajeva, kada nepravda nije očigledna, može se ustanoviti samo preko uslova za izdržavanje.

Pravni standard "očigledne nepravde" bez obzira kada se primenjuje ima svoj zajednički imenitelj: težnju da se pomire zahtevi tradicionalnog morala i suprostavljeni interesi subjekata porodičnopravnih odnosa. Ovako posmatran, ovaj standard ima nesporno kompromisni karakter, što je u jednom demokratskom društvu opravdano, kako bi se otklonile situacije drastično suprotne pravičnosti. Imajući ovaj cilj u vidu, jasno je da ovo nije samo pravno, već i moralno, ili više moralno pitanje. Posmatrana kao izuzetak sa neodređenim obimom ova klauzula se može posmatrati i kao još jedan korak ka prihvatanju principa self sufficiency.

EQUITY IN THE REALIZATION OF FAMILY RIGHTS RELATED TO PROPERTY

Summary

Although courts do not adjudicate based on equity, this does not mean that equity is not embodied in the Family Law of the Republic of Serbia and corresponding laws in neighboring countries. The laws foresee in several places that „obvious injustice“, as the negation of justice, can be the reason for excluding some family rights related to property. The legal provision allows the court to estimate the factual circumstances in order to determine whether the recognition of certain right in certain cases would be inequitable, thus violating the principle of equity.

Equity is given much broader field of application in the Republic of Serbia Family Law than in corresponding laws in Germany, France and some countries in the region which take into account the principle of equity only in relation to spousal support. Serbian Family Law considers this principle also in relation to other forms of support, as well as in cases related to the right to staying in family home and right related to returning of gifts. This legal standard, regardless when it is applied, has a common denominator: aspiration to reconcile the requirements of traditional ethical norms and conflicting interests of the subjects of family and property relations. Viewing this provision as an exception of undetermined scope, it can be considered as a step closer to accepting the principle of self sufficiency.

Key words: family law property relations, equity, support

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

IMOVINA I OBITELJ: OSNOVE LJUDSKE EGZISTENCIJE

U radu se istražuje suodnos obitelji i imovine kao nužnih osnova ljudske egzistencije s polazišta Obiteljskog prava. Važnost ta dva temeljna stupa društva prati se u slijedu promjena u suvremenim društvima. Naglasak u istraživanju je na francuskom pravnom poretku ponajprije zbog teorijske utemeljenosti suvremenih pravnih rješenja i napose egzaktnih pokazatelja o primjeni tih instituta u praksi.

Ključne riječi: imovina kao materijalna osnova ljudske egzistencije, brak, obitelj, ljudska prava

1. Obitelj i pojedinac u novim društvenim okolnostima

U osnovi odnosa među ljudima je odnos čovjek priroda. Što li je čovjek promijenio, a što li je ostalo nepromijenjeno? Reprodukcijska u osnovi partnerskih odnosa usmjerena je obnovi života u biološkom i psihološkom smislu. Profesor Rodolfo Sacco velike je životne istine sažeo u kratku misao: *priroda je alfa, a razum je omega prava*. Čovjek mijenja prirodu mijenjajući time i sebe. Posljedično mijenjaju se i društveni odnosi. Čovjek prestaje biti društveno biće koje može preživjeti samo u obiteljskom okružju. Čovjek, pojedinac danas može sam osiguravati egzistenciju, što potvrđuju statistički podatci o samohranim domaćinstvima. Pitanje je li smo već spremni i pojedinca koji živi sam podvesti pod obitelj? Taj pojedinac koji živi sam, bez potomaka, predstavlja kraj žive biološke loze do tada neprekinutog lanca DNA kojeg je donio na ovaj svijet kao nasljeđe svojih predaka.

Danas je problem i definicija obitelji što je bjelodano dokazala kratka javna (jednodnevna!) rasprava povodom Nacrta obiteljskog zakona Republike Hrvatske tijekom 2017. godine. Trebalo bi donijeti novi obiteljski zakon, a da u njemu nema ne definicije, štoviše čak ni pokušaja pojmovnog određenja što je to barem okvirno obitelj i na što se zapravo taj zakon odnosi. Pokušaj pojašnjenja može početi od biološke osnove nastanka novog ljudskog bića: porod, pa rod - srodstvo kao odnos s drugim bićima koji je i u osnovi riječi porodica. Obitavati pak znači živjeti zajedno u domu, znači tvoriti obitelj. Suvremeni trendovi izbora stilova života potiču raspravu i otvaraju pitanje: čini li i osoba koja živi sama obitelj? Analiza zakonskih tekstova potvrđuje da srodnici nestaju iz obiteljskih zakona budući da se gotovo više ne propisuju njihova prava i obveze, poput prava na uzdržavanje ili obvezu da budu skrbnici nesposobnom članu obitelji. Sustavi socijalne sigurnosti suvremene socijalne države nadomještaju obiteljsku solidarnost, a možda i potiču raspad povijesnih sadržaja obiteljskih odnosa. Prema Justinijanovu pravu prinosima oba supruga stvarala se neotuđiva imovinska osnova za namirenje potreba, odnosno

zajedničke materijalne egzistencije obitelji.¹ Povijesno je važnost obitelji temeljena na čvrstoj obiteljskoj solidarnosti bez autonomije pojedinca u čijim je osnovama bio moralno religijski sustav normi. Protjerivanje, izbacivanje iz obitelji značilo je smrt, biti sam značilo je umrijeti. Obiteljski status doslovno je značio opstanak preživljavanjem.

Pojedinac koji živi sam temeljem slobodne volje i prava na izbor zadovoljava svoje potrebe temeljem izvjesne materijalne sigurnosti i imovinske suverenosti. Nedostajući faktor koji taj model života razlikuje od obitelji je nedostatak emocija između dvaju ljudska bića. Novina je da se u statističkim istraživanjima danas pojavljuje i par, dvije osobe, koje ne žive zajedno, a između njih postoji stanovita emocionalna veza budući da se te osobe doživljaju kao zajednica. Upravo su emocije faktor kohezije, ali i rizika koji može ugroziti kvalitetu i stabilnost partnerskih odnosa. Tradicionalna proširena obitelj imala je važnu zaštitnu ulogu. Ulogu medijatora imali su svi članovi obitelji, prijatelji, osobe od povjerenja. Povijesno je obiteljski konflikt u odnosu prema javnosti izazivao sram. Čini se da je potpuno nestalo srama od iznošenja u javnost „*prljavog rublja*“. Nikada kao danas nije na sudovima završavalo toliko slučajeva koji po svojoj naravi i nisu primjereni za „*pravedno sudovanje temeljem zakona*“. Ne čudi što Rimsko pravo nije stoga ni pokušavalo normirati neke vrste odnosa koje danas prepoznajemo kao tzv. ljudska prava. Stoga suvremeni pravni poreci u praksi klasičnog sudovanja dižu ruke od tog emotivnog, fluidnog i nepredvidljivog, a opet presudnog kohezivnog elementa partnerskih odnosa, pa eventualne pokušaje saniranja prebacuju u postupke savjetovanja, medijacije kao alternativne metode sudskom rješavanju sporova. Povijesno je baš obitelj, obično proširena imala važnu ulogu medijatora, dobrog savjetodavca i gotovo isključivo stvarno nadležnog tijela za rješavanje prijepora. Zanimljiv je primjer obiteljskog savjeta iz francuskog prava koji je gotovo do nedavno imao bitnu ulogu u pružanju zaštite djeci i nesposobnim osobama skrbništvom.

Pojedinac danas statistički, češće nego nekad, živi sam tvoreći samačko domaćinstvo. Međutim taj pojedinac ne čini obitelj: on vjerojatno negdje ima srodnike, ali je izabrao živjeti sam. Obitelj čine dvije emotivno povezane osobe slobodne volje koje žele biti zajedno, a pravni im okvir slobode danas nudi brak, izvanbračnu zajednicu ili registrirano partnerstvo. U tim se okvirima vrlo osebujno i neponovljivo kreativno isprepliću emocije, strasti, nagoni i materijalna osnova ljudske egzistencije. Bračni drugovi nisu krvni srodnici. Tek ulogom oca, odnosno majke, preko djeteta kao trećeg, oni stvaraju nukleus nove loze krvnog srodstva, a istovremeno se u djetetu spajaju obje loze krvnih predaka. Ostaje činjenica da pravni poredak, ni paktovi, ne mogu garantirati ljubav, vjernost, poštivanje, razumijevanje. Ono što je u partnerskim odnosima najvažnije nije moguće propisati zakonom jer tko ima pravo zboriti o emocijama, odnosno normirati ljudske osjećaje. Ideal emocionalnog zajedništva ostaje u zraku kao neka *summa bonorum*, nešto tako banalno jednostavno i univerzalno, a opet sasvim osobno i vrlo, vrlo fragilno. Uvijek u osnovi svih modela partnerskih odnosa (brak, pakt, izvanbračna zajednica) leži slobodna volja najdosljednije izražena slobodom ugovaranja. Ugovor je doista, uz

¹ Eisner, Bertold, Horvat, Marijan, Rimsko pravo, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb 1948, str.168

obitelj i vlasništvo, neprijeporan stup na kojem počiva struktura građanskog društva.

U osnovi obitelji je par, francuski *couple* od *COPULA CARNALIS* jer samo tjelesno sjedinjenje muškarca i žene u *copuli carnalis* spolnog odnosa obnavlja život u novoj generaciji potomaka. Možda grubo, naturalistički animalno, vođeno nagonima, ali neophodno za održanje vrste. Relativno jeftino i bez bioetičkih dvojbi koje prethode suvremenoj reproduktivnoj medicinskoj tehnologiji. U ovom istraživanju namjerno je u potpunosti izbačena praksa Europskog suda za ljudska prava budući da se fluidnošću tumačenja prava na obiteljski život i prava na privatni život postavlja pitanje koja je uloga tog suda, je li to zaštita postojećih prava, još uvijek utemeljena u nacionalnim pravnim sustavima, ili kreatora nekih novih prava. Apsolutno prihvaćamo stajalište: „*The Court must be a court, not an NGO – Sud mora biti sud, a ne nevladina udruga*“.²

2. Odgovor pravnog poretka na promjene u obiteljskim odnosima

Sve društvene promjene podložne su ideološkim sukobima, napose danas ove delikatne promjene tradicionalnih obiteljskih modela svode se u javnosti na sukob „konzervativnih“ i „progresivnih“. Posljedice promjena su pred državom i njezinim sustavima socijalnih potpora starim nemoćnima, djeci bez odgovarajuće skrbi.³ Objektivna posljedica koju potvrđuju statistička istraživanja UN je veće siromaštvo samaca, udovica, udovaca i jednoroditeljskih obitelji nakon razvoda braka.⁴ Globalizacija ljudskih prava kao plemeniti je cilj, no ima li smisla univerzalizam ljudskih prava u siromaštvu. Koja je cijena liberalizma. Pita li se itko koja je cijena visoko postavljenih ideala za koje u mnogim zemljama nisu bile ostvarene minimalne pretpostavke. Globalizacija ljudskih prava isprva je imala pozitivne pomake, no čini se da su unutarnje pretpostavke nacionalnih pravnih sustava bitno različite. Odnos međunarodnih instrumenata i nacionalnih pravnih sustava dovodi do toga da sudac u praksi „mora“ poznavati i ima obvezu „izravnog“ primjenjivanja nekih konvencijskih načela što remeti unutarnju logiku strukture pravnog sustava i protivno je načelima pravne sigurnosti i izvjesnosti.

U francuskoj teoriji se navodi da je 1995. godine krenuo postupak promjene normi glede spolnih i obiteljskih odnosa.⁵ Stajalište je autora da su promjene krenule mnogo ranije, polovinom dvadesetog stoljeća liberalizacijom razvoda braka. Taj trend u promjenama zakonodavstva devedesetih godina izborili su upravo oni koji su odrastajući osjetili što znači odrastati bez oca ili majke u nepotpunoj jednoroditeljskoj obitelji. Nedostaju objektivni podaci o tome koliko je socijalna država solidarna, organizirana i bogata da popuni psihološku i materijalnu prazninu koja se otvara

2 Mol, Charlotte, Non-traditional family Forms & the International Dimension of Family Life: A Report on the ERA seminar, 'Recent Case law of the European Court of Human Rights in Family Matters, Family & Law, jun 2016, DOI:10.553/Fen.R/.000027

3 Ovih je dana u tisku objavljen podatak da u Njemačkoj nedostaje 17.000 njegovateljica.

4 United Nations, 2915. The World's Women 2015: Trends and Statistics. New York: United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division. Sales No.E15.XVII.8.

5 Rude-Antoine, Edwige, Jean Carbonnier et la famille. Transformations sociales et droit civil, L'Année sociologique 2207/2, vol57, p. 527-543. DOI 10.3917/anso.072.0527, str.528.

razaranjem obitelji. Pravni poredak više nije čimbenik stabilnosti društvenih odnosa, on više ne podržava statiku već potiče i omogućava brze promjene s još neizvjesnim učincima.

Vanjski su faktori omogućili stjecanje dohotka i rad žena izvan obitelji. Ekonomska samostalnost pretpostavka je autonomnih ljudskih prava. Ekonomska samostalnost pretpostavka je mogućnosti izbora stila života, a bitno utječe na odluku o izlasku iz neuspjelog braka razvodom braka. Pravni poredak štiti slabijeg i pruža mu zaštitu obveznim, pitanje je koliko pravednim, zakonskim bračno imovinskim režimom i obvezom uzdržavanja.

Povijesni primjeri upućuje na važnost imovine kao uvjeta opstanka obitelji. Prema dostupnim podacima isprva je obitelj bila strogo zatvorena proizvodno potrošačka zajednica. Pojedinaac kao član obitelji, žena, dijete prema izvorima rimskog prava nisu ni imali poslovnu sposobnost, jer im zapravo nije ni trebala. Obitelj je bila primarna i jedina socijalna ustanova. Sve potrebe članova u granicama mogućeg zadovoljavale su se u obitelji, od rođenja do smrti. Nakon smrti strogi je sustav običajnih normi vezanih za nasljeđivanje imovine, odnosno zemlje omogućavao opstanak novih obitelji. Preko obveze održavanja kulta predaka održavala se virtualna veza s precima. Kao da se zaboravlja da relikti postoje i danas u pravnim sustavima preko posebnih odredbi o nasljeđivanju poljoprivrednog zemljišta, odnosno poljoprivrednih gospodarstava. Prirodna evolucija okruženja koji utječu na promjene u obiteljskim zajednicama u nekim je zemljama uzdrmana nasilnim revolucionarnim lomovima koji su obitelj razorili nacionalizacijom imovine i ubrzali promjene ideologijom ravnopravnosti spolova na tržištu radne snage.

Industrijalizacija, zaposlenost žene izvan obitelji doveli su do njezine ekonomske samostalnosti i omogućile izlazak razvodom braka iz neuspjelih zajednica. U osnovi je prava na razvod i materijalna egzistencija. Promjene u odnosima spolova kao biološkim kategorijama u vrtlogu su društvenih promjena. Žene čine dvije trećine ubijenih žrtava u „intimnom“ obiteljskom nasilju, a nasilje nad ženama obuhvaća i maloljetničke brakove.⁶

Pitanje korisnosti nametnutog globalizma ljudskih prava otvara se napose u kontekstu zemalja koje gospodarski i kulturološki nisu dorasle ustrojavanju učinkovitog pravnog i održivog javnog sustava socijalne sigurnosti. Slikovit primjer je politika UN glede prava djece i realnost zlorabe dječjeg rada ili sudjelovanja djece u ratnim sukobima. Tako i Republika Hrvatska primjerice grubo krši prava djeteta prema standardima UN dozvoljavajući sklapanje valjanog braka djetetu mlađem od 18 godina.

3. Važnost imovine kao osnove ljudske egzistencije

Imovina kao osnova opstanka prati povijest čovjeka i pravnih institucija. Imovina kao osnova materijalne egzistencije i pukog preživljavanja pretpostavka je za prihvaćanje novog ljudskog života jer niti jedno živo biće nije toliko ovisno o majčinskoj ljubavi, njezi i skrbi. U tom odnosu prvotne ovisnosti siromaštvo žene

6 United Nations, 2015. The World's Women 2015: Trends and Statistics, op.cit.

potire ideju prava djeteta. Odrastanjem djeteta u siromaštvu neminovno dolazi do diskriminacije i isključivanja djeteta.

Jedan od ključnih kriterija za prosudbu imovinskih sadržaja partnerskih odnosa je neosnovano obogaćivanje i zaštita slabijeg od iskorištavanja. Kriterij pravednosti postupanja viši je općeljudski, etički kriterij koji vodi ljudska bića u zajednici da zaštite slabijeg. Materijalna sigurnost pretpostavka je emocionalnim vezama. Međutim u slučaju raskida veze pravni poredak može predviđati imovinske posljedice kao vid sankcije koje pogađaju onoga tko je skrivio krah. Napuštaju se prosudbe o krivnji u kontekstu razvoda braka i liberalizirano je pravo na razvod braka, ali su ostali tragovi krivnje u prosudbi glede prava na uzdržavanje. Primjerice ima li osnove za uzdržavanje nasilnika od strane žrtve bez obzira na formalno zadovoljene zakonske pretpostavke. Kod diobe imovine u sustavu zakonskog bračno imovinskog režima vodi se računa o pravednosti zaštitom slabijeg. Te kriterije prepoznajemo i kod priznavanja učinaka nekim novim oblicima suživota ljudskih bića koji nakon priznavanja upravo tih učinaka u sudskoj praksi s vremenom postaju i obiteljsko pravne institucije. Imovinske posljedice razvoda braka izvjestan značaj, ali sve manji u procesima emancipacije žena na tržištu rada. Podatci ipak ukazuju da globalizacija trenda razvoda braka kao ljudskog prava dovodi do većeg siromaštva jednoroditeljskih obitelji napose u zemljama u razvoju.⁷ Samohrana majka teže preživljava bez pomoći države, a uz to su ugrožena prava djeteta.

Obitelj i društvo neprestano se nalaze u dinamičnim interaktivnim procesima primanja i davanja utjecaja. Obiteljski odnosi odvijaju se u vrlo kompleksnoj društvenoj pojavnosti. Obitelj se mijenja i zato što materijalne pretpostavke omogućavaju ostvarenje autonomije članova i „eksperimentiranje“ slobodnom voljom. Čini se korisnim razmotriti suodnos između tri temeljna stupa društva na kojima u civiliziranim zemljama počiva građanski zakon: obitelj, ugovor, vlasništvo. Promjena na jednom od stupova narušava postojeću i uspostavlja novu preraspodjelu strukture. Ekonomski napredak spretnom i sretnom pojedincu omogućava lakše stjecanje imovine koja je povijesno bila vezana uz kontinuitet nasljeđivanja i koja se brižno čuvala i taložila generacijama u obiteljima.

Sloboda volje kod ugovaranja širi se i na sve druge odnose budući da je u osnovi slobode i autonomije ličnosti kao temeljnog ljudskog prava. Razvod braka koji je obilježio početak druge polovice dvadesetog stoljeća značio je ubrzano rastakanje povijesnih modela. I u osnovi razvoda braka leži slobodna volja za izlazak iz braka i prividna imovinska sigurnost pojedinca koja je prije bila vrlo neizvjesna. Čini se da podatci pedesetogodišnje prakse ukazuju na objektivne pokazatelje u kojima je primat dobila sloboda volje i autonomija izbora nasuprot ekonomskoj sigurnosti. Živjeti sam, napose nakon razvoda braka, a posebno s djecom, znači biti siromašniji. Cijena slobode u pravilu se plaća rizikom siromaštva.⁸ Država danas postoji kao vrsta proširene obitelji. Prema doktrini *parens patriae* država je velika majka ili dobri otac, zadnje socijalno utočište kojem se pojedinac utječe nakon promašenih

7 Loc.cit.

8 Rude-Antoine, Edwige, op.cit. str.534.

projekata, napose oni stari, odbačeni, siromašni, napuštena djeca bez roditeljske skrbi.

Neprijeporna je međuovisnost društvenih odnosa i prava. Pitanje je do koje granice pravo treba pokušavati održavati postojeće stanje. Povijesno je imovina bila nedjeljiva od obitelji budući da je bila uvjet opstanka. Razvoj materijalne proizvodnje industrijalizacijom doveo je do velikih promjena. Izlazak žene na tržište rada i materijalna samostalnost radikalno su izmijenile odnose u obitelji. Imovina kao osnova materijalne egzistencije zadržava važnost iako prestaje biti kohezivni faktor opstanka i stabilnosti obitelji. Noviji trendovi ukazuju na otklon od tradicionalnih obrazaca ponašanja, ali se i opravdano se povezuju s posljedicama koje mogu dovesti do siromaštva.

Suvremena zakonodavstva nude fleksibilnost modela za postizanje solidarnosti kao sadržaja partnerskih odnosa. Kao u obitelji i u društvu je važna materijalna osnova budući da siromašno društvo nije u stanju ostvarivati očekivane uloge. U osnovi pravnog pristupa partnerskim odnosima leži svijest o nepoželjnim posljedicama neodgovorne slobode i prolaznosti strastvenih emocija. Neminovno u svakom partnerskom odnosu, dok on traje, postoji određena očekivana ravnoteža interesa i emocija.

Zakonska obveza uzdržavanja po pravnoj je naravi prinudni, striktni ostatak povijesne važnosti imovine kao osnove egzistencije i zanimljiv obiteljsko pravni institut u kojem se isprepliću osobni i imovinski sadržaji. Pitanje je koliko je postojeća pravna koncepcija primjerena slobodi izbora i lutanja u potrazi za srećom. Zakonska obveza uzdržavanja iza koje stoji država je teret i obveza, vid kazne koja visi kao Damoklov mač ako zajednica ne uspije. Vremenski se ograničava pravo na uzdržavanje bivšeg partnera, ali ostaje trajna obveza uzdržavanja maloljetnog djeteta. Treba spomenuti i očinstvo kao vid kazne za neobuzdanu i neodgovornu seksualnost: poradi nekog kvazi interesa djeteta muškarac se prinudnim normama kažnjava za „nezaštićeni spolni odnošaj“ materijalnom obvezom zakonske obveze uzdržavanja i novim nasljednikom. Istovremeno pravni poredak ne može prinudom osigurati očinsku ljubav, poštivanje, razumijevanje. Međutim ne smije se zaboraviti da uz pravni poredak postoje i drugi, više manje uspješni sustavi normi poput etike, morala, religijskih dogmi koji bitno utječu na ljudska bića. Država pravnim poretom postavlja okvir slobode propisujući granice dopuštenog, odnosno poželjnog i osigurava zabrane za nepoželjno.

U društvenoj realnosti koja polazi od slobode i prava na izbor kroz pokušaje ulaska u nove zajednice pitanje je da li je razborito ustrajavati na zakonskoj obvezi uzdržavanja bivšeg partnera i time uskraćivati materijalnu osnovu novim zajednicama. Statistički brojne uzastopne obitelji imaju za posljedicu obvezu uzdržavanja bivših partnera, djece iz bivših brakova ili izvanbračnih zajednica pa se postavlja pitanje kvalitete života i opterećenja „teretima“ iz ranijih „emotivno“ promašenih veza. Načelo ideološke neutralnosti zakonodavaca i ustavnih sudova uz načelo jednakosti spolova na tržištu rada i pravo na privatnost glede izbora stila života osnova su za preispitivanje obiteljskopравnih instituta. Ako dogovora nema ne preostaje drugo nego sudski postupak koji iscrpljuje partnere, pravosuđe i finalno

remeti krhke osnove miroljubive koegzistencije. U tom kontekstu država bi trebala raspolagati dostatnim sredstvima za osiguranje minimuma egzistencije sve manjem broju stanovništva i razmišljati o dodjeli sredstava egzistencijalnog minimuma napose za djecu i nezaposlene osobe iz javnih fondova. Glede zanimljivih primjera skrbi o pučanstvu treba spomenuti pilot projekt kojim se u Finskoj eksperimentalno izabranoj grupi građana poklanja univerzalni temeljni mjesečni dohodak od 560 eura.⁹ Tragična je činjenice da vrlo jednostavna računica u globalnoj koncepciji ljudskih prava glasi: „*The 1.25 \$ is a day poverty line*“.¹⁰ Malo dobre volje u preraspodjeli svjetskog bogatstva dalo bi stvarni životni smisao univerzalizmu ljudskih prava. Do tada se države snalaze u dostupnim granicama realnih mogućnosti.

Pitanje je u kojoj je mjeri moguće osigurati temeljna ljudska prava pojedincu neovisno o braku, izvanbračnoj zajednici ili statusu izvanbračnog djeteta. Povijesna realnost bila je primjer osude na propast protjerivanjem pojedinca iz obitelji. Danas biti sam znači slijediti taj vlastiti izbor stila života. Građanski zakoni polaze od slobodne volje pojedinca, slobode raspolaganja imovinom, ali još uvijek propisuju i solidarne dužnosti članova obitelji prema onim slabijima. Granice liberalnih sloboda određuje zakon preko zakonske obveze uzdržavanja, zakonskog imovinskog režima i/ili zakona o nasljeđivanju. Dostojanstvo ljudskih bića kao pretpostavka ljudskih prava polazi od biološke nužnosti ne biti gladan: „*A life free from poverty and hunger is a fundamental human right.*“ Bitne životne istine vrlo su jednostavne, biološki, naturalistički determinirane i od njih polazi kriterij zdravog razuma često izgubljen u bespućima konvencija, pravnih teorija i zakona.

Povijesni relikti iz obiteljskog, odnosno građanskog prava kojim država još uvijek ograničava osobne slobode su prinudni zakonski bračno imovinski režim i zakonska obveza uzdržavanja. Zakon je u tim segmentima još uvijek ograničavajući okvir slobode. Međutim i u segmentu striktnog, zakonskog bračno imovinskog režima pravni poreci omogućavaju slobodu izbora preko ponuđene mogućnosti sklapanja bračnih ugovora. To su ujedno zadržani povijesni relikti obiteljske solidarnosti. U krajnjem slučaju neuspjeha osobnog liberalnog, individualnog životnog pothvata ostaje država, velika majka ili brižni suveren, *parens patriae*, koji skrbi za nemoćne, siromašne, gladne, izgubljene u ponudi slobode i ljudskih prava. Pluralizam formi obiteljskog života koji se nudi u osnovi polazi od istih pretpostavki zaštite od iskorištavanja imovinski slabijeg i zaštite od neosnovanog obogaćenja. Temelj revolucije obiteljskog prava bila je materijalna osnova ljudske egzistencije. Sloboda izbora je također teret, nije lako izabrati pravi model. Temeljem prava na osobnu autonomiju postoji mogućnost prelaska iz jednog statusa u drugi: brak - (slobodna) izvanbračna zajednica -registrirano partnerstvo - samački život.

9 Jutarnji list, 16.2.2018. Finska svojim građanima svaki mjesec poklanja 560 eura – u siječnju prošle godine počeli s neobičnim eksperimentom, rezultati su neočekivani.

10 United Nations, 2915. The World's Women 2015: Trends and Statistics., op.cit, str.179.

4. Pravni sustav Republike Francuske

U francuskoj teoriji vrlo se jasno prati evolucija obiteljskog prava napose izražena na prijelazu iz 20. u 21. stoljeće. Istaknuto je da se ne radi o novoj koncepciji obitelji, već o novoj koncepciji prava.¹¹ Primat osobnog dostojanstva koji polazi od prava pojedinaca omogućava kontrolu kvalitete odnosa koji se grade u obitelji ili u nekim novim oblicima partnerskih veza. Krajnji okvir društvene dopuštenosti je sustav vrijednosti zaštićen kaznenim pravom koji postavlja branu primjerice pedofiliji, incestu, poligamiji. Ekonomija slobodnog poduzetništva, fleksibilnosti i liberalizma utječe i na izbor modela zajednice života: još uvijek prevladava brak, oduvijek su ga pratile slobodne izvanbračne zajednice, a danas se nudi i registrirano partnerstvo.

Revolucionarna 1968. u kojoj je sve polazilo i završavalo u *liberté* dovela je do pluralizma formi i čini se narušila statiku stupova društva dajući slobodi (ugovaranja) gotovo apsolutni značaj. Pravni sustav Francuske danas nudi miroljubivu koegzistenciju različitih modela u kojima ljudi mogu ostvariti svoje želje glede obiteljskih odnosa.¹² Sloboda ugovaranja kao temeljni stup građanskog poretka dobila dodatno osnaženje i vanjski *imput* preko naglašene autonomije i dostojanstva ljudskih bića u novom poretku ljudskih prava. U evoluciji obiteljsko pravnih instituta posebno mjesto treba dati francuskom „Le pacte civil de solidarité“.¹³ Pravni poredak omogućuje ostvarivanje minimuma solidarnosti preko osobne autonomije partnera: oni dobrovoljno ograničavaju svoju slobodu izborom statuta preko akta koji bi trebao garantirati neke sadržaje uzajamne solidarnosti. Čini se ipak postoji latentni strah od neuspjeha projekta zajedničkog životnog pothvata. Država suptilnim mehanizmima neke kažnjava glede njihova izbora stila života. Dobar primjer su porezi koji se javnosti percipiraju kao vid sankcije za izbor samačkog života ili što je bio slučaj u Francuskoj, poticaj za povećani broj sklopljenih paktova. Egzistencijalna nužnost diobe troškova bila je uz emotivnu povezanost jedna od bitnih povijesnih karika koja je vezivala ljude u formalne oblike zajednica poput braka. Premalo se vodi računa o cijeni ljudskih prava budući da je sve veća i veća potreba za resursima suvremene socijalne države koja preuzima povijesne obiteljske funkcije

U pravnom poretku Republike Francuske postoji suživot različitih modela kako bi ljudi ostvarili svoje želje i potrebe glede partnerskih, ali još uvijek pretežito obiteljskih odnosa koji se temelje na braku osoba različita spola. Budući da je francusko obiteljsko pravo dio građanskog prava koje se povijesno temelji na ideji liberalizma i slobodne volje taj segment nedvojbeno je presudno utjecao na uvođenje pakta o građanskoj solidarnosti *Le pacte civil de solidarité*.¹⁴ Ipak i

11 Rude-Antoine, Edwige, op.cit. str.537.

12 Rude-Antoine, Edwige, op.cit. str.529.

13 *Le pacte civil de solidarité*, Zakon od 15.11.1999. (art.515-1 du Code civil)

Pacte znači: ugovor, pakt, pogodba, nagodba. Solidarité se prevodi s: uzajamnost, uzajamna odgovornost, zajedničko jamstvo.

14 <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/infostats-justice-10057/le-profil-des-pacs-26705.html>, posjećeno 27.2.2018.

Carrasco, Valérie, *Le pacte civil de solidarité: une forme d'union qui se banalise*, Infostat justice,

taj pakt temeljem slobode volje znači ograničenje slobode obvezatnim zakonskim posljedicama vrlo sličnim onima koje pogađaju bračne drugove vezano uz razvod braka. Pravni poredak nudi mogućnost izbora, gotovo kao nekog autonomnog prava, slikovito policu osiguranja partnerske solidarnosti i/ili partnerske odgovornosti. U osnovi su uvijek isti noseći stupovi poretka: osobe koje čine zajednicu, slobodna volja (ugovor) i imovina, odnosno vlasništvo. Pojašnjavajuća populistička poruka glasila bi: „Bolje pakt nego rat“. Obiteljsko pravo približava se gotovo kao okvir slobode novom društvenom kontekstu. Termin pakt simbolizira autonomiju volje slobodnih i po mogućnosti odgovornih ljudskih bića.

Rasprave često prate politizirani ideološki sukobi, na bojištu javnosti odmjeravaju se konzervativne i liberalne, tzv. progresivne struje, a život ide trećim putem. Realnu sliku daje tek vrijeme kao jedini nepotkupljivi arbitar sa statističkim pokazateljima kao neumitnim dokaznim materijalom. Noviji podatci za Republiku Francusku važni su za raspravu, tim više što sličnih podataka za Republiku Hrvatsku nema. Prema podacima za 2011. godinu od sto punoljetnih žena 36 živi u samačkom domaćinstvu, 61 živi s partnerom, a tri žive u paru odvojeno bez zajedničkog života. U populaciji od sto punoljetnih muškaraca 30 je samaca, 67 živi u zajednici, a troje živi u paru ali odvojeno bez zajedničkog doma. Brak je i dalje prevladavajući oblik života odraslih osoba budući da tri četvrtine parova živi u braku. Od 32.000.000. odraslih osoba u 2013. godini 23.200.000 ih je u braku, 7.200.000 ih živi u izvanbračnim zajednicama (*union libre*), a 1.400.000 osoba je u registriranom partnerstvu (*sont pacsés*).¹⁵ Od 230.364 sklopljenih brakova u 2015. godini 222.664 su brakovi sklopljeni između žene i muškarca. Između dva muškarca zaključeno je 4057, a između dvije žene 3643 braka. U Francuskoj danas istospolni brakovi čine tri posto sklopljenih brakova.¹⁶ U toj slici realnog vremena i društva pozornost plijeni broj osoba koje žive same, a posebno je zanimljiv podatak o parovima koji ne žive zajedno.

Pitanje je do kada će opstati teorijska i zakonska pretpostavka zajedničkog suživota kao konstitutivna pretpostavka za priznavanje pravnih učinaka izvanbračnoj zajednici. „Nema međutim zajednice života koja bi bila podobna da kvalifikuje postojanje vanbračne zajednice ako nedostaje zajedničko stanovanje vanbračnih partnera.“¹⁷ Pitanje je kako održati pravnu sigurnost i izvjesnost, otkloniti moguće zloporabe, priznavanjem učinaka izvanbračnim zajednicama osoba koje nisu živjele zajedno. Pitanje je li fluidnost i prolaznost emotivnih veza trebaju biti pravni kriterij za priznavanje pravnih učinaka ili eventualne učinke iz tih veza prepustiti isključivo slobodi disponiranja ugovorima građanskog prava. U teoriji se analizira trend promjena u zakonodavstvu glede spolnih i obiteljskih odnosa. Promjene su neminovne, relativno spore, a da su novi stilovi života ljudskih bića u

97,22007.

Probert, Rebecca, From lack of status to contract: assessing the french Pacte Civil de Solidarité, Journal of Social Welfare and family law, 23,3, 2001, str.257-269.

15 http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/02/14/en-couple-celibataire-ets-vo-us-dans-la-norme-des-francais_5256885_4355770.html, posjećeno 15.2.2018.

16 Loc.cit.

17 Draškić, Marija, Porodično pravo, Colpi Dosije, Beograd,1998, str. 154-155.

velikoj su mjeri posljedica izmijenjenih materijalnih pretpostavki. Kvaliteta života i posljedično prava ljudskih bića u tom novom realitetu ovise o organiziranosti države i razdiobi društvenog bogatstva na nove solidarne obveze, a ranije povijesne obiteljske funkcije. Država, *parens patriae*, ostaje i dalje kao vrsta proširene obitelji i garant socijalne sigurnosti budući da je na sreću vrlo razvijen osjećaj društvene solidarnosti prema onim najslabijima i najnezaštićenijima. Pravo pretežno održava statiku tradicionalnih obiteljskih veza, ali danas prateći pojedinca, omogućavajući mu veću slobodu izboru stila života.

Bez obzira na slobodu izbora primat osobnog dostojanstva i prava pojedinaca zaštićena su prinudnim normama kaznenog zakonodavstva. Evoluciju obiteljsko pravnih instituta pratimo preko priznavanja učinaka izvanbračnim zajednicama do novih oblika registrirane partnerske solidarnosti. Prvotna ograničenja uspostavljena bračnim pravom: monogamija, dob, srodstvo, sposobnost rasuđivanja, ne doživljavaju se kao ograničenja osobnih sloboda nego ostaju kao preuzeti nužni minimum civilizacijskih zapreka. Obitelj tako prestaje biti uvjet preživljavanja, ona ostaje pravo na izbor ali s povećanim rizikom siromaštva za samačka domaćinstva.

Ljudska prava imaju svoju cijenu. Prenaglasiti važnost jednog stupa znači oslabiti statičku strukturu društva. Iako društveni eksperiment ne traje dugo moguće je naslutiti koji je stup najviše narušen. Obitelj. Može li osoba opstati u društvu kao izolirani pojedinac. Očito pokušavajući koliko joj to osigurava materijalna egzistencija koju si uspijeva osigurati. Država na neki način omogućava jednakost u slobodi izbora, ali posredno ipak „kažnjava“ primjerice većim porezima za samačka domaćinstva.

4. Što zaključiti ?

U naletu pritisaka za priznavanjem osobnih, individualnih prava pojedinaca zaboravlja se da je dužnost zakonodavca, između ostalog odgovorno promišljanje u sagledavanju dugoročnih posljedica. Zakonodavna politika trebala bi biti temeljena na iskustvu, usmjerena k općem dobru, pa tek nakon ispunjenja tih ciljeva, pravima pojedinaca i njegovim slobodama. Možda ova rasprava tek potakne neku novu, također povezanu s osnovama ljudske egzistencije, koja bi istražila ima li smisla globalni univerzalizam ljudskih prava u siromaštvu? Za zaključak nedostaju objektivni pokazatelji koji bi dali odgovor na pitanje je li suvremena socijalna država dovoljno bogata i organizirana da popuni sve materijalne i emocionalne praznine koje nastaju rastakanjem tradicionalne obitelji. Novi statistički podatci za Republiku Francusku potvrđuju da građani još uvijek prednost daju prokušanom tradicionalnom modelu braka kao osnove obitelji. Dosadašnja analiza nedvojbeno ukazuje da je imovina doista ključna osnova ljudske egzistencije koja prati sve mijene obiteljskih zajednica. Zaključujemo da je odnos imovina kao materijalna osnova ljudske egzistencije - obitelj nedjeljiv u spoznajnoj analizi. Unutrašnja logika nasušne povezanosti samo daje naslutiti što je povijesno bilo povod, a što uzrok promjena. Povećano materijalno blagostanje ostvareno u razdoblju industrijalizacije pretpostavka je uvažavanja slobodne volje pojedinca i njegovih ljudskih prava. Te

promjene izravno su utjecale na promjenu odnosa među spolovima, na razvod braka i na broj osoba koje žive same. Liberalizacija tržišta rada i rodna ravnopravnost (*gender equality*) utjecali su na raspad patrijarhalnog modela obitelji muškog hranitelja. Pitanje je li moguća diseminacija globalnih konvencijskih obveza budući da su stupnjevi razvoja društava i tradicijski obiteljski modeli bitno različiti. Pretpostavka zakonske obveze uzdržavanja bila je temeljena na modelu muškog hranitelja obitelji nastalog dok žena nije bila na tržištu rada. Zakonodavci, ustavni sudovi i međunarodne organizacije u pristupu obitelji polaze od načela ideološke neutralnosti, prava na privatnost i naglašene rodne ravnopravnosti što ugrožava stabilnost obitelj kao temeljne društvene grupe. Rijetke države blagostanja raspolažu dostatnim resursima i organizacijski su sposobne za preuzimanje kompleksnih socijalnih funkcija tradicionalne obitelji. Porast broja samačkih domaćinstava vrlo će brzo dokazati održivost socijalnog sustava skrbi o starim, nemoćnim i „napuštenim“ osobama.¹⁸ Možda kriza, pojave socijalne patologije i svijest o nezamjenjivosti obitelji potaknu preispitivanje postojećih politika i prizemljivanje u razumne granice mogućeg obvezujućih konvencijskih načela. Vjerojatno će se razvijati i model života u zajednici kao zamjena za obitelj za napuštenu djecu, stare ili osobe s invaliditetom. Nekontrolirane migracije izravno utječu na održivost sustava socijalne sigurnosti. Slijede neminovne i dugotrajne prilagodbe uzrokovane preskakanjem civilizacijskih okvira. Skandinavske *welfare* države primjer su država koje provode strogu poreznu politiku kojom se između ostalog ostvaruju i materijalne pretpostavke zaštite ljudskih prava kroz mjere socijalne politike. Neprestano treba podsjećati na to da je temeljno ljudsko pravo ne biti gladan: „ *A life free from poverty and hunger is a fundamental human right.* “ U suvremenom društvu u kojem primat imaju osobna prava pojedinaca država mora omogućiti učinkovit sustav socijalne skrbi kojim će štititi ona prava potrebitog pojedinca koja je tisućljećima štitila njegova obitelj.

18 <https://www.senat.fr/rap/r03-195/r03-19516.html>, Le nombre des personnes âgées de plus de 85 ans passerait ainsi, entre 2000 et 2050, de 1,2 à 4,5 millions. Il s'agit d'une évolution d'autant plus importante que cet âge constitue de plus en plus un seuil critique en termes d'isolement et de prise en charge de la dépendance, posjéćeno, 1.3.2018.

Dr. sc. Nenad Hlača, Full Professor
Law Faculty University of Rijeka

PROPERTY AND FAMILY: THE FOUNDATIONS OF HUMAN EXISTENCE

Summary

This paper examines the relationship of family and property as the necessary foundations for human existence from the perspective of family law. The importance of these pillars of society is observed in light of the changes affecting our modern societies. Emphasis is placed on the French legal order owing to its theoretically well-grounded contemporary legal regulations on the one hand, and unequivocal indicators of the application of its legal institutions in practice, on the other.

Key words: property as the material foundation for human existence, marriage, family, human rights

Dr. sc. Aleksandra Korać Graovac, redovni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

MATERIJALNA ODGOVORNOST ZA POVREDE PRAVA I DUŽNOSTI IZ OBITELJSKOPRAVNIH ODNOSA?

U radu se razmatra mogućnost postavljanja zahtjeva za naknadu imovinske i neimovinske štete zbog povrede prava na održavanje osobnih odnosa između članova obitelji. Naknada imovinske štete već je poznata i u pozitivnom hrvatskom zakonodavstvu i u praksi sudova u poredbenom pravu. Postavlja se pitanje postoji li mogućnost da se odredi naknada neimovinske štete djetetu za povredu prava na ostvarivanje osobnih odnosa s roditeljem s kojim ne živi, te da li bi takav zahtjev ojačao ili oslabio pravo na osobne odnose (te zaštitu prava na poštovanje obiteljskog života). Autor se zalaže za zaštitu dobrobiti djeteta, jer vođenje sudskih postupaka između članova obitelji uvijek dovodi do poremećenosti obiteljskih odnosa. Ključne riječi: prava djece, osobni odnosi, kontakti, neimovinska šteta, imovinska šteta

1. Uvod

Obiteljsko pravo predviđa cijeli niz prava i dužnosti, od kojih je većina osobnopravne naravi, a po čemu se tradicionalno razlikuje od građanskog prava u postsocijalističkim državama južnoeuropskog prostora.

Osobna prava i dužnosti propisana su u odnosima bračnih, u novom hrvatskom zakonodavstvu i izvanbračnih drugova, odnosima roditelja i djece, te kao specifična prava između posvojitelja i posvojenika.

Osobna prava i dužnosti često se doživljavaju kao moralna norma pretočena u pravnu, koja je po svojoj naravi imperfektna s obzirom na ne/mogućnost sankcioniranja u slučaju kad se ne poštuje. Ipak, propisana osobna prava i dužnosti ujedno zrcale vrijednosni sustav određenog društva.

U obiteljima među čijim članovima su odnosi dobri međusobna prava i dužnosti razumiju se sama po sebi, pa se čini da i nema potrebe za njihovim propisivanjem. Kad dolazi do povrede prava i dužnosti i obiteljskih odnosa ponekad jest, a ponekad nije propisana sankcija. Sankcija može imati imovinskopravna obilježja, ili mogu biti predviđene neke druge pravne posljedice kršenja prava i dužnosti iz obiteljskih odnosa.

Pitanja koja se postavljaju su višestruka: treba li propisati prava i dužnosti kršenje kojih nema sankciju, te može li se propisivanjem sankcije zbog povrede prava i dužnosti, osobito materijalne odgovornosti za naknadu neimovinske štete, povećati svijest o postojanju te važnosti propisanih prava i dužnosti, te ujedno pružiti zadovoljštinu onome čija su prava povrijeđena.

Razmotrit će se teza, temeljem prikazanih primjera zbog povrede prava na ostvarivanje osobnih odnosa, je li propisivanje imovinske odgovornosti kao svojevrsne naknade štete strano obveznopravnoj teoriji o šteti, te je li ono smisleno prilikom uređenja osjetljivih imovinskih odnosa.

2. Povreda prava na ostvarivanje osobnih odnosa

Pravo na ostvarivanje osobnih odnosa pravo je djeteta, pravo i dužnost njegovih roditelja, te pravo drugih srodnika ili osoba bliskih djetetu u skladu s pretpostavkama propisanim pozitivnim propisima. Europski je sud za ljudska prava u nizu odluka pružio pravnu zaštitu prava na ostvarivanje osobnih odnosa roditelja i djece priznavši ga dijelom prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života (čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹). 'Explanatory report' Konvencije o kontaktima s djecom² pravo na ostvarivanje kontakata označava kao temeljno pravo djeteta i njegovih roditelja, upućujući na Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te na odredbu čl. 9. Konvencije o pravima djeteta³ (Par. 40). Zbog toga što se zbog slobodnog protoka ljudi povećao broj razdvojenih obitelji unutar Europske unije, i Povelje EU o temeljnim pravima⁴ je u čl. 24. st. 3. zajamčila pravo djeteta na kontakt s oba roditelja.⁵

Trpjeti povredu prava na ostvarivanje osobnih odnosa mogu roditelji, odnosno druge ovlaštene osobe, a mogu i djeca.

Po hrvatskom obiteljskom propisu⁶ pravo ostvarivanje osobnih odnosa imaju s djetetom obostrano braća i sestre djeteta, braća i sestre po ocu ili majci, baka i/ili djed, te druge osobe ako su dulje vrijeme živjele u obitelji s djetetom, kroz to se vrijeme brinule o djetetu i s njim imaju razvijen emocionalni odnos, a prema odredbi čl. 42. st. 2. Zakona o životnom partnerstvu⁷ istog spola i bivši partner ili partnerica

1 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006, 2/2010.

2 Konvencija o kontaktima s djecom, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 20/2008 i 20/2009. U ovom je međunarodnom ugovoru u odredbi čl. 4. pravo na kontakte dano ne samo djetetu, već i njegovim roditeljima:

„1. Dijete i njegovi ili njezini roditelji imat će pravo na ostvarivanje i održavanje redovitih međusobnih kontakata.

2. Takav kontakt može biti ograničen ili isključen samo ako je to potrebno u najboljem interesu djeteta.

3. Ako nije u najboljem interesu djeteta da se kontakt s jednim od njegovih ili njezinih roditelja odvija bez nadzora, razmotrit će se mogućnost osobnog kontakta pod nadzorom ili nekih drugih oblika kontakata s tim roditeljem.“

3 Odredba čl. 9. st. 3. Konvencije o pravima djeteta: „Države stranke će poštivati pravo djeteta koje je odvojeno od jednoga ili oba roditelja da redovito održava osobne odnose i neposredne kontakte s oba roditelja, osim ako je to u suprotnosti s njegovim najboljim interesom.“ Konvencija o pravima djeteta, 20. studenoga 1989., Rezolucija br. 44/25.

4 Povelja o temeljnim pravima Europske Unije, 2010/C 83/02.

5 Čl. 24. st. 3. Povelje EU o temeljnim pravima: „Svako dijete ima pravo na održavanje redovitog osobnog odnosa i izravan kontakt s oba roditelja, osim ako je to u suprotnosti s njegovim interesima.“

6 Obiteljski zakon, 103/2015., u daljnjem tekstu Obiteljski zakon 2015.

7 Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, Narodne novine br. 92/2014, odredba čl.42.

roditelja djeteta ako je duže vrijeme živio s djetetom i kroz to se vrijeme brinuo o djetetu ili s njim ima razvijen emocionalni odnos.

2.1. Povreda prava roditelja ili druga osobe koja ima pravo na ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom

Obiteljski zakon koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuje od 2015. godine propisao je po prvi puta u odredbi čl. 126. pravo na naknadu štete roditelju ili drugoj osobi koja ima pravo na ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom⁸ temeljem sudske odluke, odobrenog plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi ili odobrenog sporazuma o ostvarivanju osobnih odnosa, i to prema propisima obveznih prava.

U Obrazloženju Prijedloga Obiteljskog zakona (Vlada Republike Hrvatske, svibanj 2015.) novina se obrazlaže poredbenim rješenjima talijanskog i njemačkog⁹ zakonodavca, te se ukazuje da se „u njemačkom pravnom sustavu ... pitanje naknade štete uzrokovane zbog neispunjavanja obiteljsko-pravne dužnosti omogućivanja djetetu ostvarivanja osobnih odnosa, također, sve češće pojavljuje u sudskoj praksi, uz primjenu općih odredaba o naknadi štete“.¹⁰

Mogući je štetnik svaka osoba koja je obvezna roditelju ili drugoj osobi omogućiti ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom, što će u pravilu biti roditelj koji živi s djetetom, a u rjeđim situacijama druga osoba kojoj je dijete povjereno. Ova odredba unesena je zbog pokušaja sankcioniranja manipulacije roditelja koji ometa ostvarivanje osobnih odnosa roditelja s kojim dijete ne živi i djeteta. Izričaj norme gramatički i teleološki isključuje kao mogućeg štetnika dijete, te je ono ekskulpirano bez obzira na razloge zbog kojih ne želi ostvarivati osobne odnose s osobom koja na to ima pravo.

Oštećenik je roditelj i svaka druga osoba koja ima pravo na ostvarivanje osobnih odnosa temeljem ovršne isprave (sudske odluke, odobrenog plana o zajedničkoj

8 Pravo na naknadu štete, čl. 126. Obiteljskog zakona 2015:

„Osoba koja je obvezna roditelju ili drugoj osobi omogućiti ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom dužna je roditelju ili drugoj osobi koja ima pravo na ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom nadoknaditi štetu uzrokovanu nepoštivanjem sudske odluke, odobrenoga plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi ili odobrenoga sporazuma o ostvarivanju osobnih odnosa iz neopravdanih razloga prema propisima obveznoga prava.“

9 Takva je praksa njemačkog Saveznog suda iz 2003. godine, koji je 2003. godine odlučio kako je majka koja je onemogućavala susrete i druženje s djetetom dužna ocu nadoknaditi materijalnu štetu koju je zbog toga trpio. Prema Rešetar, Branka, Pravo na susrete i druženje u komparativnom pravu, Osijek, 2011, str. 37 i 38. Takva sudska praksa se i nastavila, usp. OLG Köln, Beschluß vom 7.4.2014 - 4 UF 22/13, BeckRS 2015, 00947, (http://www.rechtsanwalt-schwerin24.de/News/News_Familienrecht/Sc-hadensersatz_bei_Umgangsvereitelung, preuzeto 24. ožujka 2018.)

10 Prema tekstu Obrazloženja moglo bi se učiniti da se njemački primjer ipak odnosi na situaciju kad je oštećenik dijete, no zapravo se radi o slučajevima da su sudovi dosudili naknadu materijalne štete roditelju koji je imao troškove.

roditeljskoj skrbi¹¹ ili odobrenog sporazuma o ostvarivanju osobnih odnosa¹²), pa je krug ovlaštenika na naknadu štete postavljen vrlo široko.

Obiteljskoppravna odredba upućuje na odredbe obveznog prava, a da bi oštećenik imao pravo na naknadu štete traži se da je do nepoštivanja ovršne isprave došlo zbog neopravdanih razloga (primjer opravdanog razloga mogla bi biti bolest djeteta, odsutnost djeteta zbog školskog izleta, objektivna spriječenost osobe koja s djetetom živi da omogući osobne odnose djeteta s osobom iz ovršne isprave i sl.). Teret dokaza o opravdanosti razloga bio bi na tuženiku koji tvrdi da su postojali opravdani razlozi koji su onemogućili ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom.

Zakonodavac se nije izjasnio radi li se o materijalnoj ili nematerijalnoj šteti, o iz *Obrazloženja Prijedloga zakona* proizlazi da se radi o materijalnoj šteti. Kako *Zakon obveznim odnosima*¹³ u čl. 1046. štetu objašnjava kao „umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta)“, jasno je da se prilikom povrede prava na ostvarivanje osobnih odnosa može dogoditi obična šteta (jer je, primjerice, oštećenik imao putne troškove kako bi ostvario osobne odnose s djetetom), sprječavanje povećanja imovine (ako je, primjerice, roditelj uzeo slobodan dan te nije ostvario dohodak da bi ostvario osobne odnose s djetetom), ali i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta).

Teza da je povreda prava na ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom, odnosno djeteta sa zakonom predviđenim osobama, ujedno i povreda prava osobnosti dovodi do zaključka da bi oštećenik imao obveznopravni zahtjev na naknadu štete u odnosu na onoga tko mu to pravo uskraćuje.

Određivanjem kao ovlaštenika na pravo na naknadu štete samo roditelja te drugih osoba koje imaju pravo ostvariti pravo na osobne odnose s djetetom, dovodi do zaključka da je novi hrvatski obiteljski propis isključio shvaćanje da povreda prava na ostvarivanje osobnih odnosa predstavlja ujedno i povredu prava osobnosti, jer nije spomenuto dijete kao mogući oštećenik. Naime, materijalna šteta po prirodi je stvari povezana uz odrasle osobe, jer nije životno da bi dijete imalo materijalne troškove ili štetu zbog sprječavanja povećanja imovine.¹⁴

11 „Plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi je pisani sporazum roditelja o načinu ostvarivanja zajedničke roditeljske skrbi u okolnostima u kojima roditelji djeteta trajno ne žive u obiteljskoj zajednici“ (čl. 106. st. 1. *Obiteljskog zakona* 2015). Prema odredbi čl. 107. st. 1. *Obiteljskog zakona* 2015 plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi može se podnijeti sudu radi provjere sadržaja te odobravanja, a nakon što ga sud odobri rješenjem ima svojstvo ovršne isprave.

12 Sporazum o ostvarivanju osobnih odnosa s djetetom mogu sklopiti sve osobe koje su ovlaštene na ostvarivanje osobnih odnosa, a na njega se primjenjuju pravila o planu o zajedničkoj roditeljskoj skrbi (čl. 122. *Obiteljskog zakona* 2015).

13 *Zakon o obveznim odnosima*, Narodne novine br. 35/2005.

14 U njemačkom pravu ima primjera postavljanja zahtjeva za naknadu neimovinske štete zbog povrede prava na ostvarivanje osobnih odnosa. Tako je jedan otac zatražio naknadu neimovinske štete u iznosu od 27000 eura zbog pasivnog otpora majke da mu omogući ostvarivanje osobnih odnosa s njegovim djetetom.

Oberlandesgericht Köln se složio sa stavom tužitelja da se radi o teškoj povredi njegovih osobnih prava, no da se po dosadašnjoj sudskoj praksi zahtijeva da tuženik aktivno ometa ostvarenja osobnih prava, da bi tužitelj imao pravo na naknadu neimovinske štete. OLG Köln · Beschluss vom 16. Oktober 2014 · Az. 19 U 45/14. (<https://openjur.de/u/757130.html> pristup 22. ožujka 2018.).

Takav zaključak dovodi nas do razmatranja kakvu pravnu posljedicu bi mogla imati povreda prava djeteta na ostvarivanje osobnih odnosa s roditeljem, odnosno s drugim osobama.

2.2. Povreda prava djeteta na ostvarivanje osobnih odnosa s roditeljem

Nacrt prijedloga Obiteljskog zakona¹⁵ predvidio je (2017. godine) proširenu zaštitu prava djeteta, jer ne samo da je proklamirao njegovo pravo na kontakte s roditeljem s kojim ne živi (čl. 92. st. 3.), već i da „povreda prava djeteta na održavanje kontakata s roditeljem predstavlja povredu prava osobnosti djeteta“ (čl. 113. st. 2.). Prema odredbi čl. 101. st. 3. roditelj koji ne živi s djetetom ima ujedno i odgovornost, pravo i dužnost ostvarivati kontakte s djetetom. Roditelj koji s djetetom živi po prijedlogu novog obiteljskog propisa ima dužnost i odgovornost omogućivati i podržavati ostvarivanje kontakata djeteta s drugim roditeljem.

Prijedlog Obiteljskog zakona pošao je od koncepcije da je potrebno izriječno proširiti prava osobnosti, te se na taj način potencijalno bori s nasljeđem učenja koje se protivi novčanoj zadovoljštini za povredu osobnih dobara.¹⁶ I građanskopravni teoretičari navode kako se „nabrajanja pojedinih prava osobnosti u pravilu ... ostavljaju otvorenima s napomenom da je do razvitka kulture koja će se dobra uključiti u ovu kategoriju.“¹⁷

Prijedlog Obiteljskog zakona polazi od postavke da su za cjelovit razvoj djeteta poželjna, pa i potrebna, oba roditelja. Pravo na osobne odnose djeteta s roditeljem predstavlja, kao što je rečeno *supra*, njegovo pravo i po Konvenciji o pravima djeteta i po praksi Europskog suda za ljudska prava, koje je mu ga priznaje u okviru prava na poštovanje obiteljskog života.

Povredu prava djeteta na održavanje osobnih odnosa s roditeljem s kojim ne živi može učiniti roditelj ili druga osoba kod koje se dijete nalazi, a koja sprječava osobne odnose drugog roditelja s djetetom. U argumentiranju čini li taj roditelj to pasivno ili aktivno, može se, suprotno odluci OLG Köln, zastupati i stav da to roditelj vrlo često čini aktivno (primjerice, nedovođenjem djeteta na mjesto predaje, aktivnom manipulacijom djeteta, promjenom prebivališta djeteta, upisivanjem djeteta na slobodne aktivnosti koje se preklapaju s vremenom određenim za osobne odnose i sl.).

Po mišljenju autorice značajnu povredu prava djeteta čini i roditelj koji ne živi s djetetom, a ne ispunjava svoje dužnosti iz roditeljske skrbi, a to je dužnost (i pravo) ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom. Takvo se dijete osjeća nevoljeno, bezvrijedno, te zasigurno trpi emocionalnu štetu. Svojom nezainteresiranošću za dijete, odnosno pasivnošću, roditelj način nedvojbeno vrijeđa emocionalne osjećaje

15 Nacrt prijedloga Obiteljskog zakona s uvodnim napomenama i obrazloženjima, 21. rujna 2017., Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku.

16 Tako Gavella konstatira: „U našem se pravnom poretku još snažno osjećaju tragovi učenja koje se protivilo novčanoj zadovoljštini (satisfakciji) za povredu osobnih dobara.“ Gavella, Nikola, *Osobna prava*, I dio, Zagreb, 2000., str. 80.

17 Klarić, Petar, *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 334.

djeteta, stvara mu duševnu bol, te svojim ne/postupanjem negativno utječe na oblikovanja osobnosti djeteta.

Koliku je neimovinsku štetu dijete pretrpjelo ovisilo bi o okolnostima konkretnog slučaja, te nalazu i mišljenju sudskog vještaka je li, i kakve posljedice je na osjećaje djeteta ostavila činjenica da ga je roditelj koji je dužan odražavati osobne odnose ignorirao, odnosno da je roditelj s kojim živi onemogućio održavanje osobnih odnosa. Ako svemu pridodamo i pravo djeteta da izrazi svoje mišljenje, odnosno da se to mišljenje uzme u obzir u skladu s njegovom dobi i zrelosti, tada se cijeli slučaj može još više zakomplicirati jer bi protivljenje djeteta osobnim odnosima, a koje nije posljedica manipulacije, moglo umanjiti ili čak ukloniti odgovornost štetnika za štetu.

Zdrav razum kaže da se zahtjevom za naknadu štete prema roditelju koji propušta održavati osobne odnose ne može (prisilno) postići restitucija,¹⁸ što bi u konkretnom slučaju značilo da taj roditelj počne održavati osobne odnose. To je nepobitno najpoželjniji cilj, no naknada neimovinske štete može samo predstavljati zadovoljštinu, pa predstavlja tek ublažavanje nastale povrede prava osobnosti djeteta.

Osim samog prava, postavlja se pitanje i tko bi mogao tražiti u ime djeteta naknadu za povredu prava osobnosti. Kako se radi o sukobu roditelja koji se prelama preko djeteta, u tom postupku bi jedino rješenje bilo da maloljetno dijete zastupa poseban skrbnik¹⁹, jer je objektivnost roditelja koji nije obuhvaćen tužbenim zahtjevom upitna. Punoljetno dijete moglo bi i samo pokrenuti postupak.

Koji je onda cilj predviđene odredbe? Prijedlog nacрта Obiteljskog zakona je namjerno zastao nakon konstatacije da je povreda prava djeteta na kontakte ujedno i povreda prava osobnosti, te nije uputio na naknadu štete po pravilima općeg građanskog prava (kao što je učinio Obiteljski zakon 2015 uređujući pravo roditelja na naknadu štete). Na taj način prepušteno je sudskoj praksi da procijeni ima li mjesta naknadi neimovinske štete djetetu. Norma, s druge strane, pridonosi osvješćivanje djetetovih prava i otvaranje mogućnosti da zatraži naknadu neimovinske štete.

3. Zaključna razmišljanja

Materijalna odgovornost za naknadu štete zbog povrede prava i dužnosti iz obiteljskih odnosa nije novina u obiteljskom i građanskom pravu. Odgovornost je već prepoznata i priznata, primjerice, u građanskopravnom institutu odgovornosti roditelja za štetu koju prouzroči drugom njihovo dijete (čl. 1059. st. 1. Zakona o obveznim odnosima), a šteta je nastala „zbog lošeg odgoja maloljetnika, loših primjera ili poročnih navika koje su mu roditelji dali ili se i inače šteta može pripisati krivnji roditelja“.

18 Prisilno održavanje osobnih odnosa, protiv volje roditelja koji ih je dužan održavati, bilo bi nesumnjivo na štetu djeteta. Roditelja bi se samo moglo obvezati na psihološki tretman, odnosno obiteljsku terapiju.

19 Prema čl. 240. st. 5. Obiteljskog zakona 2015 poseban skrbnik iz centra za posebno skrbništvo imenovat će se „djetetu kad postoji sukob interesa između njega i njegovih zakonskih zastupnika u imovinskim postupcima ili sporovima, odnosno pri sklapanju pojedinih pravnih poslova.“

Povreda dužnosti vjernosti bračnih drugova²⁰ može predstavljati očitu nepravdu zbog koje bi bračni drug bio oslobođen dužnosti uzdržavanja svojeg bračnog druga, iako postoje ostale pretpostavke.²¹

Praksa njemačkih sudova priznaje već dugo pravnu zaštitu prava djeteta na saznanje podrijetla, u smislu da ima pravo da mu majka kaže tko mu je otac.²²

Konačno, i Europska konvencija ja zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda predviđa naknadu štete za povredu prava na poštovanje obiteljskog života, te je u odnosu na povredu prava osobnosti čak i stroža, jer državi nameće pozitivne obveze.²³ U tom kontekstu i u teoriji se navodi kako „novi, posve novi element u odštetnom pravu RH predstavljaju odluke i prakse Europskog suda za ljudska prava. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ušla je u pravni sustav RH kao ratificirani međunarodni ugovor (NN 18/97 i ostalo) koji je po svojoj pravnoj snazi ispod Ustava ali iznad zakona RH (arg. iz čl. 141. Ustava RH). Na užem odštetnom planu značajne su odredbe o pravu na slobodu i sigurnost (čl. 5.), pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života (čl. 8.), zabrana diskriminacije (čl. 14.), zabrana zloupotreba prava (čl. 17.) i dr., što i s praktičnog i s teoretskog stajališta pomaže gradnji i širenju pojma 'štetne radnje'²⁴

U primjeru koji je predmet ovoga rada raspravljalo se prvo o pravu na naknadu materijalne štete roditelja koji ne živi s djetetom, kao izričitom pravu koje predviđa obiteljsko zakonodavstvo. Prikazana norma sama po sebi ne daje nikakvo novo pravo ovlašteniku na osobne odnose s djetetom, jer bi zahtjev za naknadu štete on mogao ostvariti i po općim pravilima građanskog prava. Ipak, dobro je da postoji jer na taj način povećava odgovornost drugog roditelja, odnosno osobe koja je dužna omogućiti ostvarivanje osobnih odnosa djeteta s osobom naznačenom u ovršnoj ispravi.

Daljnja teorijska razrada mogućnosti da se povreda prava djeteta, kao povreda prava osobnosti, te ujedno kao povreda prava na poštovanje obiteljskog života sankcionira prema štetniku, predstavlja svojevrsan izazov, jer zahtijeva promjene u shvaćanju.

Je li to najpogodnije sredstvo (jer bi postavljanje odštetnog zahtjeva djeteta prema roditelju zasigurno uništilo svaki pozitivan emocionalan odnos roditelja prema djetetu), ovisi o okolnostima konkretnog slučaja, te procjeni, dok je dijete maloljetno, posebnog skrbnika. Skrbnik bi svakako u tom slučaju trebao procijeniti što je najbolji interes djeteta. U pravilu, ipak, takvi zahtjevi dovode do konačnog

20 ČL. 31. st. 2. Obiteljskog zakona 2015: „Bračni drugovi dužni su jedan drugomu biti vjerni, uzajamno se pomagati i uzdržavati, međusobno se poštovati te održavati skladne bračne i obiteljske odnose.“

21 Prema odredbi čl. 299. Obiteljskog zakona 2015 „sud može odbiti zahtjev za uzdržavanje ili donijeti odluku o prestanku obveze uzdržavanja bračnog druga ako bi uzdržavanje predstavljalo, odnosno predstavlja očitu nepravdu za drugog bračnog druga koji bi trebao plaćati, odnosno plaća uzdržavanje“.

22 Tako odluka LG Münster, 26. 08. 1998 – 1S 414/89, (http://www.iww.de/fk/archiv/kindschaftsrecht-der-anspruch-des-kind-es-gegen-die-mutter-auf-nennung-seines-leiblichen-vaters-f30051_preistup

24. ožujka 2017.)

23 Više v. u Korać Graovac, Aleksandra, Hrvatsko obiteljsko pravo pred Europskim sudom za ljudska prava // Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, 4 (2013), 1; 39-51.

24 Načelo zabrane prouzročenja štete kao (moguće) jamstvo stvarne (realne) naknade štete, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1, 2013., str. 307-332.

urušavanja emocionalnih i osobnih odnosa, što ne bi smio biti cilj obiteljskopavnog propisa, pa uvođenje čisto građanskopravnih instituta nije prikladno sredstvo za osjetljive obiteljske odnose.

Ako pak punoljetno dijete u parnici traži obeštećenje za nematerijalnu štetu od roditelja, tad su odnosi već duboko poremećeni, pa bi usvajanje tužbenog zahtjeva predstavljalo određenu zadovoljštinu djetetu.

Smatramo da bi se tužbeni zahtjev za naknadu neimovinske štete dijete i bez predložene norme moglo postaviti naslanjajući se na svoje pravo na poštovanje obiteljskog života. U svakom slučaju, bit će zanimljivo vidjeti kako će se razvijati sudska praksa koja ovisi i o razvoju pravne i društvene svijesti o potrebi i načinu zaštite dječjih prava, no uvijek treba voditi računa da je dobrobit djeteta *summum ius*, te građanskim postupaka uvijek kad je moguće pretpostaviti izvanpravne metode, odnosno obiteljsku terapiju.

Dr. sc. Aleksandra Korać Graovac, Full Professor
Faculty of Law, University of Zagreb

MATERIAL RESPONSIBILITY FOR THE BREACH OF PERSONAL RIGHTS AND DUTIES ARISING FROM FAMILY LAW RELATIONS?

Summary

The author, using the example of violation of the right to contacts, discusses the possibility of to claim compensation for material and non-material damage. Compensation of material damage arising from the breach of the rights to contacts is already known in the positive Croatian legislation and in the practice of national courts in comparative laws. The question is whether it might arise out the possibility for compensation of non-material damage to the child whose rights to contacts with a non-cohabitating parent were violated. Another question is whether such claim might strengthen or weak the child's right to contact (and respect of family life). The author advocates need to protect the best interests of the child, as court proceedings among family members disturbe family relatons.

Key words: children's rights, contacts, non-material damage, material damage, the best interests of the child

Dr. sc. Meliha Powlakić, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu
Mr. iur. Selma Mezetović Međić, viši asistent
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

UREĐENJE IMOVINSKIH ODNOSA BRAČNIH I VANBRAČNIH PARTNERA NA NEKRETNINAMA I RODNA RAVNOPRAVNOST

Savremeno privatno-pravno zakonodavstvo u BiH ne sadrži norme koje različito tretiraju žene i muškarce. Ustavne odredbe i recentno doneseni zakoni koji reguliraju pitanje rodne ravnopravnosti i zabrane diskriminacije općenito, usvajaju savremene standarde i pružaju zadovoljavajući pravni okvir za ostvarenje rodne jednakosti. Ipak, istraživanja pokazuju da iako u BiH žene čine nešto više od polovine populacije, samo jedna trećina vlasnika upisanih u zemljišne knjige jeste ženskog spola. Rad je imao za cilj utvrditi da li zakonske odredbe koje su relevantne za ovo pitanje (odredbe porodičnog, stvarnog, zemljišno-knjižnog i nasljednog prava) mogu generirati rodnu neravnopravnost.

U radu je utvrđeno da niz rješenja porodičnog, stvarnog, zemljišno-knjižnog i nasljednog prava mogu indirektno uzrokovati diskriminaciju. Tako je npr. utvrđeno da opća pravila suvlasništva, odnosno zajedničkog vlasništva i zemljišno-knjižnog prava nisu dovoljna da zaštite bračne ili vanbračne partnere u jednoj specifičnoj suvlasničkoj zajednici, odnosno zajednici zajedničara u pravu, a posebno da ne mogu zaštititi neuknjiženog partnera, što su u pravilu žene. Umjesto upućivanja na opća pravila stvarnog i obligacionog prava predlaže se da porodično zakonodavstvo detaljnije regulira suvlasništvo u bračnoj i vanbračnoj zajednici, koje ima specifičnosti u odnosu na opće odnose u suvlasničkoj zajednici. Ovdje se prije svega misli na reguliranje zakonskog prava preče kupovine u cijeloj BiH, te na saglasnost kod raspolaganja udjelom u bračnoj stečevini. Pozicija neuknjiženog (van)bračnog partnera zbog djelovanja principa zemljišnih knjiga, koji mora biti očuvan zbog opće pravne sigurnosti u transakcijama sa nekretninama, nije zaštićena. Predložena je izmjena propisa porodičnog i zemljišno-knjižnog prava kako bi se omogućila jednostavnija uknjižba neuknjiženog partnera. Autori se zalažu za registriranje vanbračne zajednice, jer to olakšava dokazivanje postojanja te zajednice od čega zavisi realizacija prava koje zakon daje vanbračnim partnerima, za ukidanje vremenskog cenzusa da bi se jedna zajednica smatrala vanbračnom itd. Uočena je značajna uloga notara i njen doprinos zaštiti neuknjiženih partnera, ali i zaključeno da bi povezivanje registara nekretnina i matičnih knjiga omogućilo notarima da efikasnije zaštite bračne i vanbračne partnere.

Ključne riječi: bračna stečevina, vanbračna zajednica, neuknjiženi partner, bračni ugovor, nasljedni ugovor, notar, rodna ravnopravnost

I. Uvod

Iako već decenijama, preciznije od okončanja socijalističke revolucije i kraja Drugog svjetskog rata, ustavne odredbe garantiraju punu ravnopravnost žena i muškaraca, te ne postoje zakonske odredbe kojima se uspostavlja direktna diskriminacija između muškarca i žene, diskriminacija nije iščezla iz svih domena pravnih odnosa u BiH. Ovaj rad se bavi imovinskim odnosima žena i muškaraca koji žive u braku ili vanbračnoj zajednici, te nasljednopravnim položajem bračnog ili vanbračnog partnera ženskog spola. Fokus je na imovinskim odnosima povodom nekretnina. Oblast imovinskih odnosa na nekretninama se pokazuje pogodnim područjem istraživanja, ne samo zbog važnosti vlasništva nad nekretninama za imovinski položaj svakog pojedinca, već zato što zemljišna knjiga može dati egzaktne podatke iz kojih je moguće izvući relevantne zaključke.

Uprkos proklamiranoj rodnoj ravnopravnosti od sredine četrdesetih godina dvadesetog stoljeća, koja na ustavnoj razini biva i ponovljena u svakom novom ustavnom tekstu u bivšoj SFRJ, kao i u BiH, zaključno sa Dejtonskim ustavom, uprkos tome da je zabrana diskriminacije dodatno pojačana uključivanjem određenih međunarodnih konvencija, a prije svega Konvencije o osnovnim ljudskim pravima i slobodama sa njenim protokolima, u tekst aktuelnog Ustava BiH, a zatim donošenjem i Zakona o zabrani diskriminacije i Zakona o rodnoj ravnopravnosti, oblast imovinskih odnosa partnera u braku i u vanbračnoj zajednici, kao ni oblast imovinskih odnosa muškaraca i žena u nasljedničkoj zajednici, nije u pogledu mogućnosti stjecanja nekretnina potpuno oslobođena diskriminacije na rodnoj osnovi. Već na nivou percepcije onih koji su uključeni u transakcije sa nekretninama, stvarnost pokazuje drugačiju sliku prema kojoj je veći broj osoba muškog spola upisan u zemljišnu knjigu nego osoba ženskog spola, prema kojoj je veći dio nekretnina stečen u braku upisan samo na ime muža, prema kojoj se žene u većem broju odriču nasljednog prava, tako što ga ustupaju u korist muških sanasljednika, npr. braće itd.

To potvrđuju i određeni statistički podaci. Prema podacima popisa stanovništva iz 2013. godine populaciju BiH čini 51,08% žena i 48,92% muškaraca¹, a u zemljišnu knjigu je kao vlasnika upisano 37,8% žena i 62,2% muškaraca².

Ova dva podatka nisu sasvim uporediva, odnosno ne mogu dati relevantan zaključak u kom su omjeru u bračnoj i vanbračnoj zajednici upisani partneri kao suvlasnici. Međutim, ovi podaci mogu dati značajan iskaz o tome da nešto neznatno više od polovine populacije posjeduje samo neznatno više od jedne trećine nekretnina u BiH. Iz ovoga je moguće izvući zaključak o tome da žene imaju ograničen pristup nekretninama kao važnom ekonomskom resursu. A to istovremeno znači i općenito slabiji ekonomski položaj, ako se uzme u obzir činjenica da su nekretnine važan kolektoral za osiguranje kredita. Ovim skupnim brojem su nužno obuhvaćena i lica u braku i u vanbračnoj zajednici. Prema godinama, radnoj sposobnosti i angažmanu, osnivanje obitelji je u pravilu praćeno i stjecanjem stana i drugih nekretnina, tako

1 <http://www.popis.gov.ba/popis2013/knjige.php?id=0> (pristup 13.12.2017).

2 <http://privrednastampa.ba/projekt-registracije-nekretnina/> (pristup 8.12.2017).

da se može osnovano pretpostaviti da je veliki broj vlasnika nekretnina u bračnoj ili vanbračnoj zajednici

Prema podacima zemljišno-knjižnog ureda Bugojno, koji je nadležan za općine Bugojno, Gornji Vakuf, Uskoplje i Donji Vakuf, slika rodne strukture upisanih vlasnika izgleda ovako:

Udio učešće žena	Muškarci	Žene	Procentualno
1/1	5288	2088	39,48%
1/2	2218	1332	60,05%
1/3	852	488	57,27%
1/4	1005	670	66,66%
1/5	445	366	82,24%

Morala bi biti provedena sveobuhvatna sociološka istraživanja koja bi imala za cilj utvrditi razloge takve situacije. Dio tih istraživanja bi trebala biti i istraživanja pravnog okvira: da li on, uprkos činjenici da je proklamirana zabrana svake diskriminacije na rodnoj osnovi, ipak generira situaciju u kojoj je mali broj registriranih žena vlasnika. Ovaj rad će za predmet upravo imati ovo pitanje. U radu će biti analizirani relevantni propisi porodičnog, stvarnog, nasljednog i zemljišno-knjižnog prava. Pri tome se ovaj rad neće baviti općenitom analizom normi porodičnog, stvarnog i nasljednog prava, već će ovi propisi biti sagledani samo u kontekstu pitanja da li imaju potencijal da uskrate ili ograniče ženama pristup nekretninama.

II. Kratki pregled evolucije imovinsko-pravnih odnosa bračnih partnera

Nakon završetka Drugog svjetskog rata, prvi Ustav bivše socijalističke Jugoslavije (iz 1946.) je napravio rez sa starim društvenim poretom i pravnim sistemom garantirajući jednak tretman muškaraca i žena, te razdvajanje religije i države. Primjena religijskih pravila ili zakona, koja su značila diskriminaciju između muškaraca i žena, muških i ženskih nasljednika, djece rođene u braku i u vanbračnoj zajednici, bračne i vanbračne zajednice, itd., a koja su se primjenjivala ili imala veliki utjecaj na porodične i nasljedno pravne odnose do Drugog svjetskog rata, nije bila moguća poslije Ustava iz 1946. godine. Opća ravnopravnost muškaraca i žena proklamirana Ustavom FNRJ iz 1946. godine utjecala je na sva dalja zakonska rješenja u bivšoj SFRJ, a naročito na rješenja porodičnog i nasljednog prava.

Da bi se operacionalizirao ovaj ustavni koncept, već je u 1946. i 1947. donesena serija porodičnopravnih propisa, među kojima i Osnovni zakon o braku.³ Također je relativno brzo, u ranoj fazi razvitka socijalističkog sistema, završena i kodifikacija nasljednog prava u bivšoj Jugoslaviji 1955. godine, koja je uspostavila jednakost muških i ženskih nasljednika, muža i žene i u određenoj mjeri i vanbračnih potomaka.

³ Osnovni zakon o braku, Službeni list FNRJ 29/46.

Član 4. Osnovnog zakona o braku iz 1946. je utvrdio da su muž i žena jednaki u braku. Ovaj zakon je dao bivšim socijalističkim republikama nadležnost da reguliraju imovinsko-pravni režim u braku. Zakon o vlasničkim odnosima između supružnika SR BiH je bio usvojen 1950. godine⁴ i uspostavio je kao osnovno pravilo da je imovina stečena radom u toku trajanja braka zajedničko vlasništvo supružnika. Udjeli u zajedničkoj imovini nisu bili određeni unaprijed, ali su bili određivi. Jedan supružnik je mogao raspolagati sa zajedničkim vlasništvom samo zajedno sa drugim partnerom ili uz međusobnu saglasnost. U osnovi je identično rješenje usvojeno i u kasnijem Porodičnom zakonu SR BiH. Osim toga je bivša socijalistička Jugoslavija, u poređenju sa mnogim evropskim zemljama, vrlo brzo regulirala i odnose u vanbračnoj zajednici približavajući položaj vanbračnih partera bračnim partnerima.

Iako vanbračna zajednica nije bila regulirana porodičnim zakonodavstvom donesenim odmah nakon II svjetskog rata, ipak je povodom pritiska velikog broja zahtjeva za priznanje određenih dejstava vanbračnoj zajednici (posebno u situacijama kada su bila povrijeđena najelementarnija prava vanbračnih drugova, i to naročito u sferi imovinskih prava koja su se temeljila na radu), uslijedila reakcija sudova. Sudska praksa je bila prva koja je prepoznala imovinske efekte vanbračne zajednice u bivšoj socijalističkoj Jugoslaviji u ranim pedesetim godinama prošlog stoljeća. Postoji dosta sudskih odluka, koje su počele sa priznanjem tužbe za neosnovano bogaćenje vanbračnog partnera koji je doprinio povećanju imovine registrirane na drugog partnera.⁵ Sudska praksa je evoluirala i tužbe su bile priznavane i u situaciji u kojoj bi se povećanjem zajedničke imovine smatralo kada je jedan partner (po pravilu žena) doprinio održavanju kuće, odgajanju djece, i sl.⁶ Od šezdesetih godina sudska praksa je priznala ne samo obligacionopravni već i stvarnopravni zahtjev jednog vanbračnog partnera prema drugom. Odlučujući faktor za ovakav stav je bila činjenica da je imovina stečena radom, a ne samo činjenicom zaključenja braka. Poslije priznanja stvarnopravnog učešća u imovini stečenoj za vrijeme trajanja vanbračne zajednice od strane sudske prakse, odredba istog sadržaja je inkorporirana u Porodični zakon Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine iz 1979. godine.⁷ Porodični zakon BiH iz 1979. je predstavljao odgovor na potrebu za inoviranjem porodičnog zakonodavstva, a uslijed nepreciznih rješenja i pravnih praznina u dotadašnjem zakonodavstvu. Prvenstveno je novo zakonodavstvo trebalo uskladiti sa društvenim promjenama koje su uzrokovale povećan broj, između ostalog, razvoda braka i vanbračnih zajednica, a s tim u vezi i razrješenja imovinskih odnosa bračnih, odnosno vanbračnih partnera. Iako tada nije izjednačen status vanbračnih zajednica za brakom, ipak su im priznata neka lično-imovinska i imovinska dejstva.⁸

4 Službeni list Narodne Republike Bosne i Hercegovine, 32/50.

5 Vodeći slučaj je bila Preporuka bivšeg Saveznog vrhovnog suda Jugoslavije od 04.03.1957. Za više detalja vidjeti: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978, Vol. III, br. 137 – 144.

6 Odluka Vrhovnog suda Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine, Gzz-15/71 od 22.07.1971.

7 Službeni list SR BiH br. 21/79, 44/89. Više o tome Traljić, N., Bubić, S. (2007) Bračno pravo, str. 142-144., Traljić, N., Bubić, S. (2001) Porodično pravo, str. 90-92.

8 Više kod: Traljić, N., Bubić, S. (2001) Porodično pravo, str. 32-34.

Pozitivno porodično zakonodavstvo je zadržalo (Porodični zakon FBiH⁹, Porodični zakon Republike Srpske¹⁰ i Porodični zakon BD BiH¹¹) već postojeći standard prema kojem su bračni partneri ravnopravni. Nema odredbi niti u jednom od tri porodična zakona koje bi dozvolile bilo kakav nejednak tretman ili diskriminaciju. Porodični život se temelji na nekoliko osnovnih principa, a jedan od njih je princip jednakosti bračnih partnera, te generalno članova porodice.¹²

Današnji Ustav Bosne i Hercegovine sadrži listu osnovnih ljudskih prava i sloboda čije uživanje treba biti garantirano svakom bez diskriminacije na osnovu spola, rase, boje kože, jezika, religijske pripadnosti, političkog ili drugog opredjeljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, povezanosti sa nacionalnom manjinom, imovine, rođenja ili drugog statusa (član II 4 Ustava BiH).

U BiH postoji razrađen javnopravni okvir za sprečavanje diskriminacije. Osim Ustava BiH diskriminaciju po osnovu roda zabranjuju Zakon o ravnopravnosti spolova (dalje ZRS BiH)¹³ i Zakon o zabrani diskriminacije (dalje: ZZD BiH).^{14,15} Posebno ZZD BiH propisuje i poseban kolektivni postupak zaštite osoba koje su bile žrtvom diskriminacije.¹⁶ Udruženja i druge organizacije, registrirane u skladu sa propisima relevantnim za udruživanje građana u Bosni i Hercegovini, a koja imaju legitiman interes da štite prava određenih grupa osoba, mogu podnijeti tužbu protiv osobe koja je povrijedila pravo na jednako postupanje većeg broja osoba koje pretežno pripadaju grupi čija prava tužitelj štiti.¹⁷ Osim toga ZZD BiH propisuje da, bez obzira na postupak u kome se traži zaštita, svako ko je bio diskriminiran, ima pravo na kompenzaciju u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima. Specifičnost posebnog postupka prema ZZD BiH jeste da mijenja teret dokazivanja, što znači da nije žrtva dužna dokazivati diskriminaciju, nego lice koje se tereti za istu je dužno dokazivati da diskriminacije nije bilo.¹⁸ Ovo pravno rješenje ima za cilj olakšati pristup pravdi svim žrtvama diskriminacije pa i ženama¹⁹.

9 Službene novine FBiH 35/05, 31/14.

10 Služben glasnik RS 54/02, 41/08, 63/14.

11 Službeni glasnik BD BiH 23/07.

12 Član 2 stav 2b) i član 30 stav 1 PZ FBiH, član 39 PZ RS, član 2 stav 2b) i član 29 stav 1 PZ BD BiH

13 Službeni glasnik BiH 16/03, 102/09, 32/10 (prečišćeni tekst).

14 Službeni glasnik BiH 59/09.

15 Za više informacija vidjeti: Bakšić Muftić, J., Grubešić, I., (2012) Country report on Gender Equality in Bosnia and Herzegovina, u: *Legal Perspective of Gender Equality in South East Europe*, SEELS, Skopje, str. 62-63.

16 Za više informacija vidjeti: Povlakić, M., Mezetović Međić, S. (2016) „Kolektivna zaštita (potrošača) prema pravu Evropske unije i pravu Bosne i Hercegovine“, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 14, Mostar, str. 256-257.

17 Član 17. ZZD.

18 F. Idžaković, (2015) *Mapa ženskih prava u Bosni i Hercegovini*, Fondacija CURE, Sarajevski otvoreni centar. Dostupno na: http://zenskamreza.ba/site/wp-content/uploads/2015/02/Mapa_Zenska-prava_Fedra_Final-za-stampu.pdf, str. 47. (posljednji pristup 23.03.2018.)

19 Više o tome E. Miftari, (2015) *Ravnopravnost spolova u opštinama/općinama i gradovima u Bosni i Hercegovini*, Fondacija CURE, Sarajevski otvoreni centar. Dostupno na: http://zenskamreza.ba/site/wp-content/uploads/2015/08/RAVNOPRAVNOST-SPOLOVA-U-OPSTINAMA_bhs.pdf (posljednji pristup 23.03.2018.)

Uprkos adekvatnim ustavnim i zakonskim rješenjima i identificiranim subjektima zaštite, praksa još uvijek izgleda drugačije, kako su pokazali i podaci dati u Uvodu rada.

Prema informacijama dostupnim na web stranici Ustavnog suda Bosne i Hercegovine postoji samo šest slučajeva gdje je Sud utvrdio postojanje diskriminacije u kontekstu povrede nekog temeljnog prava i slobode.²⁰ Ni u jednom od ovih šest slučajeva nije se radilo o pitanjima diskriminacije žena u odnosu na vlasništvo (na nekretninama). U tri od šest slučajeva apelant je bio muškarac. Samo u dva slučaja je ustanovljeno postojanje diskriminacije zasnovane na spolu. U jednom slučaju apelant je bio muškarac i ustanovljena je diskriminacija u vezi sa pristupom pravdi i pravičnim postupkom (član II.3.e. Ustava Bosne i Hercegovine i član 6.1. Konvencije o ljudskim pravima).²¹ U drugom slučaju apelant je bila žena i apelacija je podnesena zbog diskriminacije u vezi sa pravom na rad.²² Nema također podataka da su vođeni brojni kolektivni sporovi zbog povrede načela zabrane diskriminacije.²³

III. Imovinsko-pravni odnosi u braku i vanbračnoj zajednici prema porodičnom zakonodavstvu u BiH

III.1. Bračni imovinsko-pravni režim

U odnosu na reguliranje imovinskih odnosa u bračnoj i vanbračnoj zajednici kakvo je bilo u Porodičnom zakonu SR BiH, novo porodično zakonodavstvo u BiH je donijelo određene promjene.

Imovina bračnih partnera može biti zajednička i posebna.²⁴ Imovina koju je bračni partner stekao radom prije zaključenja braka je njegova/njena posebna imovina. Ono što su partneri stekli prije braka predstavlja njihovu posebnu imovinu kao i sve ono što su stekli u braku, a ne ulazi u sastav zajedničke imovine, jer nije stečeno radom. Određenje bračne imovine je jedinstveno u entitetima i BD BiH²⁵,

20 AP-369/10 od 24.05.2013., AP-1093/07 od 25.09.2009., AP-534/06 od 05.06.2007., AP-98/03 od 27.10.2014., U-38/02 od 19.12.2003., U-64/01 from 06.09.2003.

21 AP-369/10.

22 AP-1093/07.

23 Do sada je okončan jedan kolektivni spor zbog povrede načela zabrane diskriminacije. Ovaj slučaj je pokrenut po kolektivnoj tužbi organizacije «Vaša prava» protiv Hercegovačko-neretvanskog kantona, te osnovnih škola iz Stoca i Čapljine, a kako bi se utvrdila diskriminacija. Vrhovni sud FBiH je potvrdio postojanje diskriminacije, te naložio poduzimanje odgovarajućih mjera kako bi se spriječila dalja diskriminacija. Ova presuda još uvijek nije implementirana. Drugi kolektivni spor zbog povrede načela zabrane diskriminacije je u toku, a radi se o diskriminaciji prilikom zapošljavanja građana srpske nacionalnosti u Livnu. Više o oba slučaja u: *Legal Protection against Discrimination in South East Europe – Regional Study* (2016) Center for South East European Law School Network (SEELS), dostupno na: <http://www.seelawschool.org/pdf/Book-Legal-Protection-Against-Discrimination-SEE.pdf>, str. 155-157. i 174.

24 Član 250 PZ FBiH, član. 269 PZ RS, član 227 PZ BD BiH.

25 Bračnu stečevinu čini prema sva tri zakona čini: imovina koju su bračni partneri stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice, kao i prihodi iz te imovine, pokloni trećih osoba učinjenih za vrijeme trajanja braka, bez obzira koji ih je bračni partner primio, osim ako iz namjene poklona ili okolnosti prilikom davanja poklona ne proizlazi drugačije, zatim dobitak od igara na sreću, te prihodi

ali ne i njen pravni režim. Niti jedan dio BiH nije slijedio uređenje koje je poznavalo dotadašnje porodično zakonodavstvo, prema kojem je bračni imovinski režim bio zajedničko vlasništvo, pri čemu su, shodno općem režimu zajedničkog vlasništva, udjeli bračnih partnera bili neodređeni, ali određivi.

Novi Porodični zakon FBiH iz 2005. kao i Porodični zakon Brčko Distrikta BiH su slijedili rješenja tada važećeg Obiteljskog zakona Republike Hrvatske²⁶ definirajući zajedničku imovinu bračnih partnera kao suvlasništvo, uz zakonsku pretpostavku da su suvlasnički udjeli jednaki. Navedena zakonska pretpostavka može biti otklonjena samo putem zaključenja predbračnog ili bračnog ugovora.²⁷ Ukoliko bi bračni partneri koji nisu zaključili bračni ugovor osporavali visinu udjela, sud bi nužno morao odbaciti tužbu jer je pretpostavka o jednakim udjelima neoboriva.²⁸

U Republici Srpskoj se imovina bračnih partnera smatra zajedničkim vlasništvom.²⁹ Uprkos tome što Porodični zakon Republike Srpske definiira bračni imovinski režim kao zajedničko vlasništvo, ipak su udjeli određeni (svaki partner je vlasnik jedne polovine).³⁰ Ovo je nedosljedno rješenje, jer eliminiira distinkciju u odnosu na suvlasništvo. Svaki bračni partner može zahtijevati da njegov/njen udio bude određen tako da iznosi više od jedne polovine ako dokaže da je njegov/njen doprinos bračnoj imovini bio veći³¹

Postavlja se pitanje koji od ova dva uređenja jeste bolji, odnosno koji štiti više bračne partnere – suvlasništvo sa jednakim udjelima ili specifično zajedničko vlasništvo? Autori ovog rada zastupaju stajalište da je rješenje zastupljeno u Republici Srpskoj primjerenije uvjetima života u BiH i protektivnije, jer omogućava da se izbjegne neoboriva zakonska pretpostavka, te da se odista utvrdi doprinos pojedinog partnera bračnoj stečevini bez nužnog uređenja tog pitanja bračnim ugovorom.

Ovdje postoje i drugačija mišljenja koja smatraju da je uvođenje zakonske presumpcije suvlasništva na jednake dijelove u bračnoj stečevini osnovano i opravdano, te da će doprinijeti povećanju stepena pravne sigurnosti i ravnopravnosti u imovinskim odnosima bračnih partnera. Osim toga, smatra da će se rasteretiti sudovi od podnošenja tužbi koje se odnose na bračnu stečevinu, te će se rad sudova svesti na odbacivanje takvih tužbi kao nedopuštenih, osim u dijelu koji se odnosi na utvrđivanje sastava bračne stečevine.³²

od intelektualnog vlasništva ostvareni za vrijeme trajanja bračne zajednice (član 251 PZ FBiH, član 270 PZ RS, član 228 PZ BD BiH).

26 Član 252 stav 1 PZ FBiH, član 229 stav 1 PZ BD BiH

27 Član 252 stav 2 PZ FBiH, član 229 stav 2 PZ BD BiH

28 Tako Mutapčić, Đ. (2013) Diskriminacija u porodičnopravnim odnosima u pravnim sistemima u Bosni i Hercegovini, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 11, Mostar, str. 352-353.

29 Član 270 PZ RS.

30 Član 272 stav 1 PZ RS.

31 Član 273 PZ RS.

32 Mutapčić, Đ., *op. cit.*, str. 352-353. Isto se mišljenje iznosi kada je u pitanju zakonski imovinski režim vanbračnih drugova. Vidjeti kod Demirović, R. (2013) Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu, *Zbornik radova – Naučni skup: Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog*, Mostar, str. 121.

Rješenje prema kojem je bračna stečevina u suvlasništvu supružnika na način da imaju jednake udjele može se smatrati u svakom slučaju praktičnijim rješenjem u poređenju sa rješenjem ranijeg porodičnog prava koje je predviđalo zajedničko vlasništvo sa neodređenim udjelima. Bilo je potrebno odrediti udjele u svakom slučaju podjele bračne stečevine, što je opterećivalo sudove, ali i same partnere dugim parničnim postupcima.³³ Često je pogotovo doprinos nezaposlene žene domaćice, uprkos njenom značajnom utjecaju na stjecanje imovine, bio potcijenjen i omalovažen. Potpuno se slažemo sa drugim razlogom, ali smatramo da rasterećenje sudova ne smije ići na uštrb vlasničkih prava bračnih partnera. Uostalom, ako su među supružnicima sporni udjeli u bračnoj zajednici, istovremeno će u pravilu postojati spor i o tome šta čini sastav bračne stečevine, te se sudski spor neće dati izbjeći.

Jedan od argumenata koji se iznosi u prilog jednakih suvlasničkih dijelova je i mogućnost samostalnog raspolaganja suvlasničkim dijelom.³⁴ Autori ovog rada, suprotno tome, smatraju da je samostalno raspolaganje suvlasničkim dijelom u jednoj blisko povezanoj zajednici vrlo opasno. U slučaju prodaje, samostalnost bi se mogla ograničiti pravom preče kupovine, što nije slučaj u cijeloj BiH (vidjeti niže). Čak i prodaja uz pravo preče kupovine može ostaviti drugog partnera nezaštićenim, jer u datom momentu ne mora biti u stanju da otkupi drugi suvlasnički dio. Ali pravo preče kupovine ne može riješiti situaciju opterećenja suvlasničkog dijela ili poklona. Raspolaganje suvlasničkim dijelom bez saglasnosti drugog bračnog partnera može ozbiljno ugroziti odnose u braku. Do toga svakako neće ni doći dok odnosi nisu temeljito poremećeni. Ipak, upravo u takvoj situaciji su moguća zlonamjerna opterećenja ili pokloni trećim licima. Kao primjer će se navesti zalaganje suvlasničkog dijela na nekretninama stečenim radom u toku trajanja bračne zajednice. Odredba člana 69. Zakona o izvršnom postupku FBiH / Zakona o izvršnom postupku RS omogućava da se u izvršnom postupku proda ne samo opterećeni suvlasnički dio već i cijela nekretnina.³⁵ Bračne partnere, pogotovo ako je jedan od njih u slabijem položaju, treba zaštititi od ovakvih postupaka, jer je suvlasništvo stečeno u braku još osjetljivije od suvlasništva stečenog po drugom osnovu.

Prema općim pravilima suvlasništva, svaki suvlasnik slobodno raspolaže svojim dijelom. U Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH svaki supružnik samostalno upravlja i raspolaže svojom posebnom imovinom, a imovinom u suvlasništvu zajedno sa ili uz saglasnost drugog supružnika prema općim pravilima stvarnog i obligacionog prava.³⁶ Ovo pravilo bi trebalo biti ponovo razmotreno. Naime, zajednica koja se uspostavlja u braku ima svoje specifičnosti u poređenju sa uobičajenim suvlasništvom. Veze između bračnih partnera su jače nego veze između ostalih suvlasnika, a ova vrsta suvlasništva ima i puno veći utjecaj na prava trećih lica (npr. djecu), pa bi ovdje trebalo predvidjeti posebna pravila za ovo posebno

33 Vidjeti i: Mutapčić, Đ., op. cit., str. 353.

34 Vidjeti kod Demirović, R. op. cit., str. 120 – 121.

35 Kritički o tome Powlakić, M. (2005) u: Komentar zakona o izvršnom postupku u Federaciji BiH i Republici Srpskoj, Sarajevo, komentar člana 69, Nr. 5 – 10., str. 262-267.

36 Član 253 PZ FBiH, član 271 stav 6 PZ RS, član 230 PZ BD BiH.

suvlasništvo. Bračni partneri bi trebali biti dodatno zaštićeni, isto kao i treća lica. U Republici Srpskoj supružnik ne može samostalno raspolagati svojim udjelom u zajedničkoj bračnoj imovini, niti je opteretiti pravnim radnjama *inter vivos*. Ovo je logična posljedica prirode zajedničkog vlasništva. Ovakvo rješenje bi također bilo adekvatnije za specifično suvlasništvo u bračnoj stečevini.

Rješenje prema kojem se u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH na bračnu stečevinu primjenjuju opća pravila suvlasništva bi trebalo biti revidirano. Ona nisu u potpunosti prilagođena specifičnoj prirodi zajednice bračnih partnera. Porodično pravo bi trebalo pružiti detaljnija rješenja o upravljanju bračnom stečevinom, te raspolaganju udjelom u ovom specifičnom suvlasništvu (obavezna saglasnost supružnika i za svako raspolaganje suvlasničkim dijelom), a zemljišne knjige bi trebale sadržavati podatke da se radi o suvlasništvu bračnih partnera. Kod zajedničkog vlasništva se ova pitanja ne postavljaju.

Pretpostavka o jednakim dijelovima može se promijeniti jedino zaključenjem bračnog ili predbračnog ugovora koji moraju biti zaključeni u formi notarski obrađene isprave.³⁷ Ovdje se javlja nekoliko problema. Prije svega ničim se ne dovodi u pitanje obaveze stroge forme koja je uvjet valjanosti ovog ugovora, jer samo najstrožija forma je primjerena ugovoru koji ima tako dalekosežne posljedice ne samo na odnose bračnih partnera već i na odnose u cijeloj porodici. Međutim, zakonsko rješenje je u Federaciji BiH stupilo na snagu 2005. godine, a tek su se dvije godine kasnije stekle pretpostavke za zaključenje bračnog ugovora, jer su notari tek 2007. započeli sa obavljanjem službe. U navedene dvije godine niko nije mogao zaključiti bračni ili predbračni ugovor, ni partneri koji su tek nakon toga zaključili brak, kao ni oni koji su u brak stupili prije stupanja na snagu novog zakona, i koje u pogledu stjecanja koja se dese nakon stupanja na snagu PZ FBiH nije više štitila odredba o utvrđivanju visine doprinosa u bračnoj stečevini. Zakonodavac je propustio formulirati adekvatne prelazne i završne odredbe. U slučaju nejednakih doprinosa, strana čiji je doprinos manji ne mora pristati na naknadno zaključenje bračnog ugovora.

Ugovor kojim bračni partneri reguliraju svoje odnose može biti zaključen prije braka kao predbračni ugovor koji ima pravno dejstvo nakon zaključenja braka, ali i kao bračni ugovor koji se zaključuje u toku trajanja bračne zajednice. Normirajući mogućnost ugovornog uređenja imovinskih odnosa između bračnih partnera i odstupanje od zakonskog režima, BiH se pridružila čitavom nizu zemalja koje poznaju ovu mogućnost, i to posebno nizu bivših socijalističkih zemalja koje su, uvažavajući više slobodu bračnih partnera i načelo dispozicije, „otkrile“ ovu mogućnost.³⁸

Veoma je upitno da li je postojanje samo ove jedne mogućnosti kojom bi se oborila zakonska pretpostavka o stjecanju po jedne polovine, stvarna mogućnost za uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova koje bi odgovaralo pojedinom konkretnom slučaju. Broj zaključenih bračnih ugovora je u porastu, ali je ipak

37 Član 252 stav 2 PZ FBiH, član 271 stav 3, član 229 stav 2 PZ BD BiH.

38 Više o tome Bubić, S. Ugovorni bračni imovinski režim u pravu EU i uporednom pravu, *Evropsko zakonodavstvo*, 2008, God. VII, br. 25-26, str. 98.

relativno mali, pogotovo kada se uporedi sa ukupnim brojem notarski obrađenih isprava i ukupnim brojem zaključenih brakova.³⁹ U 2016. godini je u Federaciji BiH manje od 2% bračnih partnera zaključilo ovaj ugovor. Veoma su različiti razlozi zbog kojih će potpuno akceptiranje instituta bračnog ugovora biti jedan dugotrajan proces. Prije svega, ne postoji tradicija na prostoru BiH za ugovornim uređivanjem imovinskih i drugih odnosa u braku. Osim toga, stanovništvo slabijeg imovinskog stanja ovu mogućnost neće koristiti već zbog troškova koji su sa tim povezani.⁴⁰ U momentu zaključenja braka nije moguće predvidjeti kakav će biti razvoj u pogledu stjecanja imovine u braku itd.⁴¹ Na osnovu ovoga se zaključuje da bračni ugovor nije trenutno u BiH dovoljna opcija da otkloni zakonsku pretpostavku o jednakim udjelima u bračnoj stečevini. Bračni partner čiji je doprinos veći ovim može biti oštećen, a u određenim slučajevima to može biti žena kao bračni partner (npr. ukoliko suprug, u situaciji kada je njen doprinos veći, odbija da zaključi ovaj ugovor). U Federaciji BiH i Republici Srpskoj se zahtijeva obavezna forma notarski obrađene isprave (forma *ad solemnitatem*) kao preduslov valjanosti (pred)bračnog ugovora.⁴² Notar, kao neutralna treća strana, savjetuje oba partnera sa ciljem pronalaska rješenja koja će podjednako štiti obje strane. U Brčko Distriktu BiH postoji alternativna forma – notarski obrađena isprava ili učešće drugog javnog organa. Ova odredba nije precizna – nadležno tijelo nije određeno, niti je utvrđena procedura za zaključene bračnog ugovora. Ipak, ako su nekretnine u pitanju, obavezna je forma notarski obrađene isprave. Kako u pogledu forme ovog pravnog posla tako i u pogledu obaveza notara u postupku notarske obrade ovog posla, rješenja u BiH su u skladu sa *Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses*.⁴³ Isprava koju sačini notar o pravnom poslu predstavlja javnu ispravu sa svim prednostima koju javna isprava ima u pogledu vjerodostojnosti i tačnosti.

U Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH u slučaju prodaje suvlasničkog udjela od strane jednog bračnog partnera, drugi partner ima pravo preče kupovine, ali ovo samo u slučaju ako je predmet suvlasništva nekretnina.⁴⁴ Samo ZSP FBiH detaljno

39 Prema podacima Notarske komore Federacije BiH u Federaciji i Brčko Distriktu BiH je u periodu od 2008. do 2016. godine zaključeno ukupno 1.132.277 notarskih obrađenih isprava, a pored toga samo 877 bračnih ugovora. Ipak broj ovih ugovora je u porastu. Dok u 2008. godini nije bio zaključen niti jedan ugovor, kasnije je taj broj rastao: 63 (2009), 65 (2010), 47 (2011), 67 (2012), 76 (2013), 182 (2014), 171 (2015) i 206 (2017). Istovremeno je prema podacima Federalnog zavoda za statistiku 2016. g. zaključeno 12790 brakova.

40 U praksi zemljišno-knjižnih ureda se pokazalo da čak dvostruka taksa koja se plaća za uknjižbu bračnih partnera kao suvlasnika djeluje demotivirajuće, pa se upisuje samo jedan. Radi se o niskim iznosima (ca. 25 KM), dok iznosi notarske obrade mogu biti znatno veći.

41 O daljim razlozima za neprihvatanje ovog ugovora vidjeti kod Softić Kadenić, D. (2013) Bračni ugovor i ugovor o nasljeđivanju u pravu Federacije Bosne i Hercegovine kao instrumenti jačanja pravnog položaja nadživjelog bračnog partnera, *Zbornik radova, Naučni skup razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog*, Mostar, str. 137 – 138.

42 Član 259 PZ FBiH, član 271 stav 5 PZ RS.

43 Vidjeti Princip 4:11 i 4:13. *Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses*: http://intersentia.com/en/pdf/viewer/item/id/9781780681528_0/ (pristup 20.03.2018.)

44 Član. 27. Zakona o stvarnim pravima FBiH (dalje u tekstu: ZSP FBiH), Službene novine FBiH 66/13, 100/13; član 55. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH (dalje u tekstu: ZSP BD BiH), Službeni glasnik 11/01, 8/03, 40/04, 19/07.

regulira proceduru ostvarenja prava preče kupovine suvlasnika koja podrazumijeva snažno učešće notara. U Republici Srpskoj ne postoji pravo preče kupovine. Ova mjera inače može zaštititi supružnike, te bi trebala biti predviđena i u Republici Srpskoj. Također, pravo preče kupovine se u Federaciji BiH ne bi trebalo ograničavati samo na nekretnine. Sva tri zakona o stvarnim pravima bi trebala predviđati pravo preče kupovine supružnika barem za nepokretne stvari koje ulaze u bračnu stečevinu kao i postupak ostvarenja ovog prava (trenutno samo ZSP FBiH sadrži ova pravila).

III.2. Momenat stjecanja suvlasništva / zajedničkog vlasništva na nekretninama koje ulaze u bračnu stečevinu

Stvarnopravni propisi u BiH predviđaju da je upis u zemljišne knjige obavezni preduvjet za stjecanje vlasništva i drugih stvarnih prava, ali samo kada je pravo stečeno temeljem pravnog posla. Upis u zemljišne knjige ima konstitutivno dejstvo samo kod derivatnog stjecanja stvarnih prava na nekretninama.⁴⁵ U oba entiteta (Federacija i RS) ovo rješenje predstavlja radikalnu promjenu u odnosu na entitetske propise o zemljišnim knjigama iz 2003. godine,⁴⁶ koji su predviđali konstitutivno dejstvo upisa kod svakog osnova stjecanja stvarnih prava (pravni posao, zakon ili sudska odluka).⁴⁷ Samo je u slučaju stjecanja prava temeljem nasljeđivanja uknjižba imala deklaratorno dejstvo. Ova odredba je bila više restriktivna za supružnika koji nije bio registriran. On/ona je imao pravo tražiti uknjižbu, ali se suvlasništvo sticalo tek momentom upisa. Pravo neregistriranog partnera je ovim bilo reducirano na obligacionopravni zahtjev.⁴⁸

Ova odredba je promijenjena usvajanjem novih entitetskih stvarnopravnih propisa. Danas, isto kao i prije 2003. godine, bračni partneri stiču suvlasničke udjele u bračnoj stečevini ili zajedničke udjele temeljem zakona i bez upisa u zemljišnu knjigu. Stjecanje suvlasničkog / zajedničkog udjela je vezano za ispunjenje zakonom propisanih činjenica (stjecanje u toku bračne zajednice, stjecanje radom), nastupa *ex lege*, a upis u zemljišnu knjigu ima samo deklaratorno dejstvo. Partner koji nije upisan je i dalje suvlasnik, odnosno zajedničar u pravu. Ova odredba osigurava jaču pravnu poziciju neupisanog partnera, jer mu na raspolaganju stoje vlasničke tužbe bez obzira da li je upisan u zemljišnu knjigu ili ne.

Naravno, činjenica upisa je od krucijalnog značaja kada su u pitanju odnosi sa trećim savjesnim licima. Neuknjiženi suvlasnici mogu biti zaštićeni kao vlasnici i bez upisa, ali ne protiv treće savjesne osobe. Kako je u uvodu rada navedeno, veliki broj žena bračnih partnera uopće nije upisan kao suvlasnik. Iako je neregistrirani partner i dalje suvlasnik odnosno zajedničar u pravu, njegova pozicija je rizična. Stvarnopravni propisi, kao i propisi koji reguliraju upis nekretnina predviđaju snažniji

45 Član 53. stav 1. ZSP FBiH, član 53. stav 1. ZSP RS, član 33 – 35. ZSP BD BiH.

46 Zakon o zemljišnim knjigama FBiH (dalje u tekstu: ZZK FBiH), Službene novine FBiH 58/02, 19/03, 54/04, Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske (ZZK RS), Službeni glasnik RS 74/02, 67/03, 46/04, 109/05, 119/08.

47 Član 5 ZZK FBiH, član 5 ZZK RS.

48 Više o tome Povlakić, M. (2009) *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, str. 144 i dalje.

efekat načela savjesnosti i poštenja.⁴⁹ Ako treća savjesna osoba stekne vlasništvo ili drugo ograničeno stvarno pravo temeljem zaključenja ugovora sa registriranim vlasnikom, ta osoba je zaštićena načelom povjerenja u zemljišnu knjigu.

Neupisani suvlasnik/zajedničar ima samo mogućnost tužbe (novčani zahtjev) prema prenosiocu prava, odnosno upisanom bračnom partneru. U Federaciji BiH nije moguće zahtijevati brisanje upisanog prava treće savjesne osobe.⁵⁰ U Republici Srpskoj i Brčko Distriktu BiH je dozvoljena brisovna tužba i protiv trećeg savjesnog lica, ali unutar ograničenog vremenskog perioda.⁵¹ Kako je u BiH u velikom broju slučajeva upisan samo jedan partner i to u pravilu suprug, u sudskoj praksi je vođeno mnogo sporova zbog neovlaštenog otuđenja ili opterećenja cijele nekretnine koja predstavlja bračnu stečevinu. Praksa redovnih sudova kao i praksa Ustavnog suda BiH u postupcima povodom apelacija je, nakon izvjesnog vremena nesnalaženja, profilirala stav kojom prednost daje načelu povjerenja⁵² i trećem savjesnom licu.⁵³ Ipak, obrazloženje svake odluke ne zaslužuje pozitivnu ocjenu. Nužno je primijeniti načelo povjerenja kao takvo i kakvo je regulirano u pozitivnim propisima, a ne tražiti kompromis polazeći od toga da zakon pretpostavlja da je neuknjiženi bračni partner dao prećutnu saglasnost svome partneru koji je raspolagao cijelom nekretninom koja predstavlja bračnu stečevinu.⁵⁴ Ovakvo obrazloženje priznaje načelo povjerenja i štiti savjesnu treću osobu, ali je diskriminirajuće prema neupisanom bračnom partneru. Ukoliko bi on tužio svoga partnera zbog neovlaštenog raspolaganja i prema njemu postavio obligaciono-pravni zahtjev za isplatu polovine cijene i/ili za naknadu štete, sud bi ga morao odbiti, jer je u prethodnom postupku utvrđeno da je dao prećutnu saglasnost.

Načelo povjerenja štiti pravnu sigurnost i ima prednost pred zaštitom neuknjiženog bračnog partnera koji je, možda, i ispoljio određeni nemar jer nije zaštitio svoje pravo i tražio ispravku zemljišne knjige. Ovakav rezultat može voditi diskriminaciji, ali ga i autori ovog rada podržavaju; opći interes nosi prevagu nad pojedinačnim. Ovdje je jedina mogućnost djelovati preventivno i to je zadaća notara. Sporovi u kojima se postavlja pitanje zaštite neregistriranog bračnog partnera, a koji su vođeni pred Vrhovnim sudom FBiH i Ustavnim sudom BiH, su se odnosili na pravne poslove zaključene prije nego je notarska služba uvedena u bosanskohercegovački pravni sistem (2007. godina).

49 Član 9 ZZK FBiH, član 55 i 56 ZSP FBiH, član 55 i 56 ZSP RS, član 35 stav 2 ZSP BD BiH.

50 Član 56 Stav 3 ZSP FBiH.

51 Član 56 stav 3 ZSP RS, član 128 stav 2 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima BD BiH.

52 Više o dejstvu načela povjerenja Powlakić, M., Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH, 1/2014, *NPR*, str. 41-50.; Powlakić, M., Mezetović Međić, S. (2017) Die neue Rolle des Grundbuchs in dem Transformationsprozess in Bosnien und Herzegowina, u: Milisavljević, B., Jevremović, T., Živković, M. (ur.), *Law and Transition*, str. 371; Dragičević, F. (2017) Raspolaganje bračnom stečevinom i zaštita povjerenja u zemljišne knjige u praksi Ustavnog suda BiH, *NPR* 2/2017, str. 9.

53 O najnovijoj praksi sudova i naročito Ustavnog suda BiH u vezi sa bračnom stečevinom vidjeti kod Powlakić, M., Mezetović Međić, S., Die neue Rolle des Grundbuchs in dem Transformationsprozess in Bosnien und Herzegowina, str. 371. i dalje; Dragičević, F., op. cit., str. 13 i dalje.

54 Kritički prema ovom argumentu vidjeti kod Powlakić, M., Mezetović Međić, S., Die neue Rolle des Grundbuchs in dem Transformationsprozess in Bosnien und Herzegowina., str. 377.

Obavezno učešće notara u pravnim transakcijama sa nekretninama može imati veliki utjecaj na sprječavanje diskriminacije u odnosu na žene. Odredba o obaveznoj notarskoj obradi za određene vrste pravnih poslova, naročito u oblasti nekretnina, cilja na postizanje optimalne zaštite obje strane, višeg stepena tačnosti javnih registara,⁵⁵ te ostvarivanje pravne sigurnosti.⁵⁶ Notari mogu u procesu notarske obrade pravnih poslova, koja uključuje i obavezu zaštite slabije stranke, do određenog stepena poboljšati nivo zaštite žena ako su slabija stranka. U postupku notarske obrade notar postupa kao nezavisno treće lice sa zadatkom da jednako štiti interese obje stranke.⁵⁷

Zadaća je notara da kod otuđenja određene nekretnine provjeri da li je stjecatelj u braku i da li je predmetna nekretnina stečena za vrijeme trajanja braka, te da li predstavlja bračnu stečevinu. Ako je odgovor potvrđan, za validnost prenosa prava vlasništva nužna je saglasnost drugog partnera iako on nije registriran kao suvlasnik (u pravilu žene nisu upisane kao vlasnici nekretnina koje pripadaju bračnoj stečevini).

Kada obrađuje ugovor koji za predmet ima nekretninu (npr. kupoprodajni ugovor), notar savjetuje stranke da je nužno izvršiti uvid u zemljišne knjige, te ispitati da li je nekretnina, koja je registrirana kao individualno vlasništvo, stečena u braku (ili vanbračnoj zajednici). Notar bi također trebao upozoriti kupca na eventualne rizike ako je nekretninom neovlašteno raspolagao samo jedan partner. Na ovaj način notar doprinosi zaštiti neregistriranih suvlasnika/zajedničara, trećih osoba, te generalno doprinosi sigurnosti pravnog prometa. Notar će insistirati, ako je potrebno, da neregistrirani supružnik bude uključen u pravni posao tako što će se tražiti njegova saglasnost. Ovo minimizira nezakonito raspolaganje od strane upisanog bračnog partnera.

Supružnici kao suvlasnici/zajedničari (upisani ili neupisani) imaju pravo preče kupovine (u Republici Srpskoj nemaju). Učešće notara u postupku ostvarivanja prava preče kupovine garantira da će titular prava biti zaštićen (v. III.1.). Notar također upućuje kupca da će vlasništvo biti stečeno tek upisom u zemljišne knjige, što predstavlja motivaciju za perfekuiranje upisa i aktueliziranje zemljišne knjige.⁵⁸

55 Vidjeti: Ch. Schalast u: Poveljak/Schalast/Softić, Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, Sarajevo (2009), str. 4. Više o funkcionalnoj međupovezanosti notara i javnih registara kod: Ernst/Josipović (2009) Javni bilježnici i javni registri, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 59 (6), str. 1117-1152.

56 Prema 4:11 Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses takođe je potrebno učešće notara ili neke druge uporedive pravne profesije u formuliranju odredaba ovog ugovora. Vidjeti: http://intersentia.com/en/pdf/viewer/item/id/9781780681528_0/ (posljednji pristup 20.03.2018.)

57 Ako osoba koja formulira i sačini ugovor nije osoba od povjerenja za obje stranke, postavlja se pitanje ostvarivanja balansa između individualnog interesa i pravičnog ugovora. Vidjeti: R. Welsler (2009). Die kautelarjuristische Tätigkeit in Zivilrecht, NZ 12/2009, str. 357.

58 U 2008. godini, tj. prvoj godini nakon što je notarska služba uvedena u pravni sistem Bosne i Hercegovine, broj zahtjeva za upis prava je u Federaciji porastao za 92% u odnosu na 2006. godinu. Vidjeti Izvještaj o realizaciji Projekta Svjetske banke za zemljišno-knjižnu administraciju u Federalnom ministarstvu pravde – Izvještaj o provedbi projekta za četvrto tromjesečje 2010. godine, str. 24. Dostupno na: www.fmp.gov.ba/useruploads/files/zemljisna/izvjestaji/2010/q4_2010_fbih_izvjestaj.pdf. (posljednji pristup 23.03.2018.)

III.3. Upis suvlasništva/zajedničkog vlasništva na nekretninama koje spadaju u bračnu stečevinu

ZZK FBiH, Zakon o premjeru i katastru nekretnina RS,⁵⁹ te Zakon o registraciji zemljišta i prava na zemljištu BD BiH,⁶⁰ koji reguliraju registraciju nekretnina, reguliraju i pitanje upisa suvlasništva i zajedničkog vlasništva općenito, pa tako i suvlasništva i zajedničkog vlasništva na nekretninama koje čine bračnu stečevinu.⁶¹ Sam upis suvlasništva ili zajedničkog vlasništva ne čini vidljivim podatak da se radi o bračnoj stečevini ili stečevini vanbračnih partnera. Važeći propisi u BiH trenutno ne zahtijevaju upis posebne napomene (npr. zabilježbe) da se radi o bračnoj stečevini. Uvid u zbirku isprava bi u nizu slučajeva omogućio zaključak o tome, međutim iz niza razloga bi bilo dobro da iz samog teksta uknjižbe u javnom registru nekretnina bez daljeg ispitivanja bude moguće izvesti navedeni zaključak. Veliku pomoć ovdje bi predstavljala obaveza da se u zemljišnoj knjizi navodi i pravni osnov upisa. Ova je obaveza izričito propisana samo u FBiH,⁶² ali se u praksi nekih zemljišno-knjižnih ureda neopravdano zanemaruje. U Brčko Distriktu BiH o postojanju ove obaveze je moguće zaključiti iz odredbe prema kojoj je upis moguć samo na osnovu isprave koja sadrži pravni osnov upisa,⁶³ dok se u Republici Srpskoj takav zaključak izvodi iz odredbe prema kojoj sadržaj svakog upisa u katastar nepokretnosti mora biti potpuno određen, između ostalog, u pogledu isprava na osnovu kojih je upis izvršen,⁶⁴ vrsta i naziv isprave će dati podatak i o osnovu upisa. Upis pravnog osnova je veoma važan, jer je iz njega u određenim slučajevima moguće zaključiti da li se radi o bračnoj stečevini ili ne (npr. jedno lice je steklo suvlasništvo na osnovu ostavinskog rješenja). Ovo bi olakšalo posao notarima kod provjere statusa nekretnine i rasteretilo javne registre nekretnina od nepotrebnih provjera u zbirka isprava.

Ukoliko je u zemljišnu knjigu upisan samo jedan bračni partner, drugi partner ima pravo zahtijevati upis svog dijela. Prethodno je rečeno da stjecanje udjela nastupa *ex lege*. U Federaciji BiH i u Brčko Distriktu je ispravno predviđeno da neupisani partner ima pravo zahtijevati ispravku upisa u zemljišnim knjigama.⁶⁵ Naime, zemljišne knjige nisu tačne iz razloga što je samo jedan partner upisan kao vlasnik unatoč činjenici da određena nekretnina predstavlja suvlasništvo po samom zakonu. Međutim, uprkos tome što se radi samo o ispravci upisa, za takvu intervenciju u zemljišnoj knjizi je potrebna saglasnost upisanog bračnog partnera. U Federaciji BiH zakon izričito propisuje da se taj upis vrši prema odredbama ZZK FBiH.⁶⁶ To znači da bi onaj partner koji je upisan morao dati svoju saglasnost.⁶⁷ U RS i BD

59 Službeni glasnik RS 6/2012.

60 Službeni glasnik BD BiH 11/01, 14/03, 19/07, 31/13.

61 Član 19. stav 3. ZZK FBiH, član 93. stav 3. Zakona o premjeru i katastru nekretnina RS, član 32 ZZK BD BiH.

62 Član 19. ZZK FBiH.

63 Član 43 stav 2 ZZK BD BiH.

64 Član 60 Zakona o premjeru i katastru nekretnina RS.

65 Član 229 stav 3 PZ BD BiH.

66 Član 252 stav 3 PZ FBiH.

67 Član 41 ZZK FBiH.

BiH ne postoji takvo izričito pravilo, nego ili brisano.⁶⁸ To znači da nema upisa bez saglasnosti već registriranog supružnika, nego je jedina alternativa tužba. Za neupisanog bračnog partnera je put tužbe isključen sve dok želi ostati u braku, budući da bi podnošenje tužbe protiv drugog partnera moglo dovesti do trajnog poremećaja odnosa u braku, što je brakorazvodni uzrok. Ovo rješenje bi trebalo biti ispravljeno, jer je potencijalno diskriminatorno. Diskriminacija je usmjerena na neregistriranog partnera, a većina neupisanih partnera su žene. Neupisani partneri bi trebali imati na raspolaganju jednostavniji proces upisa. Trebalo bi biti usvojeno novo rješenje koje bi omogućilo da uz dokaz o bračnom statusu i dokaz o vremenu stjecanja neupisani partner može tražiti upis bez saglasnosti drugog supružnika, te pri tome treba imati u vidu činjenicu da zakoni koji reguliraju porodično pravo u Federaciji BiH i Brčko distriktu BiH polaze od toga da se ovdje radi samo o ispravci upisa.

Rješenje bi se moglo tražiti i u propisivanju pretpostavke da je sve što je stečeno u toku trajanja bračne zajednice bračna stečevina, osim ako je zaključen (pred)bračni ugovor, sporazum o podjeli bračne stečevine ili je donesena sudska odluka o pravima bračnih partnera po pitanju nekretnina.⁶⁹ Iz toga bi slijedilo pravilo da se smatra da je upis izvršen za oba partnera iako je u suštini samo jedan upisan. Ovo pravilo koje štiti neupisanog partnera koji je u pravilu slabija strana ne smije ići na uštrb načela povjerenja u zemljišne knjige i štiti samo partnere u internom odnosu, ali i pooštava dužnosti notara u ispitivanju pravnog statusa nekretnine i poučavanja stjecatelja nekretnine.

III.4. Vanbračna zajednica

Porodični zakoni u Bosni i Hercegovini nisu u potpunosti izjednačili položaj vanbračne zajednice sa brakom. Ova zajednica je regulirana porodičnim pravom, te su joj priznate određene pravne posljedice. Vanbračna zajednica je jednaka braku po pitanju vlasničkih odnosa između partnera i njihovog međusobnog izdržavanja. Međutim, ovo je izričito regulirano u Republici Srpskoj i Brčko Distriktu BiH, ali ne i u Federaciji BiH. Ovo rješenje je postojalo od 1979. u Porodičnom zakonu Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine, te je nejasno zašto je izostavljeno u novom PZ FBiH. Vanbračni partneri imaju ista prava i obaveze kao supružnici kada su u pitanju njihovi imovinski odnosi i pravo na izdržavanje. Imovina stečena radom za vrijeme trajanja vanbračne zajednice se tretira na isti način kao bračna stečevina (FBiH i Brčko Distrikt BiH: suvlasništvo; Republika Srpska: zajedničko vlasništvo). Odredbe koje reguliraju bračnu stečevinu se na odgovarajući način primjenjuju i na imovinu stečenu u vanbračnoj zajednici.⁷⁰

Svaka zajednica života muškarca i žene se neće smatrati vanbračnom zajednicom. Prvo, vanbračna zajednica je trajnija zajednica života muškarca

68 Član 40 ZZZK BD BiH, član 100 i 102 Zakona o premjeru i katastru RS, član 41 ZZZK FBiH.

69 Ovakvo rješenje predviđaju Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses (Princip 4:35) prema kojem je bračna stečevina sve što nije posebna imovina bračnih partnera.

70 Član 263 stav 2 PZ FBiH, član 284 stav 2 PZ RS, član 240 PZ BD BiH.

i žene između kojih nema smetnji bračnosti. U Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH potrebno je da je ova zajednica trajala tri godine ili kraće ukoliko je rođeno zajedničko dijete.⁷¹ Ovaj preduvjet nije propisan u Republici Srpskoj – tri godine zajednice života se zahtijevaju za zasnivanje obaveze izdržavanja bez obzira da li je rođeno zajedničko dijete ili ne.⁷² Pravo na porodicu i na brak, garantirano Ustavom BiH, obuhvata i pravo zaključiti brak, ali i pravo ne zaključiti, te razvesti brak. Ova temeljna ustavna prava i slobode bi trebali voditi do punog izjednačavanja bračnih i vanbračnih zajednica. Prije svega ne bi trebala biti odlučna dužina trajanja zajednice života, već kvalitet odnosno namjera stranaka da žive u zajednici sa svojim partnerom. Ukoliko se imovinsko pravne posljedice vežu za vremenske uvjete, moglo bi se desiti da određeni vanbračni partner kalkulira i takve zajednice višekratno prekida „na vrijeme“ kako ne bi dobile kvalitet vanbračne zajednice, čime ne bi došlo ni do stjecanja suvlasničkog udjela u imovini stečenoj u toku trajanja vanbračne zajednice. Ali neovisno o namjeri partnera, moguće je zamisliti situaciju da jedan od vanbračnih partnera umre neposredno prije proteka propisanog roka. Nadživjeli vanbračni partner bi gubio prava po osnovu vanbračne zajednice u tom slučaju.

Postojeća regulativa o vanbračnim zajednicama sadržana u porodičnim zakonima u BiH bi trebala biti zamijenjena sa izričitim potpunim izjednačavanjem bračnih i vanbračnih zajednica; naročito bi trebao biti ukinut zahtjev u pogledu vremenskog trajanja jer je potencijalno diskriminatoran. Volja i namjera stranaka da žive zajedno u vanbračnoj zajednici bi trebala prevagnuti u odnosu na formalni uvjet vremenskog trajanja.

U pogledu upisa suvlasništva stečenog u vanbračnoj zajednici, vrijede ista pravila kao i kod bračne zajednice, a time i isti problemi. Bez saglasnosti uknjiženog partnera upis drugog partnera ne bi bio moguć. Neregistriranom partneru (a to su u većini slučajeva žene) bi trebao biti na raspolaganju jednostavniji proces registracije koji nije isključivo vezan za saglasnost uknjiženog partnera (vidi III.3).

Kada je u pitanju uknjižba vanbračnog partnera postoji jedan dodatni krupni nedostatak u zakonodavstvu BiH. Prethodna pretpostavka za efikasno ostvarivanje prava u vanbračnoj zajednici jeste „vidljivost“ vanbračne zajednice. „Definisanje načina na koji vanbračni partneri mogu dokazati postojanje vanbračne zajednice, odnosno dokazati svoj vanbračni status predstavlja preduvjet za realiziranje priznatih prava kao i onih koja bi im eventualno bila priznata u budućnosti.“⁷³ Vanbračni partneri su općenito konfrontirani sa problemom dokazivanja postojanja i vremena trajanja njihove zajednice. Kako bi se izbjegli navedeni problemi, koji konfrontiraju partnere sa skupim i dugim procesima, pri čemu je moguće zauzimanje različitih stavova sudova, u BiH bi trebalo predvidjeti rješenje za registraciju vanbračne

71 Član 3 PZ FBiH, član 5 stav 1 PZ BD BiH.

72 Član 248 PZ RS. Vremensko trajanje je drugačije određeno kod definiranja imovine stečene u vanbračnoj zajednici («duže vremena», član 284 PZ RS). Više kod: Demirović, R. op. cit., str. 116.

73 Demirović, R., op. cit., str. 129.

zajednice.⁷⁴ Bez takvog rješenja odredbe o stjecanju u vanbračnoj zajednici mogu imati potencijalno diskriminatorski efekat.

II.1.6. Bračni/vanbračni partneri koji imaju strano državljanstvo i rodna ravnopravnost u imovinsko-pravnim odnosima

Svi državljani BiH uživaju ista ljudska prava i temeljne slobode garantirane Ustavom BiH, te uživaju zaštitu tih prava širom BiH, pod jednakim uvjetima bez obzira na njihovo entitetsko državljanstvo. Naime, svi državljani oba entiteta su u isto vrijeme državljani BiH, dok promjena državljanstva entiteta nema nikakvog utjecaja na državljanstvo BiH.⁷⁵

Državljanstvo BiH se može steći 1) porijeklom, 2) rođenjem na teritoriji BiH, 3) usvajanjem, 4) naturalizacijom/prijemom, i 5) ispunjenje uvjeta predviđenih međunarodnim sporazumima.

Za stranog bračnog partnera postoji mogućnost stjecanja bosansko-hercegovačkog državljanstva putem naturalizacije. Član 10. predviđa uslove ispunjenjem kojih supružnik koji nije BiH državljanin može steći državljanstvo BiH. Garantira se olakšana procedura za prijem u državljanstvo, ali se i dalje radi o izuzetno striktnim uvjetima koji su liberalniji jedino u poređenju sa općim, još restriktivnijim uvjetima. Zakon ne sadrži ni jednu odredbu o različitom tretmanu stranih bračnih partnera s obzirom na njihov spol. Ipak u odnosu na opće restriktivne uvjete za stjecanje državljanstva, nisu predviđena bitnija olakšanja za bračnog partnera. Za vanbračnog partnera ne postoje nikakva olakšanja i vanbračni partner mora ispuniti nekoliko izuzetno striktnih i ozbiljnih pretpostavki (traži se ispunjenje 12 uvjeta!).

Dok je bivša socijalistička Jugoslavija imala veoma restriktivan stav po pitanju stjecanja vlasništva na nekretninama za strance, reformirano stvarno pravo u oba entiteta je gotovo u potpunosti uklonilo prepreke za ovaj uvjet. Nacionalnost nema utjecaja na stjecanje vlasništva. Jedini uvjet koji bi trebao biti ispunjen kada stranac kupuje nekretninu u Federaciji BiH i Republici Srpskoj je reciprocitet.⁷⁶ U Brčko Distriktu mora biti ispunjen dodatni uvjet – prebivalište u BiH ili bavljenje privrednom aktivnošću.⁷⁷ Ista ograničenja pogađaju oba spola.

Pitanje je naročito značajno kada su u pitanju stranci koji su u braku sa domaćim državljaninom. Povezano djelovanje odredaba o stjecanju državljanstva i stjecanju nekretnina može biti diskriminirajuće. Partner koji je državljanin Bosne i Hercegovine može steći vlasništvo, a drugi, iako se npr. na njihov imovinski režim primjenjuje bosansko-hercegovačko pravo ne može, jer je stranac i sa njegovom zemljom ne postoji reciprocitet, odnosno ako se radi o BD BiH, ne može stjecati jer nije stalno nastanjen i ne obavlja djelatnost u Distriktu. Ako ne postoji reciprocitet takav strani bračni partner ne bi uopće u Federaciji BiH i Republici Srpskoj mogao

74 Detaljno o sudskoj praksi u vezi sa dokazivanjem vanbračne zajednice kao i problemima vezanim za registraciju vidjeti kod Demirović, R. op. cit., str. 129 - 132.

75 Član 2 Zakona o državljanstvu BiH (Službeni glasnik 22/16 – prečišćeni tekst).

76 Član 15 i 16 ZSP FBiH, član 15 i 16 ZSP RS.

77 Član 201 ZSP BD BiH.

stjecati vlasništvo na nekretninama, a u Brčko Distriktu ne bi mogao stjecati neke nekretnine. Naprimjer, stranac koji ne obavlja djelatnost niti je stalno nastanjen u BiH, a nalazi se u braku sa bosanskohercegovačkim državljaninom ne bi mogao steći kuću za odmor u BD BiH. Adekvatno rješenje imovinskih pitanja u brakovima sa elementom inostranosti bi se trebalo odnositi na sve nekretnine u BiH i na sve strance u braku sa bosanskohercegovačkim državljaninom.⁷⁸

U određenim situacijama će se na imovinski režim bračnih drugova od kojih je jedan stranac prema kolizionim normama sadržanim u članu 36. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima primjenjivati pravo BiH. Prije svega je to situacija u kojoj oni imaju prebivalište u BiH, što nužno ne znači da su u BiH stalno nastanjeni. Ukoliko u skladu sa odredbom člana 36. dođe do primjene prava BiH (entiteta ili Distrikta), za imovinske odnose bračnih partnera u Republici Srpskoj to bi značilo da bi nekretnina koju bračni drugovi stječu radom u toku trajanja bračne zajednice trebala biti zajednička svojina bračnih partnera, a u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH suvlasništvo sa jednom polovinom. Međutim, primjena bosansko-hercegovačkog prava o imovinskom režimu biva onemogućena primjenom pravila o stjecanju nekretnina od strane stranaca.

U situacijama u kojima domaća koliziona norma ne upućuje na primjenu domaćeg prava na imovinske odnose u braku i vanbračnoj zajednici, primjenjuju se odredbe nekog drugog pravnog poretka, i moguće je da i one predviđaju stjecanje nekog oblika vlasništva na nekretninama. U skladu sa odredbom člana 36. st. 3. za imovinskopravni režim bračnih drugova mjerodavno je pravo posljednjeg zajedničkog prebivališta, ako bračni drugovi nemaju ni zajedničko državljanstvo niti prebivalište. Ova norma može da upućuje na normu drugog pravnog poretka, ali bez obzira kakav je zakonski imovinski režim bračnih drugova predviđen u toj zemlji, on bi u velikom broju slučajeva morao dovesti do stjecanja nekog oblika vlasništva na nekretninama stečenim u braku, a samim tim i nekretnina u BiH.⁷⁹ I u jednom i u drugom slučaju bi bila sporna realizacija takve norme kada su u pitanju nekretnine u BiH, a jedan bračni partner nije državljanin BiH. U Republici Srpskoj i Federaciji BiH uvjet stjecanja bi bio postojanje reciprociteta, u Brčko Distriktu BiH da je stalno nastanjen na teritoriji Distrikta ili da obavlja djelatnost u BiH. Očigledno je da bi značilo grubu diskriminaciju kada bi takav stranac bio izuzet iz redovnog imovinskopravnog režima bračnih drugova.

Ostavlajući po strani pitanje da li su rješenja vezana za reciprocitet ili prebivalište i bavljenje djelatnošću adekvatna, za bračne partnere bi trebalo ukinuti dodatne uvjete stjecanja nekretnina. Stjecanje u bračnoj zajednici bi trebao biti jedan od osnova stjecanja za koji nije potrebno ispunjavati dodatne uvjete. Povezano djelovanje pravila

78 Tako G. Knežević, *Jugoslovensko pozitivno zakonodavstvo o mogućnosti sticanja prava svojine na nepokretnim stvarima na našoj teritoriji*, *Pravni život*, 12/87, str. 1405.

79 Postoje naravno i pravni poreci u kojim bračni drug, u principu supruga, ne stječe pravo vlasništva već samo plodouživanje ili neko ograničeno pravo. Takve razlike se već dovode u kontekst slobode kretanja osoba i daju povoda razmišljanjima o nužnosti harmonizacije porodičnog prava u EU. Više o tome: Martiny, D. *Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable* u: A. Hartkamp et. al. (Edits.) (2011), *Towards a European Civil Code, Fourth Revised and Expanded Edition*, Nijmegen, str. 444-445.

o državljanstvu i stjecanju prava vlasništva za strance može biti diskriminirajuće. Unatoč činjenici da država ima pravo postaviti uvjete za takvo stjecanje, pozicija stranaca supružnika ne bi smjela biti pogođena takvim uređenjem. Sama činjenica zaključenja braka ili života u vanbračnoj zajednici bi trebala omogućiti supružniku strancu da stekne suvlasništvo ili zajedničko vlasništvo. U suprotnom stranci supružnici, te vanbračni partneri mogu biti diskriminirani. Ovo se posebno odnosi na vanbračne partnere.

II.2. Nasljedno pravo

Oba entiteta su nedavno usvojili nove zakone o nasljednom pravu,⁸⁰ isto kao i Brčko Distrikt BiH.⁸¹ Ova tri zakona su u velikoj mjeri harmonizirana.

Po pitanju supružnika sva tri zakonska teksta predviđaju isto rješenje: supružnici su zakonski nasljednici prvog nasljednog reda zajedno sa djecom i svim ostalim potomcima ostavitelja. U prvom nasljednom redu nadživjeli bračni partner na jednake dijelove sa djecom nasljeđuje ostavioca.⁸² Stvar je političke volje i procjene zakonodavca kako će odrediti veličinu nasljednog dijela nadživjelog bračnog druga u odnosu na djecu. Kako se odredba odnosi na nadživjelog supružnika, bez obzira da li se radi o mužu ili supruzi, ona ne može biti diskriminirajuća, pod uvjetom da u zaostavštinu ne uđe i dio koji nadživjelom bračnom partneru pripada na ime bračne stečevine.

Kako je navedeno u uvodu rada u velikom broju slučajeva imovina je registrirana samo na ime jednog bračnog partnera, a u pravilu muža. Ako se kao prethodno pitanje u ostavinskom postupku ne postavi pitanje izdvajanja bračne stečevine,⁸³ ili ako već za života ostavitelja nije došlo do utvrđivanja da je nešto bračna stečevina i da svakom partneru pripada jedna polovina, onda će nasljeđivanje na jednake dijelove od strane supružnika i djece voditi diskriminaciji nadživjelog neuknjiženog bračnog partnera. Bračni partner u ovom slučaju učestvuje u nasljeđivanju zajedno sa djecom onoga što mu već pripada po drugom osnovu. Ovaj vid diskriminacije može biti izbjegnuto tako što će notar koji vodi ostavinski postupak izričito upozoriti i poučiti nadživjelog bračnog partnera o statusu bračne stečevine i mogućnosti da se to pitanje riješi prije ostavinskog postupka.

Druga potencijalno diskriminirajuća situacija jeste podjela porodičnog doma. Nadživjeli bračni partner je suočen sa mogućnošću da izgubi pravo na stanovanje u

80 Službeni glasnik RS 1/09, Službene novine FBiH 80/14.

81 Službeni glasnik BD BiH 36/17.

82 Član 10. ZN FBiH, član 8. ZN RS, član 10. ZN BD BiH.

83 Iako ne postoje izričite odredbe koja predviđaju ovu mogućnost preživjelom supružniku u zakonima o nasljeđivanju, ipak se ona izvodi iz pravila o podjeli bračne stečevine u sudskom postupku, a do koje dolazi na zahtjev bračnog partnera ili njegovog povjerioca kako tokom, tako i nakon prestanka braka, do kojeg dolazi, između ostalog, i smrću jednog supružnika (član 255. stav 2. PZ FBiH, član 232. stav 2. PZ BD BiH). Porodični zakon RS ne sadrži ovakvu odredbu, nego u članovima 272-277. detaljno regulira način određivanja pripadajućih udjela supružnika u bračnoj stečevini, te razloge za njegovo eventualno povećanje/smanjenje..

dotadašnjem obimu. Ovaj problem postoji neovisno o tome da li je stan ili kuća u kojoj su bračni partneri živjeli stečena u braku ili ne. Ukoliko tu nekretninu naslijedi više osoba pored bračnog partnera, sa određenim nasljednim dijelovima, koji mogu iznositi i više nego je dio bračnog druga, za slučaj da nije utvrđen udio u bračnoj stečevini, većinom nasljedničkih glasova može doći do podjele zaostavštine, pa i porodičnog doma. Ovdje bi nužno trebalo biti predviđeno zakonsko rješenje da neovisno o nasljeđivanju i nasljednim kvotama nadživjeli bračni drug ima pravo do kraja života nastaviti živjeti u ranijem porodičnom domu. Pitanje bi se moglo riješiti ustanovljavanjem plodouživanja na osnovu zakona.

Sljedeća situacija koja može voditi diskriminaciji je situacija u kojoj bračni partneri nemaju potomaka, ili ako potomci ne mogu da naslijede. Nadživjeli bračni partner ne može naslijediti u prvom nasljednom redu sam.⁸⁴ U ovom slučaju, on će biti pozicioniran u drugi nasljedni red gdje konkuriše za nasljedstvo sa ostavitelevim roditeljima i njihovim potomcima. Nadživjeli bračni partner nasljeđuje jednu polovinu ukupne zaostavštine, a ostavitelevi roditelji drugu polovinu.⁸⁵ Ako nadživjeli bračni partner ne može ili ne želi da naslijedi, ostavitelevi roditelji će naslijediti sve na jednake dijelove. Ako ostavitelev nema žive roditelje, a nadživjeli bračni partner bez djece nasljeđuje u drugom nasljednom redu, on/ona konkuriše za nasljedstvo sa ostavitelevom braćom i sestrama ili čak sa njihovim potomcima. Ovo je mogući osnov diskriminacije za nadživjele bračne partnere, naročito za one bez djece. Podjela imovine sa ostavitelevim roditeljima bi mogla biti opravdana, ali ne i podjela sa ostalim dalekim rođacima ostaviteleva. Zakoni nisu slijedili rješenja Republike Hrvatske, gdje Zakon o nasljeđivanju⁸⁶ određuje prednost bračnog druga pred braćom, sestrama i njihovim potomcima. Ako ostavitelev nema roditelja, onda bračni drug nasljeđuje sam u drugom nasljednom redu.⁸⁷ Na ovaj su način u Republici Hrvatskoj zaštićeni bračni partneri bez djece.

Bračni drugovi bez djece u Federaciji BiH i BD BiH mogu gore opisanu situaciju preduprijeti zaključivanjem nasljednog ugovora,⁸⁸ ali ne i u Republici Srpskoj. Ovim ugovorom se mogu odrediti međusobno za isključive nasljednike, naravno, poštujući pravo na nužni dio. Roditelji i braća i sestre su nužni nasljednici samo ako ispunjavaju dodatni uslov, a to je da su nesposobni za privređivanje i bez nužnih sredstava za život; ispunjenje kumulativno postavljenog uvjeta nije jednostavno i neće uvijek doći do situacije da su roditelji, braća ili sestre nužni nasljednici.

Općenito ugovor o nasljeđivanju može biti efikasna zaštita bračnih partnera bez, ali i onih koji imaju djecu i druge potomke. Naime, bračni partneri mogu željeti jedno drugom dati veća nasljedna prava nego potomcima. Reguliranje odnosa ugovorom o nasljeđivanju ne može ići tako daleko da povrijedi odredbe o nužnom dijelu.⁸⁹ Ipak, i ovdje bi postojala mogućnost da se zadovolje dvije težnje: ojača položaj bračnog

84 U slučaju da su svi potomci prvog nasljednog reda odrekli nasljeđivanja, bračni partner može naslijediti sam u prvom nasljednom redu (čl. 163. st. 5. ZN FBiH).

85 Član 12 - 14 ZN FBiH, član 10 i 11 ZN RS, član 12 i 13 ZN BD BiH.

86 Narodne novine 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15.

87 Član 11. stav 3. Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske.

88 Član 125 - 134 ZN FBiH, član 130 - 136 ZN BD BiH.

89 Član 129 stav 2 ZN FBiH, 133 stav 2 ZN BD BiH.

ili vanbračnog partnera i zadovolji pravo na nužni dio. Ugovor o nasljeđivanju mora biti zaključen u formi notarski obrađene isprave. Navedeno rješenje daje dodatnu priliku supružnicima da reguliraju svoj odnos na način koji im najbolje odgovara. U praksi se ovaj ugovor obično zaključuje paralelno sa bračnim ugovorom. Notar bi ovdje trebao upozoriti bračne/vanbračne partnere o postojanju nužnih nasljednika, ali i o mogućnosti da ostavilac nužnom nasljedniku ostavi određenu stvar ili pravo, i tako namiri njegov nužni dio.⁹⁰ U toj situaciji, nužni nasljednik ne bi učestvovao procentualno u drugim pravima zaostavštine.

Sljedeći potencijal za diskriminaciju imaju odredbe o nasljednopravnom položaju vanbračnog partnera. Krucijalna novina u Federaciji BiH i BD BiH jeste da su partneri koji žive u vanbračnoj zajednici u potpunosti izjednačeni sa supružnicima. Sve odredbe koje reguliraju pravnu poziciju bračnog partnera će se primijeniti i na vanbračnog partnera.⁹¹ Nužno bi bilo ovu mogućnost predvidjeti i u Republici Srpskoj.⁹² Iako je u porodičnom zakonodavstvu BiH, proklamovana jednakost bračne i vanbračne zajednice u imovinskim pitanjima, bez provođenja ovog pravila u nasljednom pravu, ta jednakost nije potpuna.

Neovisno o novinama u FBiH i BD BiH koje zaslužuju pozitivnu ocjenu, nužno je konstatovati da položaj nadživjelog vanbračnog partnera i njegovo pravo da naslijedi može biti ozbiljno ugrožen teškoćama u dokazivanju postojanja vanbračne zajednice. U velikom broju slučajeva će morati doći do prekida ostavinske rasprave i upućivanja na parnicu. Moguće je da notar koji provodi postupak od zakonskih nasljednika uopće ne dobije podatak da je ostavilac živio u vanbračnoj zajednici i uopće ne uključi vanbračnog partnera u ostavinski postupak. U ovom slučaju nadživjelom bračnom partneru ostaje jedino mogućnost podizanja nasljedničke tužbe. Posebno je problematično ako je vanbračna zajednica prekinuta određeno vrijeme prije smrti ostavitelja, a da imovinski odnosi nisu razriješeni. Vanbračni partneri se mogu zaštititi zaključivanjem nasljednog ugovora (ali samo u FBiH i BD BiH) ili ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za slučaj smrti. U ovom drugom slučaju, sa ugovorom se moraju složiti svi potomci kao zakonski nasljednici, jer u protivnom mogu tražiti svoj nužni dio.⁹³ Kako je prethodno rečeno, ostavilac ima pravo pitanje načina namirenja nužnog dijela riješiti za života. I ovdje je ključna savjetodavna uloga notara, budući da se i ovaj ugovor zaključuje u formi notarski obrađene isprave.

Na temelju zahtjeva nasljednika, koji je živio ili radio sa ostaviteljem u istom domaćinstvu, sud može, ukoliko smatra da postoje razumni razlozi za ovaj zahtjev, odlučiti da njemu/njoj dodijeli udio u nasljedstvu koji je veći nego što je bilo određeno samo po osnovu nasljednih redova predviđenih zakonom. Ove odredbe omogućavaju bračnim partnerima da zahtijevaju povećan udio, što je u stanju

90 Član 30 stav 1 ZN FBiH, član 32 stav 1 ZN RS, član 34 stav 1 ZN BD BiH.

91 Član 9 ZN FBiH, član 9 ZN BD BiH.

92 Doktrina se već dugo zalagala za uvrštavanje vanbračnog druga u krug zakonskih nasljednika. Vidjeti kod Demirović, R., op. cit., str.125.

93 Član 136. ZN FBiH, član 129. ZN RS, član 140. ZN BD BiH.

oddatno zaštititi nasljedno-pravni položaj bračnog druga. Međutim, ova mogućnost je data i drugim nasljednicima isto tako, što znači da udio bračnog partnera može biti smanjen.⁹⁴ Posljednju mogućnost bi trebalo brisati iz nasljednopravnih propisa, kao što je to učinjeno u Republici Hrvatskoj.⁹⁵

Odricanje od nasljedstva je dozvoljeno samo nakon ostaviteljeve smrti. Izjava se može dati bilo pred notarom bilo na zapisnik pred sudom.⁹⁶ Postoje određeni izuzeci od ovog pravila i jedan od njih se vezuje za bračnog, a time i vanbračnog partnera. Zaključenjem sporazuma sa ostavioцем, bračni/vanbračni partner se može odreći svojih nasljednih prava još za života ostavioca. Ova mogućnost postoji samo u Federaciji BiH i BD BiH.⁹⁷ Ovdje je uloga notara veoma značajna; notar je dužan da podučiti partnera koji se odriče prava o pravnim posljedicama odricanja, čime se može izbjeći diskriminatorno odricanje.

U oba entiteta postoji novost po pitanju učešća notara u ostavinskom postupku. Ovi postupci su preneseni u nadležnost notara 2014. u Federaciji, te 2017. u Brčko Distriktu BiH.⁹⁸ Ostavinski postupak se pokreće kod nadležnog suda kojem se dostavlja izvod iz matične knjige umrlih, te izvodi iz relevantnih registara, a taj sud dalje raspoređuje ostavinske postupke prema notarima. Sud također nadgleda radnje notara, te djeluje kao druga instanca za pravne lijekove protiv odluka notara. Nasuprot tome, ovo prenošenje postupka je opcionalno u Republici Srpskoj.⁹⁹ Sud može prenijeti ostavinski postupak notarima, ali samo ako to zahtijevaju učesnici postupka. Svi nasljednici se moraju složiti oko ove odluke.¹⁰⁰ Nasuprot tome, postoji jedinstvena regulativa koja se tiče pitanja koji postupci mogu biti dodijeljeni notarima – samo nesporni ostavinski postupci. Kako nije moguće unaprijed znati da li će doći do spora tokom ostavinskog postupka, dužnost je notara da, ako se to desi, vrati slučaj sudu.

IV. Zaključak

Pitanja braka, vanbračne zajednice, bračne stečevine, suvlasništva, stjecanja i upisa prava vlasništva su u BiH regulirana porodičnim, stvarnopravnim i zemljišnoknjižnim propisima Federacije BiH, Republike Srpske i Brčko Distrikta BiH. U BiH postoje tri bračna režima, tri vlasničkopravna režima, te tri tipa registracije nekretnina. Ovi režimi se, u zavisnosti od pitanja o kojem se radi, međusobno razlikuju u različitoj mjeri. Odredbe nisu *per se* diskriminatorne, tj. ne sadrže niti jedan propis koji bi se mogao nazvati diskriminatornim niti koji bi mogao tretirati muškarce i žene različito. Čitav niz zakonskih dokumenata od ustava različitih nivoa vlasti do dva recentna zakona (Zakon o zabrani diskriminacije i

94 Član 24, 26 – 27 ZN FBiH, član 22, 24 i 25 ZN RS, član 21, 23 and 24 ZN BD BiH.

95 Za Hrvatsku vidjeti: Dika M. (red.), Novo nasljednopravno uređenje, Zagreb, 2003, str. Za BiH: Softić Kadenić, D., op. cit., str. 139.

96 Član 163 stav 1 ZN FBiH, član 158 stav 1 ZN RS, član 168 stav 1 ZN BD BiH.

97 Član 167 ZN FBiH, član 172 ZN BD BiH,

98 Član 200 i 261 i dalje ZN FBiH.

99 Član 94 stav 3 Zakona o vanparničnom postupku RS (Službeni glasnik RS 36/90).

100 Član 145 Zakona o vanparničnom postupku RS.

Zakon o ravnopravnosti polova), te na temelju njih usvojenih politika, ima zadatak spriječiti svaku vrstu neravnopravnosti i diskriminacije.

Uprkos tome identificirana su rješenja koja mogu biti potencijalno diskriminirajuća i nužno je usavršiti odgovarajuće zakonske izmjene, ali i promijeniti praksu.

Norme porodičnog prava određuju imovinski režim u braku i vanbračnoj zajednici kao suvlasništvo (Federacija BiH, BD BiH), odnosno zajedničko vlasništvo (Republika Srpska), pri čemu porodično zakonodavstvo ne sadrži detaljne odredbe o suvlasništvu i zajedničkom vlasništvu u ovoj specifičnoj situaciji, već upućuje na opće norme stvarnog prava i primjenu pravila zemljišno-knjižnog prava. Pokazano je da opća pravila suvlasništva, odnosno zajedničkog vlasništva i zemljišno-knjižnog prava nisu dovoljna da zaštite bračne ili vanbračne partnere u jednoj specifičnoj suvlasničkoj zajednici, odnosno zajednici zajedničara u pravu, a posebno da ne mogu zaštititi neuknjiženog partnera, što su u pravilu, kako pokazuju navedeni statistički podaci, žene.

Pozicija neuknjiženog bračnog partnera zbog djelovanja principa zemljišnih knjiga, koji mora biti očuvan zbog opće pravne sigurnosti u transakcijama sa nekretninama, nije zaštićena. Zakonska rješenja iz oblasti porodičnog prava bi trebala umjesto upućivanja na opća pravila stvarnog i obligacionog prava urediti specifičnosti suvlasništva u bračnoj i vanbračnoj zajednici. Trebalo bi izmijeniti propise porodičnog i zemljišno-knjižnog prava kako bi se omogućila jednostavnija uknjižba neuknjiženog bračnog partnera. Saglasnost supružnika ne bi trebala biti obavezna samo za prenos i ograničenja prava vlasništva na cijeloj nekretnini stečenoj u braku odnosno vanbračnoj zajednici, već i za prenos i ograničenja udjela u bračnoj stečevini.

Sva tri zakona o stvarnim pravima bi trebala imati jedinstvena rješenja na način da garantiraju pravo preče kupovine supružnika barem u vezi sa nekretninama, te da predvide postupak kako ostvariti ova prava uz uključenje notara u takav postupak (trenutno samo ZSP FBiH sadrži takve odredbe).

Uloga notara u prometu nekretninama pokazala se pozitivnom. Notari bi trebali nastaviti da igraju značajnu ulogu u pravnim poslovima koji se tiču nekretnina, te ukazivati kupcu na potrebu verificiranja da li je određena nekretnina stečena tokom trajanja braka odnosno vanbračne zajednice zbog čega eventualno predstavlja suvlasništvo supružnika, te je nužna saglasnost bračnog odnosno vanbračnog partnera.

Kako bi odredbe koje u imovinskom pogledu izjednačavaju bračne i vanbračne partnere odista u potpunosti zaživjele u praksi, nužno je predvidjeti mogućnost registriranja ove zajednice. Odredbe o vremenskom trajanju zajednice kao uvjetu da se određena zajednica smatra vanbračnom bi trebalo ukinuti. Volja i namjera partnera, a ne vrijeme bi trebali biti odlučujući kvalificirajući faktor.

U pogledu nasljednopravnih odnosa može se zaključiti da postoje rješenja koja mogu voditi diskriminaciji jednog bračnog partnera, a posebno onog koji nije uknjižen kao suvlasnik odnosno zajedničar u pravu. U pravilu se ne vrši utvrđivanje bračne stečevine, te je i dio preživjelog bračnog druga koji je on stekao po osnovu

bračne stečevine često predmetom nasljeđivanja. Osim toga, preživjeli bračni partner je nasljednik i ima pravo na udio u nasljedstvu, ali nema specifično pravo na stanu ili kući stečenima u braku gdje supružnici žive zajedno. Neophodno je izmijeniti sva tri zakona o nasljeđivanju koja su na snazi u BiH na način da se nadživjelom bračnom partneru pored pripadajućih nasljednih prava dodijeli doživotno uživanje, odnosno pravo korištenja nekretnine koja je predstavljala dom supružnika/partnera. Nužno je predvidjeti da isto rješenje, prema kojem je partner u vanbračnoj zajednici zakonski nasljednik i jednak supružniku, bude uvedeno u pravni poredak Republike Srpske. Mogućnost zaključivanja nasljednopravnih ugovora bi također trebala biti dozvoljena u Republici Srpskoj, obzirom da omogućava više fleksibilnosti supružnika da urede njihove međusobne odnose povodom nasljeđivanja.

Velika bi bila važnost uvođenja mogućnosti registracije vanbračnih partnera, ali i povezivanje različitih registara i omogućavanje pristupa matičnim knjigama i registrima za sudove, centre za socijalni rad, notare i advokate. Podatak o tome da bi određena imovina mogla biti bračna stečevina može efikasno subjektima koji učestvuju u transakcijama sa nekretninama sugerirati postojanje sigurnosnih rizika, koji se onda mogu i adekvatno otkloniti. Javni registri o nekretninama te matične knjige su skoro u potpunosti digitalizirani, te bi trebali biti umreženi. U digitaliziranom svijetu povezivanje registara i omogućavanje pristupa određenim subjektima uključenim u transakcije nekretnina je tehnički lako riješiv problem.

Dr. sc. Meliha Powlakić, Full Professor
Faculty of Law, University of Sarajevo
Mr. iur. Selma Mezetović Međić, Senior Assistant
Faculty of Law, University of Sarajevo

REGULATION OF PROPERTY RELATIONS OF MARITAL AND EXTRAMARITAL PARTNERS ON REAL ESTATE AND GENDER EQUALITY

Summary

The modern private law legislation in B&H does not contain norms that treat women and men differently. Constitutional provisions and recently passed laws regulating the issue of gender equality and the general prohibition of discrimination, adopt modern standards and provide a satisfactory legal framework for the achievement of gender equality. Nevertheless, research shows that although in B&H women make up more than half of the population, only one third of owners registered in the land registry is female. The aim of this paper was to determine whether the provisions relevant to this issue (provisions of family law, real estate law, land-registry law and succession law) could generate gender inequality.

It has been found that a series of provisions of family law, real estate law, land-registry law and succession law can indirectly cause discrimination. For example, the general rules of co-ownership, respectively joint ownership and land registry law are insufficient to protect marital or extra-marital partners in a specific co-ownership or joint ownership community. These provisions in particular cannot protect an unregistered partner, and that is mostly woman. Instead of referring to general rules of real estate law and contract law, it is suggested that family law legislation regulates in a more detailed manner co-ownership in marital and extra-marital community, because of its peculiarities in comparison to general relations in the co-ownership community. This primarily refers to the regulation of the legal pre-emptive rights in whole B&H, and to the approval for the disposition of share in marital property. Due to the obligation to preserve the application of general principles of land registries, and in order to safeguard the general legal certainty in real estate transactions, the position of the (extra)marital partner is not protected. The amendment of family law and land registry law is suggested so as to enable simpler registration of non-registered partner. The authors advocate for registration of extramarital cohabitation, because it facilitates the proof of its existence, and for abolition of the time threshold as a prerequisite for existence of cohabitation, among other things. The important role of notaries and their contribution to the protection of nonregistered partners is emphasised, but it is also concluded that linking the real estate registries and all other identification registries would enable notaries to protect marital and extramarital partners in a more effective way.

Key words: marital property, extramarital cohabitation, nonregistered partner, nuptial contract, succession contract, notary, gender equality

Dr. sc. Jozo Čizmić, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

Dr. sc. Viktorija Haubrich, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

ODUZIMANJE I VRAĆANJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI, S OSVRTOM NA IMOVINSKA PRAVA OSOBA KOJIMA SE ODUZIMA POSLOVNA SPOSOBNOST U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

U ovom radu autori obrađuju statusni izvanparnični postupak oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti i njegove pravne posljedice. Izvanparnični sud u postupku oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti dužan je utvrditi je li punoljetna osoba zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rasuđivanje u stanju da se brine o svojim pravima i interesima, te joj sukladno tome potpuno ili djelomično oduzme poslovnu sposobnost, ili da potpuno ili djelomično vrati poslovnu sposobnost onoj punoljetnoj osobi kod koje su prestali razlozi za potpuno, odnosno djelomično oduzimanje poslovne sposobnosti. Obrađivanje navedenog postupka otvara kompleksne teme zbog čega autori obrađuju navedeni postupak i sa aspekta utjecaja na privatnu sferu staustnih prava, ali i sa aspekta utjecaja navedenog postupka i na imovinskopravne odnose.

Ključne riječi: izvanparnični postupak oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti, prijedlog za pokretanje postupka, utjecaj rješenja na imovinska i statusna prava

I. Uvod

Izvanparnično procesno pravo je sustav pravila kojima se regulira struktura izvanparničnog postupka, položaj procesnih subjekata, njihove aktivnosti i uzajamni odnosi. Ono se sastoji od diferenciranih, heterogenih skupina procesnih pravila kojima se regulira pružanje pravne zaštite u određenim građanskopravnim stvarima koje se ne rješavaju u parničnom postupku. Oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti je jedan statusni izvanparnični postupak koji je reguliran odredbama Zakona o izvanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine¹ i procesnim odredbama Obiteljskog zakona Federacije Bosne i Hercegovine.² U ovom postupku

1 Zakon o izvanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH, br. 2/98., 39/04., 73/05., 80/14.) dalje – ZIZVP.

2 Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH, broj 35/05., 31/14., dalje – ObZ)

sud ispituje jesu li se ispunili zakonski uvjeti za oduzimanje poslovne sposobnosti punoljetne osobe, odlučuje o obimu lišenja poslovne sposobnosti. Razlozi za takovo oduzimanje moraju biti trajnije naravi jer stranka gubi pravo disponiranja svojim statusnim i imovinskim pravima. Stupnjevitost poslovne sposobnosti kreće se od potpune poslovne sposobnosti, ograničene poslovne sposobnosti te potpune poslovne nesposobnosti.

II. Pojam, cilj i način provođenja postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti

Odredbama čl. 29. Zizvp-a određuju se cilj i način provođenja postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti. U tom smislu je odredbom st. 1 čl. 29. ZIZVP-a propisano da je izvanparnični sud u postupku oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti dužan utvrditi je li punoljetna osoba zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rasuđivanje u stanju da se sama brine o svojim pravima i interesima, te da joj sukladno tome potpuno ili djelomično oduzme poslovnu sposobnost, ili da potpuno ili djelomično vrati poslovnu sposobnost onoj punoljetnoj osobi kod koje su prestali razlozi za potpuno, odnosno djelomično oduzimanje poslovne sposobnosti.³ Poslovna sposobnost je sposobnost da se svojim izjavama volje stječu prava i obveze i uopće da se poduzimaju radnje s pravnim učinkom. Poslovna sposobnost stječe se punoljetstvom, tj. s navršениh 18 godina života, kao i stupanjem u brak s navršениh 16 godina života, po odobrenju nadležnog izvanparničnog suda. Osobe od 14-18 godina života su ograničeno poslovno sposobne. One mogu poduzimati samo pravne poslove manjeg značaja, a za poslove većeg značaja potrebno je odobrenje njihovih roditelja odnosno organa starateljstva, ukoliko zakonom nije drukčije određeno. Razlozi za prirodnu poslovnu nesposobnost mogu biti bilo momentalni bilo takvi da traju neko vrijeme, ali u svakom slučaju moraju imati prolazni karakter. Za razliku od toga kod sudskog oduzimanja poslovne sposobnosti razlozi moraju biti trajnije naravi, bez obzira na mogućnost opoziva rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti.⁴

Postupak oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti je izvanparnični postupak kojim se uređuje osobno stanje punoljetne osobe.⁵ Oduzimanje (potpuno ili djelimično) poslovne sposobnosti, i u slučajevima kada je to opravdano, predstavlja akt zadiranja u sferu statusnih prava čovjeka i građanina.⁶ Tim aktom nositelj tih prava ograničava se u disponiranju svojim subjektivnim građanskim pravima, pretežno imovinsko-pravnog karaktera, i paralizira se njegova aktivnost.⁷ Postupak

3 Vidi kod ČIZMIĆ, J. – TAJIĆ, H., Komentar Zakona o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2011., str. 92. – 93. (dalje – ČIZMIĆ – TAJIĆ – KOMENTAR).

4 Vidi i kod RADOLOVIĆ, A., Prirodna poslovna nesposobnost kao razlog nevaljanosti pravnog posla, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", vol.30, No.1., Rijeka, 2009., str. 187. – 193. Vidi i kod STANKOVIĆ, G., Zakon o vanparničnom postupku, objašnjenje, tumačenje i stvarni registar, Službeni glasnik, Beograd, 2014., str. 13. – 20.

5 Vidi i kod STANKOVIĆ, G., Postupak za lišenje poslovne sposobnosti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 23/1983., str. 145. Vidi i STANKOVIĆ, G., Nova zakonska rješenja u postupku za lišenje poslovne sposobnosti, "Pravna riječ br. 40/2014.", str. 464. – 465.

6 Vidi kod ČALIJA, B. – OMANOVIĆ, S., Građansko procesno pravo, Sarajevo, 2000., str. 346.

7 KAMHI, S., Vanparnični postupak, Sarajevo, 1968., dalje – KAMHI, str. 64.

za lišenje poslovne sposobnosti pokreće se prema onoj punoljetnoj osobi koja je na tom stupnju sposobnosti za normalno rasuđivanje da nije u stanju sama se brinuti o svojoj osobnosti i svojim pravima i interesima.⁸ Osnovni razlog oduzimanja poslovne sposobnosti jest činjenica da punoljetna osoba nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima zbog potpune ili djelimične nesposobnosti za rasuđivanje.⁹ Što se tiče uzroka koji mogu dovesti do potpune ili djelomične nesposobnosti za rasuđivanje, ZIZVP ne navodi taksativno ni poimenice koji su to razlozi koji mogu dovesti do nesposobnosti za rasuđivanje pa time ni do oduzimanja poslovne sposobnosti, niti daje jasnu uputu sudu u kojim slučajevima nekoj osobi treba potpuno, a u kojim djelimično oduzeti poslovnu sposobnost. Međutim, u Obiteljskom zakonu FBiH navedeni su uzroci koji mogu dovesti do toga da se punoljetnoj osobi oduzima poslovna sposobnost. S obzirom na to da je Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine *lex specialis* u odnosu na ZIZVP, u postupku oduzimanja poslovne sposobnosti trebalo bi primjenjivati i njegove odredbe, a posebno one u kojima su navedeni uzroci koji mogu dovesti do toga da se punoljetnoj osobi oduzima poslovna sposobnost. Tako, prema odredbi čl. 192. ObZ-a, poslovna sposobnost oduzima se punoljetnoj osobi koja zbog duševne bolesti,¹⁰ zaostalog duševnog razvoja¹¹ ili

8 TODOROVIĆ, LJ. – HADŽIMUSIĆ, M., Parnični postupak, Sarajevo, 2003., dalje – TODOROVIĆ, str. 435.

9 STJEPANOVIĆ, S. – MILJEVIĆ, N. – ŠAĆIROVIĆ, S., Vanparnica, teorija-praksa, Banja Luka, 2010., dalje – STJEPANOVIĆ, str. 12.

10 Duševna bolest (šizofrenija, paranoja, manično-depresivna psihoza i dr.) je oboljenje centralnog nervnog sistema (prvenstveno mozga) trajnije prirode, koja se ispoljava u patološkim oblicima većine psihičkih funkcija. ZEČEVIĆ, E., Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa obrascima za praktičnu primjenu, Sarajevo, 2001., dalje – ZEČEVIĆ, str. 39. Duševna bolest biće razlog za potpuno oduzimanje poslovne sposobnosti u onim slučajevima kada lice nije sposobno da se samo stara o sebi i da štiti svoja prava i interese. Potreban je teži oblik duševnog oboljenja koji dovodi do nesposobnosti za rasuđivanje. Ako duševna bolest nije takvog intenziteta, pa po procjeni suda, lice može da se stara o većini svojih prava i interesa, ali samo svojim pojedinačnim postupcima ugrožava svoje i tuđe interese, onda će sud ograničiti, djelimično oduzeti, poslovnu sposobnost (STJEPANOVIĆ, o. c., str. 12.-14.).

11 Duševna zaostalost (oligofrenija) predstavlja stanje zaustavljenog ili nedovršenog razuma, koje se posebno karakteriše skromnim intelektualnim sposobnostima. Tri su glavne vrste oligofrenije: debili (kao dijete od 8-12 god.), imbecili (kao dijete od 4-8 god.) i idioti (kao dijete do 4 god.). Zaostali duševni razvoj je u mnogo većoj mjeri podoban za egzaktno utvrđivanje stepena preostale inteligencije. Od četiri kategorije mentalno zaostalih lica, prvoj grupi kojoj pripadaju laka mentalno zaostala lica ne mora biti čak ni ograničena poslovna sposobnost, a drugoj grupi kojoj pripadaju umjereno mentalno zaostala lica, koja imaju količnik inteligencije između 36-50, bi se mogla samo ograničiti poslovna sposobnost, dok kod teže mentalne zaostalosti kod koje je sačuvan količnik inteligencije između 21 - 35 kao i kod teško mentalno zaostalih lica, koja imaju količnik inteligencije manji od 20, treba biti oduzeta poslovna sposobnost. Ibid., str. 12.-14.

prekomjernog uživanja alkohola¹² ili opojnih droga,¹³ senilnosti¹⁴ ili drugih uzroka nije sposobna sama se brinuti o svojim pravima i interesima, a ako zbog navedenih razloga neposredno ugrožava svoja prava i interese ili prava i interese drugih osoba ograničava joj se poslovna sposobnost.

U pogledu „drugih uzroka“ zbog kojih neka punoljetna osoba nije sposobna sama se brinuti o svojim pravima i interesima, u teoriji se navodi da to može biti neka druga tjelesna ili duševna mana poput slaboumnosti, rasipništva,¹⁵ ¹⁶ teška fizička bolest,¹⁷ psihotična stanja nastala uslijed trovanja (primjerice, gljivama, otrovima) i sl.¹⁸

Pri tome nije od primarnog značaja koji je razlog nesposobnosti za rasuđivanje, već u kojoj je mjeri izražena nesposobnost da se takva osoba stara o svojim pravima i interesima. Od toga zavisi hoće li joj poslovna sposobnost biti u potpunosti ili djelimično oduzeta.¹⁹ Sud će djelimično oduzeti poslovnu sposobnost također zbog duševne bolesti i duševne zaostalosti, kao i drugih uzroka, ali one treba da nisu takvog intenziteta i trajanja da bi se nekoj osobi potpuno oduzela poslovna sposobnost.²⁰ Ukoliko stranka nije sposobna sama brinuti se o svojim pravima i interesima u postupku, a nije joj oduzeta poslovna sposobnost, sud treba o tome obavijesti organ starateljstva i nadležni sud radi pokretanja odgovarajućeg postupka. Sud bi trebao

12 Alkoholizam najčešće predstavlja uzrok djelimičnog oduzimanja poslovne sposobnosti. PZ FBiH i Porodični zakon Brčko distrikta ne smatraju alkoholičarima sva lica koja uživaju alkohol, već izričito navode da je za to potrebno prekomjerno uživanje alkohola, da bi se licu oduzela ili ograničila poslovna sposobnost. Dakle, objektivni uslov je prekomjerna upotreba alkohola koja nije trenutna već trajna upotreba, a kao alternativan je naveden subjektivni uslov da zbog takvog stanja ovo lice nije sposobno da se brine o svojim pravima i interesima. Ako samo ugrožava svoje interese onda će zbog tog uzroka licu biti ograničena poslovna sposobnost. Ibid., str. 12.-14.

13 Narkomanija i prekomjerno uživanje opojnih droga predstavlja uzrok za oduzimanje poslovne sposobnosti, ali može biti i uzrok ograničenja poslovne sposobnosti. Sve zavisno od toga u kojem stepenu je lice u stanju da sebi i drugima nanosi štetu, da ugrožava svoja prava i interese, kao i tuđa jer su upravo takva lica u stalnom sukobu sa stvarnošću. Smatramo da namjera zakonodavca nije bila da se samo u slučaju prekomjernog uživanja opojnih droga može oduzeti ili ograničiti poslovna sposobnost, već da se poslovna sposobnost takvih lica može ograničiti u svakom slučaju kad ona ugrožavaju svoja prava i interese ili prava i interese drugih lica usljed upotrebe opojnih droga u bilo kojoj količini. Ibid., str. 12.-14.

14 Senilnost (dementia sinilis) je jedna od mogućih u zakonu navedenih uzroka za oduzimanje poslovne sposobnosti ili ograničavanja. Pod pojmom senilnost podrazumijeva se niz psihofizičkih karakteristika i promjena specifičnih za starost. Ibid., , str. 12.-14.

15 Iako niti jedan zakon ne spominje jednu od najstarijih ustanova u pravu, rasipništvo, ne bi bila prepreka da se pod pojmom „drugi uzroci“ uvrsti i slučaj kada to lice svojim postupcima neracionalno smanjuje svoju imovinu, čime ugrožava svoj opstanak i opstanak lica koja treba da izdržava. Ibid., , str. 31.

16 ZUGLIA, S., Nekoliko pitanja u vezi s vanparničnim postupcima o uređenju statusnih odnosa, „Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu“, god. IV, 1954., broj 1-2, str. 103.

17 Teška fizička bolest može dovesti do toga da lice nije sposobno samo da se brine o svojim pravima i interesima. Licima koja zbog preživljenog moždanog udara nisu u mogućnosti da pokreću udove može biti oduzeta poslovna sposobnost. STJEPANOVIĆ, o. c., str. 12.-14.

18 TODOROVIĆ, o. c., str. 436.

19 Vidi kod ZEČEVIĆ, o. c., str. 39.

20 MILJEVIĆ, N. i dr., Modul 8, Građanska oblast - Vanparnični postupak, Sarajevo, 2006., dalje – MILJEVIĆ, str. 21.

prekinuti postupak dok se ne provede postupak oduzimanja poslovne sposobnosti, odnosno dok ga organ starateljstva ili nadležni sud ne obavijesti o obustavi, a za vrijeme prekida postupka mogu se poduzeti samo radnje za koje postoji opasnost od odgode, a naročito one kojima treba osigurati ili zaštititi prava stranke koja nije sposobna sama brinuti se o svojim pravima i interesima.²¹ Ako stranka nije sposobna sama brinuti se o svojim pravima i interesima u postupku, a nije joj oduzeta poslovna sposobnost, sud joj može postaviti privremenog zastupnika i o tome treba bez odgode obavijestiti organ starateljstva (ObZ, čl. 270.). Razmatrajući stajališta domaće i strane, starije i novije sudske prakse u radu vam predstavljamo neka od tih stajališta. Prema stajalištu sudske prakse ne može se prihvatiti zaključak prvostupanjskog suda da je duševno stanje punoljetne osobe kojoj se oduzma poslovna sposobnost, koje je okarakterizirano kao paranoidno stanje po zakonu predviđen razlog za djelimično oduzimanje poslovne sposobnosti.²² Prema stajalištu starije prakse smatra se da bi se punoljetna osoba djelimično lišila poslovne sposobnosti, opasnost ugrožavanja njenih prava ili interesa ili prava i interesa drugih osoba mora biti neposredna, pa nije dovoljno ako u tom smislu postoji samo potencijalna opasnost.²³²⁴ Stajalište je starije strane prakse da se ne može prihvatiti zaključak prvostupanjskog suda da je duševno stanje protivnika predlagača, koje je okarakterisano kao paranoidno stanje, po zakonu predviđen razlog za djelimično lišavanje poslovne sposobnosti.²⁵

21 Više kod MILAS, I., *Obiteljsko pravo i socijalna skrb-međuovisnost u svjetlu razvoja instituta skrbništva za punoljetne osobe*, "Revija za socijalnu politiku", vo. 12, No.3-4., Zagreb, 2005., str. 301. – 318.

22 Prema čl. 29. st. 1. ZVPFBiH, u postupku lišenja poslovne sposobnosti sud ispituje da li je punoljetna osoba prema stupnju sposobnosti za normalno rasuđivanje u stanju da se sama brine o svojim pravima i interesima i zavisno od toga odlučuje o potpunom ili djelimičnom oduzimanju poslovne sposobnosti, a na osnovu razloga određenih u čl. 192. Porodičnog zakona FBiH. Kako u prvostupanjskom postupku nije sa sigurnošću utvrđeno duševno stanje osobe kojoj se oduzma poslovna sposobnost, sud će u ponovnom postupku odrediti vještačenje od strane komisije vještaka, radi utvrđivanja duševnog stanja osobe kojoj se oduzma poslovna sposobnost, a naročito stupanj njene sposobnosti za normalno rasuđivanje, te ocjene da li je ta osoba sposobna štititi svoja prava i interese, pa u skladu sa rezultatima vještačenja, po potrebi odrediti vrstu poslova, koje osoba kojoj se oduzma poslovna sposobnost može poduzimati samostalno, pored poslova na koje je zakonom ovlaštena, shodno čl. 38. ZVPFBiH, u svezi sa čl. 192. Porodičnog zakona FBiH; Okružni sud u Beogradu, broj: Gž-7186/84., RISTIĆ, V. – RISTIĆ, M., *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, 1985., dalje – RISTIĆ, str. 83-84.

23 Vrhovni sud Hrvatske, broj: Gzz-34/84 od 31. 5. 1984. godine - M. Žuvela, Zbirka sudskih odluka iz porodičnog prava, Zagreb, 1988, odl. 30.

24 Postojanje hroničnog alkoholizma nije dovoljan razlog da se neko lice liši poslovne sposobnosti, već je potrebno da se ispune razlozi iz čl. 274. Zakona o braku i porodičnim odnosima Republike Srbije... da ugrožava svoja prava i interese ili prava i interese drugih lica; Okružni sud u Nišu, broj: Gž-808/93. od 9. 4. 1993. godine, R. ČOSIĆ - T. KRSMANOVIĆ, *Aktuelna sudska praksa iz građanskoprocenog prava*, Beograd, 2003., dalje – ČOSIĆ, str. 212, odl. 2094.

25 Prema članu 31. Zakona o vanparničnom postupku, u postupku lišenja poslovne sposobnosti, sud ispituje da li je punoletno lice prema stepenu sposobnosti za normalno rasuđivanje u stanju da se samo brine o svojim pravima i interesima i zavisno od toga odlučuje o potpunom ili delimičnom lišenju poslovne sposobnosti, a na osnovu razloga predviđenih u čl. 274. Zakona o braku i porodičnim odnosima. Kako u prvostepenom postupku nije sa sigurnošću utvrđeno duševno stanje protivnika predlagača, to će sud u ponovnom postupku odrediti vještačenje od strane komisije vještaka, radi utvrđivanja duševnog stanja protivnika predlagača, a naročito stepena njegove sposobnosti za normalno rasuđivanje, te ocene

Prema stranoj praksi nužan uvjet za lišenje poslovne sposobnosti punoljetne osobe je da ta osoba nije u stanju da se samo brine o svojim pravima i interesima zbog postojanja duševne bolesti. Svaka duševna bolest ne predstavlja razlog za lišenje poslovne sposobnosti punoletnog lica.²⁶ Prema odredbi st. 2. čl. 29. ZIZVP-a, postupak oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti mora se završiti što prije, a najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema prijedloga (tako i ObZ, čl. 325.). ZIZVP u ovim predmetima propisuje hitnost postupanja s obzirom da se odlučuje o oduzimanju odnosno vraćanju poslovne sposobnosti nekoj osobi koja je nužni uvjet za samostalno odlučivanje odnosno učinkovito poduzimanje pravnih i drugih radnji.²⁷ Postupak se vodi u interesu osobe kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost, ali i u interesu drugih osoba pa i u javnom interesu. Hitnost postupka naročito se ogleda u odredbama kojima se propisuju rokovi za žalbu, u činjenici da žalba po pravilu ne zadržava izvršenje, da je drugostupanjski sud dužan odlučiti u roku od tri dana od primitka žalbe,²⁸ da sud vrlo brzo postupa, da ročište, kad je to nužno, odloži samo na kratki rok, da se poduzmu sve mjere kako se ročište ne bi odlagalo i sl.²⁹ Specifična načela ovog postupka su: hitnost, oficioznost, inkvizitornost, socijalnost, nejavnost.³⁰ Ovaj rok nije moguće održati u situaciji kada osobu čije se duševno stanje utvrđuje treba smjestiti u zdravstvenu ustanovu radi vještačenja.³¹

III. Prijedlog za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti

Odredbama čl. 30. ZIZVP-a utvrđen je krug osoba koje su ovlaštene podnijeti prijedlog za pokretanje, odnosno pokrenuti postupak za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti. Prema odredbi st. 1. čl. 30. ZIZVP-a, postupak za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti može se pokrenuti na prijedlog: 1) organa starateljstva; 2) tužitelja, 3) bračnog druga, djeteta i roditelja osobe koja predlaže oduzimanje, odnosno vraćanje poslovne sposobnosti, 4) djeda, babe, brata, sestre, unuka i drugih osoba, ukoliko trajno žive u istom obiteljskom domaćinstvu sa osobom za koju se predlaže oduzimanje, odnosno vraćanje poslovne sposobnosti, 5) osobe kojoj se

da li je sposoban da štiti svoja prava i interese, pa u skladu sa rezultatima vještačenja, po potrebi odrediti vrste poslova, koje isti može preduzimati samostalno, pored poslova na koje je zakonom ovlašćen, shodno čl. 40. st. 2. Zakona o vanparničnom postupku, u vezi sa čl. 274. st. 2. i 3. Zakona o braku i porodičnim odnosima“; Okružni sud u Beogradu, broj: Gž-7186/84., RISTIĆ, o. c., str. 84.

26 Nužan uslov za lišenje u smislu člana 274. Zakona o braku i porodičnim odnosima je da to lice nije u stanju da se samo brine o svojim pravima i interesima zbog postojanja duševne bolesti. U konkretnom slučaju te uzročne veze nema. Naprotiv, tužilac se brine o svojim pravima i interesima. U momentu zaključenja ugovora o punomoćstvu (tužioca u parnici zastupa advokat) nema sumnje u njegovu sposobnost za rasuđivanje. Te sumnje nema ni u daljem toku postupka, kao ni u momentu zaključenja glavne rasprave, jer lekar specijalista, neuropsihijatar, tu odlučnu činjenicu ne ističe“; Vrhovni sud Srbije, broj: Rev-2026/99 od 28. 12. 1999. godine - Sudska praksa, br. 2/2000, str. 51, odl. 99.

27 Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ – KOMENTAR, o. c., str. 97.

28 RISTIĆ, o. c., str. 83.

29 VUKOVIĆ, S., Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa sudskom praksom, obrascima i registrom pojmova, Beograd, 2003., dalje – VUKOVIĆ, str. 40.

30 Vidi kod MILAS, I., Obiteljskopравни status osoba lišenih poslovne sposobnosti, Monografija Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2005., str. 80.

31 ZEČEVIĆ, o. c., str. 39.

oduzima ili vraća poslovna sposobnost ukoliko ona može shvatiti značaj i pravne posljedice svoga prijedloga, te 6) drugih osoba ukoliko je to predviđeno zakonom. U prijedlogu za pokretanje navedenih postupka treba navesti činjenice na kojima se zasniva prijedlog i predložiti dokazi kojima se utvrđuju te činjenice (arg. ObZ, čl. 326.).³² Drugim riječima, u prijedlogu za oduzimanje, ograničenje ili vraćanje poslovne sposobnosti treba navesti činjenice iz kojih proizlazi osnovanost takvog prijedloga (na primjer, ponašanje osobe na koju se odnosi prijedlog, eventualni boravak u zdravstvenoj ustanovi i sl.), te dokaze kojim se utvrđuju te činjenice (na primjer, medicinske isprave – dokumentacija, vještačenje, eventualno svjedoci i dr.).³³ Ako postupak nije pokrenuo organ starateljstva, prijedlog mora sadržavati podatke iz kojih proizlazi ovlaštenje za pokretanje postupka, tj. činjenice iz kojih se vidi srodstvo predlagatelja sa osobom čija se poslovna sposobnost ispituje, ili bračna veza ili srodstvo i život u obiteljskoj zajednici s tom osobom.³⁴

ZIZVP polazi od stajališta da svim ovlaštenim osobama treba pružiti mogućnost da pokrenu postupak iz bilo kojeg razloga, ako su se stekli uvjeti za vođenje takvog postupka, bez obzira hoće li to dovesti do potpunog ili djelomičnog oduzimanja poslovne sposobnosti. Iznimno djed, baka, brat, sestra, unuk i neke druge osobe, mogu postupak pokrenuti samo ako trajno žive u istom domaćinstvu sa osobom za koju se predlaže oduzimanje, odnosno vraćanje poslovne sposobnosti, odnosno kod koje su se stekli uvjeti za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti (arg. ZIZVP, čl. 30. st. 1. t. 4.).³⁵ ZIZVP predviđa da se postupak za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti može pokrenuti i na prijedlog same osobe kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost, ukoliko ono može shvatiti značaj i pravne posljedice svoga prijedloga. Slučaj kad sama osoba pokreće postupak za svoje lišenje poslovne sposobnosti u teoriji se naziva „dobrovoljno lišenje poslovne sposobnosti“. Sama osoba može pokrenuti postupak radi oduzimanja poslovne sposobnosti radi zaštite interesa članova svoje uže obitelji ili radi zaštite svoje imovine. U praksi će ovi slučajevi biti rijetki, a najčešće će biti mogući ako se radi o rasipništvu.³⁶ Ista osoba ovlaštena je podnositi prijedlog o vraćanju svoje poslovne sposobnosti. Prema stajalištu sudske prakse prijedlog za oduzimanje poslovne sposobnosti mogu podnijeti samo osobe koje su na to ovlaštene zakonom.³⁷ Prema stajalištu starije

32 Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 96. – 97.

33 Tako ZEČEVIĆ, E., Porodični odnosi, Sarajevo, 2005., str. 93.

34 MILIJEVIĆ, o. c., str. 22.

35 Usporedi BĀRANIJAŠEVIĆ, V., Postupak za lišenje poslovne sposobnosti-Prema Zakonu o vanparničnom postupku Republike Srbije, "Zbornik radova Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća", Split, 2015., str. 133. – 135.

36 Usp. STANKOVIĆ, G., Postupak za lišenje poslovne sposobnosti, „Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu“, XXIII, 1983., str. 149.

37 (čl. 30. ZVFPBiH u vezi sa čl. 326. st. 1. Porodičnog zakona FBiH). Iz obrazloženja: M.I., N. B., A. D. i B. S., stanari u zgradi u ulici 22, Sarajevo, su podnijeli prijedlog za djelomično oduzimanje poslovne sposobnosti Z. B., navodeći da Z. B., prilikom posjete svojim rođakinjama koje žive u istoj zgradi, stvara probleme, oštećuje zajedničke dijelove zgrade i uznemirava ih. Općinski sud u Sarajevu odbacio je ovaj prijedlog i odredio da troškovi postupka padaju na teret predlagača. Rješenjem Kantonalnog suda, broj 009-0-GŽ-06-000774 od 24. marta 2008. godine, djelomično je usvojena žalba M.I. i ostalih predlagača, i rješenje Općinskog suda preinačeno tako da je odbijen prijedlog za djelomično

strane prakse ako postupak da se neka osoba liši poslovne sposobnosti nije pokrenut na prijedlog organa starateljstva, sud će o pokretanju postupka odmah obavijestiti nadležni organ starateljstva.³⁸ Stajalište je starije strane prakse da roditelj ne odgovara za štetu prouzrokovanu od strane svoga djeteta koje je poslije punoljetstva postalo nesposobno za rasuđivanje, ukoliko nije postavljen za njegovog staratelja.³⁹ Prema starijoj sudskoj praksi roditelj i braća osobe, koja je štetu počinila u stanju nesposobnosti za rasuđivanje (radnja duševno bolesne osobe), odgovorni su za štetu samo pod pretpostavkama iz odredbe. Stoga ne odgovaraju ako nad štetnikom nije produženo roditeljsko pravo, niti su mu bili postavljeni za staratelja, a niti su po ugovoru nad štetnikom bili dužni vršiti nadzor.⁴⁰ Prema stranoj sudskoj praksi osoba koja uslijed duševne bolesti ili zaostalog umnog razvoja ili kojih drugih razloga nije sposobna za rasuđivanje, ne odgovara za štetu koju drugome prouzrokuje. U slučaju štete koju je prouzrokovala osoba koje za nju nije odgovorna, a naknada se ne može dobiti od osobe koja je bila dužna da vodi nadzor nad njom, sud može, kad to pravičnost zahtijeva, a naročito s obzirom na materijalno stanje štetnika i oštećenika, osuditi štetnika da naknadi štetu, potpuno ili djelimično.⁴¹ Osim osoba koje su ovlaštene na temelju odredaba st. 1. čl. 30. ZIZVP-a, postupak za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti može pokrenuti i sud po službenoj dužnosti (ZIZVP, čl. 30. st. 2.). Mogućnost pokretanja postupka od strane suda po službenoj dužnosti temelji se na činjenici da se u postupku odlučuje o osobama koje nisu u mogućnosti same se brinuti o zaštiti svojih prava i interesa, odnosno koje se nalaze pod posebnom društvenom zaštitom. Sporno je kako će postupiti izvanparnični sud kada je prijedlog podnijela osoba koja nije ovlaštena na to na temelju zakona. U sudskoj praksi postoji mišljenje da se prijedlog kojega je podnijela neovlaštena osoba ne može odbaciti ako je postupak već započet, jer je sud ionako ovlašten postupak pokrenuti po službenoj dužnosti.⁴² Budući da se i postupak za lišenje i postupak

oduzimanje poslovne sposobnosti Z. B.. U obrazloženju rješenja je navedeno da je Općinski sud pravilnom primjenom materijalnog prava utvrdio da M.I. i ostali predlagači nisu aktivno legitimisani u ovom postupku. Naime, odredbama člana 30. Zakona o vanparničnom postupku ("Službene novine Federacije BiH", broj 2/98) izričito je regulisano ko može podnijeti prijedlog za oduzimanje poslovne sposobnosti, a druge osobe mogu to učiniti samo kada je to predviđeno zakonom, a u vezi sa članom 326. stav 1. Porodičnog zakona ("Službene novine Federacije BiH". br. 35/05 i 41/05), koji određuje da postupak može pokrenuti sud po službenoj dužnosti ili na prijedlog organa starateljstva, supružnika lica kome se oduzima poslovna sposobnost ili njegovi krvni srodnici u ravnoj liniji, a u pobočnoj liniji do drugog reda. U obrazloženju rješenja Kantonalni sud je dalje navedebo da je Općinski sud pogriješio što je prijedlog odbacio, jer je nedostatak legitimacije pitanje materijalnog prava, pa je prvostepeno rješenje preinačeno i prijedlog odbijen u skladu sa članom 30. Zakona o vanparničnom postupku a u vezi s članom 326. stav 1. Porodičnog zakona "Rješenje Kantonalnog suda u Sarajevu, broj 009-0-Gž-06-000774 od 24. 3. 2008. godine i rješenje Općinskog suda u Sarajevu, broj: 065-0-V-06-000 229 od 24. 2. 2006. godine.

38 Vrhovni sud Hrvatske, broj: Gzz-31/83 od 19. 5. 1983. godine - M. Žuvela, Zbirka sudskih odluka iz porodičnog prava... odl. 31.

39 Vrhovni sud Crne Gore, broj: Rev-103/82 od 29. 12. 1982. godine - Bilten VSCG, br. 12/1982, str. 4; Sudska praksa, br. 5/1983, str. 35.

40 Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj: Rev-2909/90 od 4. 4. 1991. godine - Izbor odluka, VSRH 1993, odl. 93.

41 Vrhovni sud Srbije, broj: Rev-340/98 od 1. 7. 1998. i Rev-593/99. od 25.11.1999. godine.

42 MILIJEVIĆ, str. 22.

za vraćanje poslovne sposobnosti pokreću i po službenoj dužnosti, te s obzirom na to da je u tim postupcima određujuće istražno načelo, sud bi bio dužan u povodu prijedloga ovlaštenih osoba po službenoj dužnosti utvrditi relevantno činjenično stanje.⁴³ Prema stajalištu starije strane sudske prakse ne može se odbaciti predlog za lišenje poslovne sposobnosti kada je postupak već započet, iako predlagač ne spada u krug osoba određenih zakonom.⁴⁴

IV. Nadležnost

Odredbom čl. 31. ZIZVP-a utvrđuje se mjesna nadležnost sudova za vođenje postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti. U tom smislu ZIZVP propisuje da je za vođenje postupka nadležan sud na čijem području osoba kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost ima prebivalište, odnosno boravište.⁴⁵ Svakako je u interesu osobe zbog koje se vodi ovakav postupak da bude mjesno nadležan sud na čijem području ta osoba ima prebivalište, odnosno boravište.⁴⁶ Za vođenje postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti stvarno su nadležni općinski sudovi.⁴⁷

Prema stajalištu starije strane sudske prakse u postupku za oduzimanje poslovne sposobnosti sud koji je djelomično proveo postupak ne može se oglasiti nenadležnim zbog promijenjenih okolnosti, ni po službenoj dužnosti ni po prijedlogu predlagatelja.⁴⁸ U postupku radi oduzimanja poslovne sposobnosti (svojevlasti) ne dolazi do primjene pravno pravilo iz čl. 19. ZPP, kojim je određen momenat do kojeg se može sud proglasiti mjesno nenadležnim po službenoj dužnosti i momenat do kojeg prigovor mjesne nenadležnosti može sa uspjehom staviti tuženi (protustranka).⁴⁹

V. Zabilježba vođenja postupka kod zemljišnoknjižnog suda

Odredbom čl. 32. ZIZVP-a nalaže se sudu koji vodi postupak oduzimanja ili vraćanja poslovne sposobnosti da, radi zabilježbe vođenja postupka, bez odlaganja obavijestiti organ nadležan za vođenje zemljišnoknjižne evidencije kada je osoba

43 Vidi DIKA, M., Izvanparnični postupci u obiteljskim stvarima (III.), „Pravo i porezi“, god. XIII., 2004., broj 10, str. 16.

44 Po članu 32. stav 1. Zakona o vanparničnom postupku (ZOVP) postupak za lišenje poslovne sposobnosti sud pokreće i vodi po službenoj dužnosti, bilo da ga je sam pokrenuo, bilo da su to učinila ovlaštena lica ili organi u članu 3. stav ZOVP. Tačno je da predlagač ne spada u krug lica iz člana 32. stav 1. jer je razvedeni bračni drug, ali je sud započeo postupak i treba da oceni da li ima osnova da se postupak vodi po službenoj dužnosti ili ne. Prema tome, ne može se odbaciti predlog za vođenje postupka, već sud prema okolnostima slučaja odlučuje da li i dalje treba voditi postupak po službenoj dužnosti.“ Okružni sud u Požarevcu, broj: Gž-643/90., od 11. 4. 1990. godine

45 Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 100.

46 Vidi ZEČEVIĆ, o. c., str. 40.

47 Zakon o sudovima u Federaciji BiH, "Službene novine Federacije BiH", br. 38/05, 22/06, 63/10, 72/10, 7/13, 52/14. (čl. 27.)

48 Savezni sud, broj: Grs-67/75 od 11. 3. 1975. godine - Zbirka sudskih odluka, 1976, knj. 1, sv. 4. str. 250.

49 Vrhovni sud Hrvatske, broj: R-17/70 od 11. 2. 1970. godine – Pregled sudske prakse VSH, br. 1/1970, str. 22.

kojoj se oduzima, odnosno vraća poslovna sposobnost vlasnik nepokretnosti.⁵⁰ Svakako, osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost trebala bi biti upisana u zemljišnoj knjizi kao vlasnik tih nekretnina.

Zabilježba postupka omogućava trećim zainteresiranim subjektima da se upoznaju s pokrenutim postupkom, ali je i u cilju što potpunije zaštite interesa osobe prema kojoj je pokrenut postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti. Zabilježba se upisuje u teretovnicu (list „C“). *Ratio* ove odredbe je u tome što bi u međuvremenu dok postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti traje, ta osoba mogla navedenu imovinu otuđiti, odnosno raspolagati njome na način kojim bi ugrozila svoje interese, ili interese osoba koje izdržava. Stavljanjem zabilježbe postupka u javnoj knjizi sva takva raspolaganja ostaju bez pravnog učinka. Kada se postupak okonča sud dostavlja organu nadležnom za vođenje zemljišnoknjižne evidencije pravomoćno rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti, a ukoliko odbije prijedlog za oduzimanje poslovne sposobnosti, obavještava o tome taj organ radi brisanja zabilježbe.⁵¹ Učinak zabilježbe pokretanja postupka za oduzimanje poslovne sposobnosti vlasnika nepokretnosti prestaje danom pravomoćnosti odluke kojom je odbijen prijedlog, bez obzira što zabilježba nije brisana poslije pravomoćnosti rješenja.⁵²

Prema stajalištu starije strane sudske prakse kod pokretanja postupka za lišenje poslovne sposobnosti ima mjesta postavljanju privremenog staratelja i to se ima zabilježiti u zemljišnim knjigama, a zbog samog pokretanja postupka nema mjesta donošenju, a ni zabilježbi zabrane otuđenja i opterećenja nekretnina.⁵³

VI. Obavijest matičnom uredu

Odredbom čl. 33. ZIZVP-a nalaže se izvanparničnom sudu da, radi evidentiranja vođenja postupka, o pokretanju postupka oduzimanja ili vraćanja poslovne sposobnosti obavijesti općinsku službu nadležanu za poslove vođenja matičnih knjiga u kojima je upisana osoba kojoj se oduzima, odnosno vraća poslovna sposobnost.⁵⁴ Dakle, radi se samo zabilježbi vođenja postupka, a nakon što rješenje postane pravomoćno dostavit će se službi za vođenje matičnih knjiga radi upisa promjene stanja.⁵⁵ Ako je sud prijedlog za oduzimanje, odnosno vraćanje poslovne sposobnosti odbio, obavijestit će općinsku službu za vođenje matičnih knjiga radi brisanja zabilježbe a tako je sud dužan postupiti i kada je obustavljen izvanparnični postupak vođen po službenoj dužnosti.

50 Zabilježba je prema pravnim pravilima zemljišno knjižnog prava vrsta zemljišno knjižnog upisa kojom se u zemljišnoj knjizi evidentiraju i čine javnim određeni pravno relevantni osobni odnosi titulara zemljišno knjižnih prava kao i neke pravno relevantne činjenice koje su od značaja za zemljišno knjižna prava. ZEČEVIĆ, o. c., str. 41.

51 RISTIĆ, o. c. str. 86.

52 VUKOVIĆ, o. c. str. 41.

53 Okružni sud u Slavonskoj Požegi, broj: Gž-116/72 od 21. 3. 1972. godine - Pregled sudske prakse VSH, br. 1/1972, str. 34.);

54 Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 102.

55 Vidi ZEČEVIĆ, E., Porodični odnosi, Sarajevo, 2005., str. 93.

Obavještanje matičara o pokrenutom postupku značajno je zbog toga što duševna bolest, odnosno nesposobnost za rasuđivanje predstavlja apsolutnu smetnju za zaključenje braka, a saznanje te činjenice značajno je i za zasnivanje i vršenje drugih prava te osobe (primjerice, roditeljskog prava i dr.).⁵⁶

VII. Ročište o raspravljanju o prijedlogu za oduzimanje ili vraćanje poslovne sposobnosti

Odredbom čl. 34. ZIZVP-a određuje se krug osoba koje je sud dužan, odnosno koje može pozvati na ročište za raspravljanje o prijedlogu za oduzimanje ili vraćanje poslovne sposobnosti. Tako je prema odredbi st. 1. čl. 34. ZIZVP-a, sud dužan na sva ročišta za raspravljanje o prijedlogu za oduzimanje ili vraćanje poslovne sposobnosti pozvati predlagatelja, staratelja osobe kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost, odnosno njegovog privremenog zastupnika i organ starateljstva. Predlagatelj, staratelj osobe kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost, odnosno njezin privremeni zastupnik i organ starateljstva mogu u toku postupka sudjelovati pri izvođenju dokaza i raspravi o rezultatima cjelokupnog postupka (arg. ObZ, čl. 330.). Zbog značaja koji postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti ima kako za osobu prema kojoj se postupak vodi, tako i za treće zainteresirane osobe, ZIZVP je propisao obvezno odlučivanje o prijedlogu nakon održane rasprave na ročištu (arg. ZIZVP, čl. 11. i 35.). Bez obzira sudjeluje li tijelo starateljstva u postupku oduzimanja ili vraćanja poslovne sposobnosti, sud je dužan pozivati ga na ročište (arg. ZIZVP, čl. 5. st. 2.). Sud kod koga je pokrenut postupak da se nekoj osobi oduzme ili ograniči poslovna sposobnost dužan je o tome odmah obavijestiti organ starateljstva koji će, ako je potrebno, toj osobi imenovati privremenog staratelja.⁵⁷ Dužnost privremenog staratelja prestaje kad se imenuje stalni staratelj ili kada odluka suda kojom se utvrđuje da nema mjesta oduzimanju, odnosno ograničenju poslovne sposobnosti postane pravomoćna. (ObZ, čl. 195.). Ako je organ starateljstva osobi prema kojoj se vodi postupak postavio (privremenog) staratelja, sud će i njega pozvati na ročište. Ako nije postavljen staratelj, sud će shodnom primjenom čl. 296. FZPP-a postaviti osobi prema kojoj se vodi postupak privremenog zastupnika i njega pozivati na ročišta.⁵⁸ Privremeni zastupnik (*curator ad litem*) je zakonski zastupnik kojega stranci u postupku, ako su za to ispunjene zakonom propisane pretpostavke, postavlja sud. Taj se zastupnik postavlja stranci s obzirom na određeni postupak pa bi stoga njegove ovlasti prestajale okončanjem postupka, ako ih ne izgubi i prije toga (v. FZPP, čl. 297.). Postavljanje privremnog zastupnika je posebna mjera u postupku koja je utemeljena na načelima efikasnosti i ekonomičnosti upostupku. Privremeni zastupnik ima u postupku za koji je postavljen sva prava i dužnosti zakonskog zastupnika.⁵⁹ Stajalište je sudske prakse da sud može postaviti privremenog zastupnika samo onoj osobi

56 TODOROVIĆ, o. c., str. 441.; VUKOVIĆ, o. c., str. 43.

57 Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 104. – 106.

58 Tako ZEČEVIĆ, E., Porodični odnosi, Sarajevo, 2005., str. 94.

59 Vidi kod ČIZMIĆ, J., HUSEINBEGOVIĆ, A., Privremeni zastupnik u parničnim postupcima Bosne i Hercegovine, "Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", br. 14., Mostar, 2016., str. 203. – 213. (dalje – ČIZMIĆ – HUSEINBEGOVIĆ).

kome bi to mogao učiniti organ starateljstv.⁶⁰ Prema stajalištu strane sudske prakse u izvanparničnom postupku lišavanja poslovne sposobnosti osobe koje se nalazi na liječenju u KPD - bolnica u Beogradu, mora se sprovesti postupak uz sudjelovanje organa starateljstva lica prema kome se postupak vodi, ako to mogućnosti dopuštaju, njegovog staratelja, odnosno privremenog zastupnika, shodno odredbama zakona.⁶¹ Sud bi trebao pozivati na ročište i osobu kojoj se oduzima, odnosno vraća poslovna sposobnost, osim ako ta osoba po ocjeni suda nije u stanju shvatiti značaj i pravne posljedice svog sudjelovanja u postupku (ZIZVP, čl. 34. st. 2.), odnosno ako bi zbog njezinog zdravstvenog stanja bilo nemoguće da se sasluša ili bi joj to štetilo. Sud treba nastojati u svakom slučaju pozivati na ročište i saslušati osobu prema kojoj se vodi postupak, pošto je za potpunije uvjerenje suda o poslovnoj sposobnosti te osobe važno i neposredno opažanje suda. Ovo pozivanje i saslušanje ima za cilj da se sud neposredno, u direktnom kontaktu sa strankom, uvjeri u njeno psihičko stanje. Saslušanje osobe prema kojoj se postupak vodi nema karakter saslušanja stranke. Ovo saslušanje je izviđajna radnja koju sud mora poduzeti da bi formirao podlogu za svoju odluku, jer je stekao uvjerenje o psihofizičkim kvalitetima osobe, o stupnju njene sposobnosti za normalno rasuđivanje, o njenoj sposobnosti ili nesposobnosti da se stara o svojim pravima i interesima.⁶² Štoviše, sud bi mogao, ako to smatra korisnim i potrebnim, saslušati i druge osobe koje imaju veća i bliska saznanja o zdravstvenom stanju i ponašanju osoba kojima se oduzima poslovna sposobnost.⁶³

VIII. Činjenična osnova

Odredbom st. 1. čl. 35. ZIZVP-a propisano je da sud o oduzimanju ili vraćanju poslovne sposobnosti odlučuje na temelju činjenica utvrđenih na ročištu. Činjenice (engl. *facts*, njem. *Tatsachen*) su događaji, stanja, zbivanja iz prošlosti ili sadašnjosti o kojemu ovisi nastanak, promjena ili prestanak pravnog odnosa. U postupku, za razliku od pravnog, činjenično je svako konkretno pitanje o kojemu ovisi rješenje spora odnosno određene nesporne pravne stvari. Navedenom odredbom se također uvodi i načelo usmenosti (njem. *Muendlichkeitgrunstz*) koje zahtijeva da se radnje u postupku poduzimaju usmeno na ročištima, te da se kao osnova za donošenje odluke može uzeti samo ono što je na usmenoj raspravi iznijeto. Usmenost je kao suvremeno procesno načelo prihvaćeno kao određujuće načelo u domaćim sudskim postupcima.

Držimo da sud može utvrđivati i činjenice koje sudionici nisu iznijeli, kao i činjenice koje među sudionicima nisu sporne, ako su od značaja za odlučivanje. Ako posumnja da stranke neistinito prikazuju činjenice da bi ostvarile nedozvoljeno raspolaganje zahtjevom, može narediti da se dokazuju činjenice koje su među strankama nesporne, odnosno da se izvedu i dokazi koje stranke nisu predložile (arg.

60 VS FBiH, Pž-28/97. od 6. 5. 1997. godine - Bilten sudske prakse VS FBiH, broj 1997/1, odluka broj 14.

61 Opštinski sud u Guči, broj: R-19/04 od 1. 6. 2006. i Okružni sud u Čačku, broj: Gž-1108/06 od 27. 9. 2006. godine - Sudska praksa, br. 6/2007, str. 37, odl. 97.

62 STANKOVIĆ, G., Postupak za lišenje poslovne sposobnosti, „Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu“, XXIII, 1983., dalje – STANKOVIĆ, str. 152.).

63 RISTIĆ, o. c. str. 87.

ZIZVP, čl. 8. st. 2.). U izvanparničnom postupku sud, u pravilu, nije vezan ni priznatim činjenicama. Izjava o priznanju činjenica ne oslobađa potrebe da se takva činjenica dokazuje. S obzirom na činjenicu da bi sud trebao pozivati na ročište i osobu kojoj se oduzima ili odnosno vraća poslovna sposobnost, osim ako ta osoba po ocjeni suda nije u stanju shvatiti značaj i pravne posljedice svog sudjelovanja u postupku (arg. ZIZVP, čl. 34. st. 2.), kako bi je saslušao i na temelju neposrednog zapažanja stekao potpunije uvjerenje o poslovnoj sposobnosti te osobe (o psihofizičkim kvalitetima osobe, o stupnju njene sposobnosti za normalno rasuđivanje, o njenoj sposobnosti ili nesposobnosti da se stara o svojim pravima i interesima), ZIZVP je ovlastio sud da u slučaju ako je osoba kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost smještena u zdravstvenu ustanovu), sud može u toj ustanovi održavati ročište na kojem će saslušati protivnika predlagatelja (ZIZVP, čl. 35. st. 2.). U pogledu održavanja ročišta kada to sud smatra svrsishodnim, odredbom čl. 35. ZIZVP-a propisano je da o oduzimanju ili vraćanju poslovne sposobnosti sud odlučuje na temelju činjenica utvrđenih na ročištu. Međutim, ako je osoba kojoj se oduzima, odnosno vraća poslovna sposobnost smještena u ustanovu koja obavlja zdravstvenu djelatnost, sud može u toj ustanovi održavati ročište na kojem će saslušati protivnika predlagatelja. Ovako stipulirana odredba st. 2. u pravnoj je teoriji doživjela i određene kritike. Kao prvo, smatra se da bi njezinom doslovnom primjenom sud mogao u zdravstvenoj ustanovi održati samo ročište (na kojem se izvodi više postupovnih radnji), a ne samo pojedinu izvanparničnu radnju, prvenstveno radnju saslušanja osobe koja se nalazi u zdravstvenoj ustanovi.⁶⁴ Drugo, navodi se da se osoba koja se nalazi u zdravstvenoj ustanovi u st. 1. (a i u drugim odredbama) označava kao „osoba kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost“, dok se u st. 2. ona se označava kao „protivnik predlagatelja“. Ovo se smatra neprihvatljivim ne samo zbog terminološke neujednačenosti, nego i sadržajne, jer se osoba kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost ne može se označavati riječima kao protivnik predlagatelja, pošto je prema odredbama ZIZVP-a protivnik predlagatelja samo ona osoba čiji su interesi suprotni interesima predlagatelja, a to u ovakvom postupku očito ne može biti osoba kojoj se zbog njezinog zdravstvenog stanja i drugih uzroka oduzima odnosno vraća poslovna sposobnost. Takvo označavanje je pogotovo neprihvatljivo ako je postupak pokrenut po službenoj dužnosti.⁶⁵ Odredbama čl. 7. ZIZVP-a daje se ovlaštenje sudu da iznimno, pored radnji na koje ih ZIZVP ovlašćuje, dopusti sudionicima u postupku koji nemaju poslovnu sposobnost poduzimanje (i drugih) radnji, ako ocijeni da je to potrebno radi ostvarenja njihovih prava i pravnih interesa, te ako smatra da su u stanju shvatiti značenje i pravne posljedice tih radnji.

Određena svojstva sudionika, kao što je poslovna, odnosno postupovna sposobnost, imaju značenje procesnih pretpostavaka. Zakonodavac je izbjegao u tekstu odrediti se o kakvim se „radnjama“ radi, ali držimo nedvojbenim da se radi o postupovnim, procesnim radnjama. Nadalje, smatramo da bi u pogledu mogućnosti i načina poduzimanja tih radnji shodno trebalo primijeniti odredbe FZPP-a o parničnoj sposobnosti stranaka, odnosno ovdje sudionika u postupku (arg. ZIZVP, čl. 2. st. 2.).

64 ZEČEVIĆ, o. c. str. 42.

65 ZEČEVIĆ, E., Porodični odnosi, Sarajevo, 2005., str. 95.

Odredbama članka 292. FZPP-a utvrđene su osnove za određenje pojma parnične sposobnosti te (nepotpuno) kruga nositelja te sposobnosti. Stranka koja je potpuno poslovno sposobna može sama obavljati radnje u postupku (parnična sposobnost) (FZPP, čl. 292. st. 1.). Parnična sposobnost (njem. *die Prozessfaehigkeit*) je sposobnost stranke da s relevantnim procesnopравnim učinkom samostalno ili preko zastupnika kojega je sama odredila poduzima procesne radnje u postupku. Krug nositelja parnične sposobnosti je uži od kruga nositelja stranačke sposobnosti utoliko što se parnična sposobnost ne priznaje svim nositeljima stranačke sposobnosti. Stranačka je sposobnost pretpostavka parnične, jer se parnična sposobnost može priznati samo onim osobama, organima ili oblicima udruživanja koji imaju određeni procesnopравni subjektivitet. Parnična sposobnost može biti samo potpuna (neograničena) i bezuvjeta. Osobe bez parnične sposobnosti u parnici zastupaju njihovi zakonski zastupnici (arg. FZPP, čl. 293. st. 1.). Parnična se sposobnost priznaje potpuno poslovno sposobnim fizičkim osobama (stavak 1.). U tom se smislu parnična sposobnost tih subjekta veže uz poslovnu sposobnost. Punoljetna osoba kojoj je potpuno oduzeta poslovna sposobnost nema parnične sposobnosti (*arg. a contrario* iz stavka 1. i 2.). Punoljetna osoba kojoj je djelomice ograničena poslovna sposobnost parnično je sposobna u granicama svoje poslovne sposobnosti (FZPP, čl. 292. st. 2.), što znači da bi takvoj punoljetnoj osobi trebalo priznati parničnu sposobnost u parnicama koje se tiču odnosa u kojima ima potpunu poslovnu sposobnost, dok ne bi imala parničnu sposobnost u parnicama u vezi s odnosima s obzirom na koje joj je poslovna sposobnost oduzeta ili ograničena.⁶⁶ Odredbu stavka 2. ne bi trebalo shvatiti u smislu da bi stranka kojoj je poslovna sposobnost ograničena mogla poduzimati uvjetne parnične radnje analogno kao što ih može poduzimati na području građanskopравnih odnosa osoba s ograničenom poslovnom sposobnošću, parnične radnje koje bi postale pravno valjane ako bi ih naknadno ratihabirao njezin zakonski zastupnik. Takva bi mogućnost bila protivna načelnom stavu da se u parničnom postupku iz razloza procesne ekonomije i pravne sigurnosti ne poduzimaju uvjetne parnične radnje, koji svoj izraz nalazi i u odredbi po kojoj se, dok se nedostaci koji se tiču parnične sposobnosti ne otklone, mogu poduzimati samo radnje zbog čije bi odgode mogle nastati štetne posljedice za stranku (arg. FZPP, čl. 295. st. 3.). Takva bi mogućnost, zatim, protivnu stranku dovela u neravnopravni položaj jer bi je se sililo da sudjeluje u parnici, čija bi procesnopравna valjanost ovisila o naknadnom odobrenju zastupnika stranke s ograničenom poslovnom sposobnošću, koji to odobrenje ne bi dao ako bi ishod parnice bio nepovoljan po tu stranku. Premda bi poslovno sposobnu osobu trebalo smatrati parnično sposobnom sve dok joj se pravomoćno ne oduzme poslovna sposobnost, u sudskoj je praksi izražen stav da bi osobe za koje se može zaključiti da nisu u stanju voditi računa o svojim pravima i interesima, dakle kojima bi zbog toga tek trebalo oduzeti poslovnu sposobnost, trebalo tretirati kao da nemaju parničnu sposobnost.⁶⁷ Malodobnik koji nije stekao potpunu poslovnu sposobnost parnično je

66 TRIVA, S. – DIKA, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004., dalje – TRIVA, str. 242.-243.

67 VSH: Rev- 4279/74 - ZSO 4/77-238; VSBiH: Gž-399/71 - ZSO 1/72-158; VSH: Rev-519/83 - NZ.PSP 23/84-170; VSH: Rev-231/96, IO 2/1996-108.

spособan u granicama u kojima mu se priznaje poslovna sposobnost (FZPP, čl. 292. st. 3.), što znači da bi imao parničnu sposobnost u sporovima u vezi s odnosima s obzirom na koje mu je priznata potpuna poslovna sposobnost, dok u sporovima koji bi se ticali odnosa s obzirom na koje bi imao tek ograničenu poslovnu sposobnost, ne bi imao parničnu sposobnost. Tako maloljetnik s navršениh 15 godina života koji radom ostvaruje prihode može raspolagati ostvarenom osobnim dohotkom i zaradom, pa bi mu u sporovima u vezi s tim odnosima trebalo priznati parničnu sposobnost. Maloljetnik koji je stekao potpunu poslovnu sposobnost, npr. zaključenjem braka parnično je sposoban (arg. iz stavka 3.). Stranku koja nema parničnu sposobnost zastupa njezin zakonski zastupnik (arg. FZPP, čl. 293. st. 1.). Za parničnu sposobnost stranaca mjerodavan je zakon države čiji je on državljanin (79/1. ZRSZ). Ako strani državljanin nije parnično sposoban prema tom zakonu, a sposoban je prema pravu Federacije, može sam poduzimati radnje u postupku (79/2. ZRSZ). Zakonski zastupnik takva stranog državljanina može poduzimati radnje u postupku dok on ne izjavi da sam preuzima vođenje parnice (79/3. ZRSZ). Parnična sposobnost je pozitivna procesna pretpostavka koju stranke i drugi nositelji te sposobnosti moraju imati tijekom čitavoga postupka. Na nedostatak te sposobnosti sud je dužan paziti po službenoj dužnosti tijekom prvostupanjskog postupka te žalbenog i revizijskog postupka. Nedostaci u vođenju postupka izazvani okolnošću da je u postupku sudjelovala stranka koja nije imala parničnu sposobnost mogu se otkloniti tako da poduzete radnje nesposobne stranke ratihabira njezin zakonski zastupnik ili ona sama nakon što postane parnično sposobna, svakako uz uvjet da sud prije toga nije svojom odlukom sankcionirao te nedostatke.⁶⁸ Nesporno je da sudionici koji imaju potpunu poslovnu sposobnost, imaju istovremeno i sposobnost za poduzimanje procesnih radnji u izvanparničnom postupku, dok sudionici u postupku koji nemaju poslovnu sposobnost ili im je ona ograničena, ne bi, u pravilu, mogli neposredno poduzimati radnje s procesnopravnim učinkom. Međutim, ZIZVP je u nekim slučajevima izričito predvidio da i onaj sudionik postupka, koji nema procesnu sposobnost, može ipak poduzeti određenu procesnu radnju. Tako je odredbom čl. 42. stav 2. ZIZVP-a predviđeno da osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost može izjaviti žalbu bez obzira na svoje zdravstveno stanje, a odredbom čl. 58. st. 1. ZIZVP-a predviđeno je da osoba prema kojoj je određena mjera zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi može izjaviti žalbu protiv rješenja o određivanju takve mjere. Odredbom čl. 75. ZIZVP-a određeno je da malodobne osobe mogu pokrenuti postupak za davanje dozvole za zaključenje braka i samostalno sudjelovati u tom postupku. Osim ovlasti za poduzimanje procesnih radnji u izvanparničnom postupku od strane osoba koje nemaju poslovnu sposobnost i koje su izričito propisane odredbama ZIZVP-a, odredbom čl. 7. ZIZVP-a dato je ovlaštenje sudu da može dozvoliti sudioniku koji nema poslovne sposobnosti, da pored radnji na koje je zakonom ovlašten, poduzima i druge radnje u postupku radi ostvarenja svojih prava i pravnih interesa, ako sud smatra da je u stanju da shvati značenje i pravne posljedice tih radnji. Dakle, ovu procesnu mogućnost poslovno

68 DIKA, M. -ČIZMIĆ, J., Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2000., str. 77., dalje – DIKA-ČIZMIĆ, str. 162.-164.

nesposobno lice može koristiti samo po dozvoli suda.⁶⁹ Daljnja pretpostavka za punovažnost takvih radnji jest da je osoba koja poduzima takve radnje sposobna shvatiti značaj i pravne posljedice tih radnji. Uz ispunjenje navedenih pretpostavki, takav sudionik izvanparničnog postupka mogao bi predlagati utvrđivanje činjenica, izvođenje dokaza radi utvrđenja činjenica, prekid postupka, donošenje privremene mjere, predlaganje vještačenja i sl.⁷⁰ Prije nego što dozvoli poduzimanje takvih radnji sud može na pogodan način pribaviti podatke u odnosu na ličnost sudionika, a pri tome bi trebao imati u vidu i značaj i vrstu izvanparnične stvari o kojoj se raspravlja.⁷¹

IX. Nalaz i mišljenje vještaka

Odredbama čl. 36. ZIZVP-a propisuje se obveznost vještačenja osobe prema kojoj se postupak vodi od strane vještaka medicinske struke odgovarajuće specijalnosti.⁷² Vještačenje je procesna radnja u okviru koje se od strane vještaka, kao osobe koja raspolaže posebnim znanstvenim ili stručnim znanjem i iskustvom, primjenjuju znanstvena i stručna znanja, vještine i metode na činjenice koje predstavljaju predmet vještačenja,⁷³ i kojom se pribavlja posebni dokaz - iskaz vještaka i kao takva pridonosi ostvarenju načela traženja materijalne istine. Vještaci (engl. *expert witness; surveyers, court experts*; njem. *Sachverstaendige, Gutachter, Gerichtsgutachter*; talij. *periti, periti giurati*.) su, pak, osobe koje sudu na temelju svoga stručnoga znanja iznose svoja zapažanja o predmetu vještačenja (nalaz) i svoje zaključke o određenim činjenicama izvedene na temelju rezultata toga ispitivanja (mišljenje). Vještak je, dakle, osoba pozvana da pred sudom, koristeći se svojim stručnim znanjem, iznese: svoja sadašnja stručna zapažanja potrebna za utvrđenje sadržaja neke relevantne činjenice (NALAZ) i svoje stajalište o značenju, vjerovanju, uzrocima i posljedicama određenih činjenica koje bi mogle biti važne za utvrđivanje istinitosti u dokazivanju (MIŠLJENJE).⁷⁴ Tako, primjerice, vještak medicinske struke pomaže sudu da utvrdi što je prihvatljivo u redovitoj praksi, a što u posebnim okolnostima, osiguravajući da se profesionalno određeni standardi u realnim kliničkim situacijama aktualno potvrde i usporede sa standardima iskazanim u retorici kliničkih vodiča. Drži se da uspostavljeni standardni postupci u okviru protokola i vodiča dobre prakse jesu primarno relevantni, ali ne mogu biti zamjena za vještaka, pogotovo ako postoje suprotstavljeni vodiči razvijeni u različitim bolnicama.⁷⁵ Sud bi, u pravilu, trebao pozvati vještaka uvijek kad je potrebno takvo

69 TODOROVIĆ, o. c., str. 401.

70 VUKOVIĆ, o. c., str. 13.

71 Tako RISTIĆ, o. c., str. 21. i ZEČEVIĆ, o. c., str. 13.

72 Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 108. – 109.

73 Tako SIJERČIĆ-ČOLIĆ, H. - VULETA, D. - HADŽIOMERAGIĆ, M., Komentar Zakona o krivičnom postupku, Sarajevo, 1999., str. 310.

74 TRIVA, o. c., str. 432.

75 Vidi MUJOVIĆ ZORNIĆ, H., Značaj vještačenja lekarske greške u građanskom postupku, zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", br. 6, Mostar 2008, str. 393.

stručno znanje koje bitno prelazi razinu znanja koje na tom području sudac obično dostigne. Za vještaka može u načelu biti imenovana i osoba koja ima posebno stručno znanje iz određenog područja medicinske djelatnosti. Medicinsko vještačenje je postupovna radnja u kojoj se medicinski pojmovi i instituti prevode na zakonom zadane institute i kategorije.⁷⁶ Međutim, sama medicinska stručnost nekog liječnika, pa bila ona i iznadprosječna, nikako ne jamči da će on i kao vještak zadovoljiti.⁷⁷ Stoga, svaka osoba koja se namjerava baviti vještačenjem na području medicinske djelatnosti, dužna je ispunjavati sve (druge) uvjete propisane za stalne sudske vještake. Vještaci se određuju, ponajprije, iz reda imenovanih sudskih vještaka za određenu vrstu vještačenja, ali sud nije vezan za listu sudskih vještaka, nego može po potrebi za vještaka odrediti i drugu osobu.⁷⁸ Naime, službenu listu stalnih sudskih vještaka treba shvatiti kao pomoćno sredstvo, podsjetnik, adresar osoba prikladnih za obavljanje vještačenja, i ta lista može imati samo značenje preporuke i sugestije, a ne i obvezatnog izvora.⁷⁹ Određeni vještaci dužni su iznijeti svoj nalaz i mišljenje. U nalazu se daju temeljni podaci o predmetu vještačenja i nađenom stanju, pa je nalaz svojevrsni opis predmeta vještačenja. Iz mišljenja vještaka vidi se na temelju kojih je pravila (svoje) struke vještak izveo zaključak, te je mišljenje, u stvari, odgovor koji je sud tražio od vještaka.⁸⁰ Prema odredbi st. 1. čl. 36. ZIZVP-a, vještak medicinske struke odgovarajuće specijalnosti mora pregledati osobu prema kojoj se vodi postupak te dati nalaz i mišljenje o njezinom duševnom stanju i sposobnostima za rasuđivanje. Jasno je da bi vještak svoj nalaz i mišljenje o duševnom stanju i sposobnosti za rasuđivanje takve osobe trebao izraditi na temelju isprava (dokumentacije) koje su mu prezentirane i pregleda. Samo na temelju priložene dokumentacije, nalaz i mišljenje vještaka medicinske struke odgovarajuće specijalnosti (neuropsihijatra) bez obavljenog pregleda i razgovora sa osobom prema kojoj je pokrenut postupak oduzimanja poslovne sposobnosti o potrebi upućivanja na kliniku radi ispitivanja i liječenja, ne bi se mogao prihvatiti.^{81 82} Ističe se da je zadatak vještaka medicinske

⁷⁶ Tako GNJIDIĆ, Ž. – BILIĆ, R. i dr., Uvod u medicinsko vještačenje u građanskim parnicama, Zagreb, 2008., str. 18.

⁷⁷ Vidi ZEČEVIĆ, D i drugi, Sudska medicina i deontologija, Medicinska naklada, Zagreb, 2004., str. 222.

⁷⁸ VSH, Rev- 1849/80. od 17. veljače 1981. god. – PSP, 19/205.

⁷⁹ TRIVA, o. c., str. 530.

⁸⁰ Detaljnije o tome kod ČIZMIĆ, J., O vještačenju u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine, „Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, v. 32., 2011., br. 1, str. 473.-510. i ČIZMIĆ, J., Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, „Privredna štampa”, Sarajevo, 2009., dalje – ČIZMIĆ, str. 344.-364.

⁸¹ Vidi rješenje Okružnog suda u Doboju, br. Gž-92/02. od 18. 2. 2002. godine.

⁸² Nalaz i mišljenje vještaka neuropsihijatra bez obavljenog pregleda i razgovora sa licem za koga je pokrenut postupak oduzimanja poslovne sposobnosti o potrebi upućivanja na kliniku radi ispitivanja i liječenja ne može se prihvatiti. Takav nalaz prvostepeni sud nije mogao prihvatiti iz kojih razloga je preuranjen zaključak prvostepenog suda o potrebi smještanja imenovane na kliniku, bez argumentovanog nalaza i mišljenja vještaka neuropsihijatra koji prije davanja takvog mišljenja mora pregledati lice o kome se vodi postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti. Iz tih razloga rješenje koje je donio prvostepeni sud donešeno je na osnovu nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i pogrešne primjene materijalnog stanja na štetu lica prema kome se vodi postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti. Iz rješenja Okružnog suda u Doboju br. Gž-92/02, od 18. 2. 2002. godine.

struke u postupcima za oduzimanje poslovne sposobnosti osjetljiv i kompleksan posao te da moraju odgovoriti na mnoga pitanja: postoje li određena stanja koja čine biološku pretpostavku poslovne nesposobnosti, da utvrde utječu li takva stanja i u kojem stupnju na različite psihičke procese i u kojem obimu su pogođene sposobnosti rasuđivanja i odlučivanja, da sagledaju socijalnu dimenziju osobnosti i da procjene u kojem stupnju ponašanje takve osobe može ugroziti njegove i interese osoba u njegovoj blizini.⁸³ Prema stajalištu strane sudske prakse sama činjenica pokrenutog postupka lišenja poslovne sposobnosti ne nalaže sudu i obvezu provedbe dokaza vještačenjem, ako psihofizičko stanje zdravlja predloženice ničim nije dovedeno u sumnju. Naime, psihofizičko stanje osobe temelj je raspravljanja u ovoj vrsti postupka. Zato je u postupku bilo potrebno utvrditi da li se na strani predloženice radi o osobi koja se nije u mogućnosti sama brinuti o svojim pravima i interesima. Međutim, da bi sud mogao usmjeriti svoje raspravljanje na utvrđivanje gornjih okolnosti potrebno je da onaj koji predlaže provođenje ovakvog postupka navede uzroke zbog kojih smatra da određena osoba nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima. Ti uzroci mogu ležati u postojanju neke duševne bolesti, duševne zaostalosti kao i eventualno u činjenici prekomjernog uživanja alkohola, opojnih droga ili zbog senilnosti.⁸⁴ Vještačenje se, u pravilu, obavlja u prisustvu suca, osim kada se obavlja u zdravstvenoj ustanovi (ZIZVP, čl. 36. st. 2.). Prema stajalištu starije sudske prakse osoba protiv koje se vodi postupak za lišavanje poslovne sposobnosti mora biti pregledano od najmanje dva liječnika specijalista koji će dati nalaz i mišljenje o duševnom stanju i sposobnosti te osobe za rasuđivanje.⁸⁵

X. Smještaj u zdravstvenu ustanovu

Odredbama čl. 37. ZIZVP-a uređeni su uvjeti i postupak (privremenog) smještaja u zdravstvenu ustanovu osobe kojoj se oduzima poslovna sposobnost, kada se ocijeni da je to nužno. Naime, odredbom st. 1. čl. 37. ZIZVP-a propisano je da, ukoliko je za utvrđivanje duševnog stanja i sposobnosti za rasuđivanje osobe kojoj se oduzima poslovna sposobnost po mišljenju vještaka medicinske struke nužno da se ta osoba smjesti u zdravstvenu ustanovu, sud može donijeti rješenje kojim će odrediti da ova osoba privremeno, ali najduže tri mjeseca bude smještena u takvoj ustanovi. ZIZVP je odredio maksimalan rok smještaja osobe kojoj se oduzima poslovna sposobnost u zdravstvenoj ustanovi radi promatranja i utvrđivanja njenog duševnog stanja, pošto se smatra da bi za to vrijeme bez obzira na duševno stanje zdravlja vještaci mogli dati nalaz i mišljenje o njegovom zdravstvenom stanju, odnosno sposobnosti za rasuđivanje. To je i u interesu osobe kojoj se oduzima poslovna sposobnost jer se

83 Šire o tome vidi kod ĆIRIĆ, Z. Sudsko-psihijatrijsko veštačenje u postupku lišenja poslovne sposobnosti – teorijski aspekt i praktična iskustva, "Zbornik radova "Dvadeset godina Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije", Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2003., str. 122. – 123.

84 Županijski sud u Rijeci, broj Gž-678/98 od 9. 9. 1998. godine - Izbor odluka VSRH, br. 1/1999, odl. 68.

85 Okružni sud u Beogradu, broj: Gž-2839/91., ĆOSIĆ, str. 212, odl. 2091.

otklanja mogućnost nepotrebnog zadržavanja te osobe u zdravstvenoj ustanovi.⁸⁶ U okviru članka 6. Konvencije kojim se jamči pravo na sudski postupak u pitanjima građanske naravi, na sadašnjem stupnju razvoja strasburške judikature, posebno je važno tumačenje prema kojemu prisilna hospitalizacije ne smije rezultirati s automatskim gubitkom poslovne sposobnosti, već organi vlasti moraju u svakom individualnom slučaju, pred nezavisnim i nepristranim sudskim tijelom, dokazati da je osoba nesposobna za samostalno upravljanje i raspolaganje svojom imovinom, odnosno da je nesposobna da samostalno štiti svoje interese. Princip uvažavanja funkcionalne sposobnosti nasuprot ranijem principu generalne nesposobnosti iznimno je važan, jer ne dopušta razlikovanje (diskriminaciju) temeljem pripadnosti određenoj grupi, odnosno kategoriji osoba.⁸⁷ Ako se zdravstvena ustanova, u koju je na temelju mišljenja vještaka sudskim rješenjem privremeno smještena osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost, nalazi izvan područja suda koji provodi postupak, taj sud će potrebne radnje izvesti putem nadležnog suda (ZIZVP, čl. 37. st. 2.), što će se provesti putem zamolnice.⁸⁸ Teritorijalna nadležnost sudova utvrđena je zakonima o sudovima. Sud poduzima procesne radnje na području za koje je nadležan i koje je određeno zakonom o sudovima. Izvan tog područja sud nije ovlašten poduzimati procesne radnje. Ograničenje sudova da procesne radnje mogu poduzimati samo na svome području, nužna je posljedica razgraničenja mjesne nadležnosti. Ako bi sud ipak trebao poduzeti neku procesnu radnju izvan tog područja, on će to učiniti zamolnicom općinskom sudu na čijem bi području trebalo poduzeti parničnu radnju (v. FZPP, čl. 414.-418.). Samo iznimno, ako postoji opasnost od odgode, odnosno kad bi poduzimanje procesne radnje preko zamoljenog suda tako dugo trajalo da postoji opasnost da se dokazi izgube (primjerice, zbog saslušanja teško bolesnih osoba kojima prijeti opasnost da će umrijeti, ili da treba obaviti očevid u slučaju kada će tragovi nestati i sl.), sud će poduzeti izvršenje pojedinih radnji i na području drugog suda, ali o tome mora obavijestiti sud na čijem se području treba poduzeti radnja (arg. FZPP, čl. 24.). Radi smještaja u navedenu zdravstvenu ustanovu sud je dužan donijeti posebno rješenje. Protiv rješenja rješenje kojim se određuje da osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost privremeno, ali najduže tri mjeseca bude smještena u zdravstvenoj ustanovi, dozvoljena je žalba (ZIZVP, čl. 37. st. 3.). Sud može odrediti da žalba ne zadržava izvršenje rješenja, pri čemu sud mora biti veoma obazriv jer se ovakvim rješenjem vrši izolacija osobe prema kojoj se vodi postupak, a što može prouzročiti negativne posljedice za tu osobu. Stoga bi, u pravilu, sud trebao u slučaju izjavljivanja žalbe protiv takvog rješenja primijeniti pravilo o suspenzivnom učinku žalbe.⁸⁹

86 RISTIĆ, o.c., str. 88.

87 Usp. BABIĆ-BOSANAC, S., Zaštita prava na slobodu prisilno hospitaliziranih duševno oboljelih osoba pod okriljem članka 5. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, „Pravni vjesnik“, 2009., broj 1, str. 58.

88 Vidi ZEČEVIĆ, E., Porodični odnosi, Sarajevo, 2005., str. 95.

89 ZEČEVIĆ, o. c., str. 43.

XI. Rješenje suda

Odredbama čl. 38. ZIZVP-a utvrđuje se kakve odluke izvanparnični sud može donijeti ako u postupku utvrdi da postoje uvjeti za oduzimanje poslovne sposobnosti.⁹⁰ Sud nije vezan prijedlogom ovlaštene osobe za pokretanje postupka treba li osobu protiv koje se vodi postupak proglasiti potpuno ili ograničeno poslovno nesposobno. U oba slučaja provodi se jedinstveni postupak. Tek kada izvede sve potrebne dokaze i zaključi raspravu sud donosi odluku (rješenje) hoće li osobi prema kojoj se vodi postupak potpuno ili djelomično oduzeti poslovnu sposobnost, ili će, pak, prijedlog kao neosnovan odbiti. Ako je postupak pokrenuo i vodio po službenoj dužnosti, a osnovu rezultata provedenog postupka utvrdi se da nema razloga za oduzimanje poslovne sposobnosti, sud bi trebao donijeti rješenje o obustavljanju postupka postupak.⁹¹ Ako sud utvrdi da osoba prema kojoj se vodi postupak nije sposobna za rasuđivanje i nije u stanju da se sama brine o svojim pravima i interesima, donijet će rješenje o potpunom oduzimanju poslovne sposobnosti. U slučaju da utvrdi da takva osoba zbog bolesti ili drugih razloga nije izgubila u potpunosti sposobnost rasuđivanja i samo djelomično je nesposobna da se sama brine o svojim pravima i interesima, sud bi trebao donijeti rješenje o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti.⁹² Rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti je konstitutivnog karaktera i svoj učinak proizvodi kad postane pravomoćno. Sud može, međutim, odrediti da pravne posljedice rješenja nastanu prije pravomoćnosti ako je to potrebno zbog zaštite osoba o kojima sud vodi naročitu brigu.⁹³ Rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti treba biti obrazloženo, odnosno sadržavati razloge zbog kojih je donesena odluka iz dispozitiva rješenja. Rješenje o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti dostavlja se osobi koja je podnijela prijedlog za pokretanje postupka, osobi kojoj se oduzima poslovna sposobnost, njenom staratelju i organu starateljstva, a ne mora se dostaviti osobi kojoj se oduzima poslovna sposobnost ako ona ne može da shvati značenje i pravne posljedice odluke ili ako bi to bilo štetno za njeno zdravlje. O pravomoćnosti rješenja o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti sud je dužan po službenoj dužnosti obavijestiti organ starateljstva (arg. ObZ, čl. 335.). Nezavisno od vremena nastupanja mentalne zaostalosti, sudska odluka o oduzimanju poslovne sposobnosti nema retroaktivni učinak, već ima pravni učinak od dana dostavljanja odluke.⁹⁴ Gubitak poslovne sposobnosti predstavlja za

90 Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 109. – 111.

91 STANKOVIĆ, o. c., str. 155.

92 Osobe kojima je u potpunosti oduzeta poslovna sposobnost su izjednačene sa djecom do 14 godina i njihove pravne radnje su bez ikakva pravnog učinka. Osobe kojima je djelomično oduzeta poslovna sposobnost su izjednačena sa maloljetnim osobama između 14 i 18 godina života. Organ starateljstva u postupku stavljanja takve osobe pod starateljstvo nakon donošenje rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti, određuje koje poslove može ovakva osoba poduzimati bez odobrenja organa starateljstva. To bi mogao odrediti i sud u svom rješenju o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti. (ZEČEVIĆ, E., Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa obrascima za praktičnu primjenu, Sarajevo, 2001., str. 44.)

93 Tako TRIVA, S. – DIKA, M., Izvanparnično procesno pravo, Zagreb, 1988., str. 41.

94 Rješenje Višeg suda u Subotici, Gž. 825/87. od 23. 10. 1987.

osobu gubitak građanskih i političkih prava te treba broj takvih postupaka treba pokušati smanjiti.⁹⁵

XII. Odlaganje donošenja rješenja

Odredbama čl. 39. ZIZVP-a uređeni su uvjeti i načini odlaganja donošenja rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti. U tom smislu, odredbom st. 1. čl. 39. ZIZVP-a, propisano je da sud može odložiti donošenje rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava, ako se osnovano može očekivati da će se osoba prema kojoj se postupak vodi uzdržati od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava. Odlaganje donošenja rješenja o ograničenju poslovne sposobnosti provodi se posebnom formalnom odlukom kojom se ta osoba opominje na posljedice ne postupanja po rješenju, odnosno u rješenju o odlaganju donošenja meritornog rješenja upozorit će se osoba prema kojoj se vodi postupak da će se to rješenje opozvati ako ova osoba napusti zdravstvenu ustanovu ili izbjegava liječenje.⁹⁶ To je svojevrsno uvjetno rješenje za ograničenje poslovne sposobnosti.⁹⁷ Prema stajalištu strane sudske prakse kada sud donese rješenje o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti, tada je u izreci dužan navesti vrstu poslova koje ta osoba može poduzimati samostalno, a shodno članu 40. Zakona o vanparničnom postupku. Sud je u obrazloženju bio dužan navesti razloge je li ta osoba kojoj je oduzeta poslova sposobnost djelimično moglo izdati punomoćje odbjetniku koji je izjavio žalbu.⁹⁸ Sud je dužan odložiti donošenja rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava ako se ta osoba samoinicijativno ili na prijedlog suda podvrgne liječenju u zdravstvenoj ustanovi (ZIZVP, čl. 39. st. 2.). Potrebno je da mišljenje o izgledima za izlječenje u navedenom periodu sud pribavi od nadležnog liječnika (vještaka medicinske struke) i da postoje, s obzirom na raniji život i ponašanje te osobe, realni izgledi da će se svrha ovog odlaganja postići. U rješenju o odlaganju treba navesti upozorenje o posljedicama ako osoba prema kojoj se vodi postupak bude nastavila zloupotrebjavati alkohol ili drugo opojno sredstvo u vrijeme odlaganja.⁹⁹ O odlaganju donošenja rješenja o ograničenju poslovne sposobnosti sud odlučuje rješenjem. Donošenje rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava odlaže se na vrijeme od šest do dvanaest mjeseci (ZIZVP, čl. 39. st. 3.). Ako se osoba prema kojoj se vodi postupak podvrgne liječenju,

⁹⁵ Reforma normi o oduzimanju poslovne sposobnosti punoljetnih osoba kao i o sadržaju instituta skrbnništva trebale bi pridonijeti zaštiti temeljnih prava i poštivanja njihova subjektiviteta i omogućiti ostvarivanje njihova najboljeg interesa u različitim obiteljskopравnim i društvenim odnosima. Vidi kod GALIĆ, Ž., Skrbnička zaštita osoba lišenih poslovne sposobnosti – obiteljskopравni i društveni aspekt, "Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", br. 14., Mostar, 2016., str. 440. – 447.

⁹⁶ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 112. – 113.

⁹⁷ RISTIĆ, o. c., str. 91.

⁹⁸ Opštinski sud u Gornjem Milanovcu, broj: R-337/07 od 7.11.2007. i Okružni sud u Čačku, broj: Gž-2064/07 od 20.12.2007. godine - Sudska praksa, br. 2-3/2008, str. 47, odl. 101.

⁹⁹ ZEČEVIĆ, o. c., str. 45.

odnosno ako se uzdrži od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava, prijedlog za djelomično oduzimanje poslovne sposobnosti sud bi trebao odbiti (ako je postupak pokrenut prijedlogom), odnosno obustaviti izvanparnični postupak (ako je pokrenut po službenoj dužnosti). Međutim, sud bi trebao opozvati rješenje o odlaganju provođenja rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava ako osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost nastavi sa zloupotrebom alkohola ili drugih opojnih sredstava u vrijeme odlaganja donošenja rješenja (ZIZVP, čl. 39. st. 4.). Ako sud opozove navedeno rješenje, trebao bi donijeti novo rješenje kojim će utvrditi da osoba nije ispunila uvjete odlaganja i ta se osoba oglašava djelomično poslovno sposobnom. Do donošenja konačnog rešenja o ograničenju poslovne sposobnosti za navedeni period sud zastaje s postupkom, ako prije toga ne opozove rešenje o odlaganju.¹⁰⁰ Pisano izrađeno rješenje o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti dostavlja se predlagatelju, osobi prema kojoj je vođen postupak, njezinom privremenom staratelju i organu starateljstva. Tim osobama se dostavlja i rješenje kojim je odbijen prijedlog za oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti i kada se obustavlja izvanparnični postupak. Zakonodavac nije izrijekom predvidio tko je dužan paziti uzdržava li se osoba protiv koje se vodi postupak od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava i podvrgava li se liječenju u zdravstvenoj ustanovi tijekom perioda za koje je odloženo donošenje rješenja. Za pretpostaviti je da bi obavijest o tome sudu trebali dati predlagatelj, organ starateljstva, zdravstvena ustanova u kojoj se osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost podvrgla ili trebala podvrgnuti liječenju i dr., a i sam sud bi mogao pribavljati obavijest o tome, posebno ako je ta osoba na prijedlog suda (trebala biti) podvrgnuta liječenju u zdravstvenoj ustanovi. Tumačenjem odredbe st. 4. čl. 39. ZIZVP-a, prema kojoj će se rješenje o odlaganju opozvati ako osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost nastavi sa zloupotrebom alkohola ili drugih opojnih sredstava u vrijeme odlaganja donošenja rješenja, može se zaključiti da sud ne bi trebao opozvati navedeno rješenje samo zbog toga što se osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost nije podvrgnula, odnosno što je odustala od liječenja u zdravstvenoj ustanovi. U takvoj situaciji sud bi, temeljem odredbe st. 1., ipak mogao odložiti donošenje rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava, ako utvrdi da se ta osoba, unatoč tome što se nije podvrgnula liječenju u zdravstvenoj ustanovi, uistinu suzdržava od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava.

XIII. Rješenje o vraćanju poslovne sposobnosti

Odredbom čl. 40. ZIZVP-a predviđaju se uvjeti i način vraćanja poslovne sposobnosti osobi kojoj je ona oduzeta. U tom smislu ZIZVP određuje da u slučaju kad prestanu razlozi zbog kojih je oduzeta poslovna sposobnost, sud je dužan po službenoj dužnosti ili na prijedlog ovlaštenih osoba (organa starateljstva, tužitelja, bračnog druga, djeteta i roditelja osobe kojoj se predlaže vraćanje poslovne sposobnosti, djeda, babe, brata, sestre, unuka i drugih osoba, ukoliko trajno žive u

¹⁰⁰ RISTIĆ, str. 91.

istom obiteljskom domaćinstvu sa osobom za koju se predlaže vraćanje poslovne sposobnosti, osobe kojoj se vraća poslovna sposobnost ukoliko ona može shvatiti značaj i pravne posljedice svoga prijedloga, te drugih osoba ukoliko je to predviđeno zakonom), provesti postupak i ovisno od njegovih rezultata donijeti rješenje kojim se protivniku predlagatelja potpuno ili djelomično vraća poslovna sposobnost.¹⁰¹

Prijedlog za pokretanje postupka vraćanja poslovne sposobnosti treba sadržavati činjenice koje ukazuju da su prestali razlozi zbog kojih je oduzeta poslovna sposobnost i dokaze radi utvrđivanja tih činjenica. U postupku se shodno primjenjuju odredbe o oduzimanju poslovne sposobnosti. U izreci rješenja kojim se vraća poslovna sposobnost treba navesti da prestaje važnost ranijeg rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti sa poslovnim oznakom tog rješenja. Rješenje o vraćanju poslovne sposobnosti treba biti obrazloženo i protiv njega se može izjaviti žalba. Pravomoćno rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti sud je dužan dostaviti nadležnom organu starateljstva (arg. ZIZVP, čl. 5. st. 2.), koji toj osobi određuje staratelja. Staratelj je dužan posebnom pažnjom i odgovornošću starati o štíćeniku vodeći računa o uvjetima njegovog smještaja, zdravlju i uzrocima zbog kojih je lišen poslovne sposobnosti. Posebno treba nastojati da se ti uzroci otklone i da se štíćenik po mogućnosti osposobi za samostalan život. On je dužan redovno dostavljati izvještaj organu starateljstva o ovim okolnostima i ukoliko smatra da su se kod štíćenika stekli uvjeti za vraćanje njegove poslovne sposobnosti, mora bez odlaganja obavijesti organ starateljstva. Organ starateljstva po službenoj dužnosti pokreće postupak kod nadležnog suda za vraćanje poslovne sposobnosti štíćenika, odnosno izmjenu ranije odluke, kad utvrdi da su za to ispunjeni uvjeti. Ako sud na bilo koji način dođe do saznanja da je osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost ozdravila, odnosno da je stekla sposobnost za normalno rasuđivanje tako da može sama brinuti o svojim pravima i interesima, dužan je po službenoj dužnosti pokrenuti postupak za vraćanje poslovne sposobnosti, pa ako utvrdi da su ispunjeni potrebni uvjeti, treba donijeti rješenje o vraćanju poslovne sposobnosti. Ovako će sud postupiti bez obzira radi li se o osobi kojoj je potpuno ili djelomično oduzeta poslovna sposobnost.¹⁰² U postupku vraćanja poslovne sposobnosti sud može utvrditi da se nisu stekli uvjeti za vraćanje poslovne sposobnosti. Tako, ako sud utvrdi s velikom vjerojatnošću da se ne može očekivati izlječenje ili znatno poboljšanje psihičkog stanja ili prestanak drugih okolnosti zbog kojih je osobi oduzeta poslovna sposobnost, može odbiti prijedlog za potpuno ili djelomično vraćanje poslovne sposobnosti i odrediti rok, koji ne može biti duži od godinu dana, prije čijeg isteka se ne može ponovno tražiti vraćanje poslovne sposobnosti. Prijedlog za vraćanje poslovne sposobnosti koji bi bio podnesen prije isteka roka koji sud tako odredi, sud bi morao odbaciti (ObZ, čl. 336. st. 2. i 3.). Moguće je da sud utvrdi da se nisu stekli uvjeti za vraćanje potpune poslovne sposobnosti, kako je zahtijevano u prijedlogu. Polazeći od pravnog načela da je u većem zahtjevu sadržan manji zahtjev, bilo bi moguće da sud odbije zahtjev za potpuno vraćanje poslovne sposobnosti, a da se poslovna sposobnost istim rješenjem ograniči. Drugim riječima, sud je ovlašten da donese

101 Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 113. – 115.

102 TODORVIĆ, o. c., str. 451.

rješenje kojim se djelomično usvaja zahtjev iz prijedloga i utvrditi da je osoba prema kojoj se vodi postupak djelomično poslovno nesposobna, umjesto ranije utvrđene potpune poslovne nesposobnosti. Ako sud utvrdi da nema razloga, odnosno da se nisu stekli uvjeti za vraćanje poslovne sposobnosti niti za izmjenu ranijeg rešenja, prijedlog treba odbiti. Rješenje o odbijanju prijedloga mora biti obrazloženo i protiv istog se može izjaviti žalba.

Prema stajalištu sudske prakse sud ne može donijeti rješenje o vraćanju poslovne sposobnosti kad utvrdi da nisu prestali razloga zbog kojih je predlagatelju oduzeta poslovna sposobnost.¹⁰³

XIV. Shodna primjena odredaba

Odredbom čl. 41. ZIZVP-a u postupku vraćanja poslovne propisana je shodna primjena odredaba ZIZVP-a o oduzimanju poslovne sposobnosti.¹⁰⁴

Time je izbjegnuto ponavljanje brojnih odredaba ovog poglavlja o oduzimanju poslovne sposobnosti. Tako, primjerice, i za ovaj postupak, pored zajedničkih općih odredbi ZIZVP-a, važe i odredbe kojima se uređuje postupak oduzimanja poslovne sposobnost, a koje se odnose na hitnosti postupka, isključenje javnosti, obvezno saslušanje osobe o čijem se statusu radi, izvođenju dokaza saslušanjem svjedoka, obveznom medicinskom vještačenju, ulozi organa starateljstva, žalbenom postupku, subjektima ovlaštenim za pokretanje postupka, roku u kome se taj postupak treba okončati, mjesnoj nadležnosti suda, obveznosti održavanja ročišta i pozivanja određenih sudionika postupka na ročište, sadržaju prijedloga i drugim procesno-pravnim pitanjima.

XV. Žalba protiv rješenja

Odredbama čl. 42. ZIZVP-a reguliran je institut žalbe protiv rješenja o oduzimanju ili vraćanju poslovne sposobnosti. Tako žalbu protiv rješenja o oduzimanju ili vraćanju poslovne sposobnosti mogu izjaviti osobe koje su sudjelovale u postupku

¹⁰³ Iz obrazloženja: Prema podacima spisa proizilazi da je u vrijeme kada je oduzeta poslovna sposobnost protivniku, konstatovano da je imenovani od rođenja duševno zaostao i poremećena ličnost, da se radi o primarno mentalno zaostaljoj osobi, primitivnoj i psihopatskoj ličnosti bez mogućnosti promjene, nesposoban za bilo kakav posao zbog čega mu je i oduzeta poslovna sposobnost. To što Centar navodi da je on sam sposoban da se brine o sebi i obezbijedi materijalnu egzistenciju, ali ne navodeći kako je to protivnik radio do sada, i ne nudeći nikave dokaze na te okolnosti, dok protivnik ukazuje na činjenicu života u ratnim okolnostima, poslove koje je bio prinuđen da radi, pogoršanje zdravlja jer je stariji, tvrdi da se hrani iz kontejnera, pa kod činjenice da Centar prezentuje da ima četvero djece i da se vanbračno saživio sa drugom ženom, bez dokaza šta iza toga stoji, jer ovo što je Centar u socijalnoj anamnezi naveo nisu ti razlozi. Nalaz doktora Grubača se ne razlikuje od nalaza ljekara koji su cijenjeni u postupku oduzimanja poslovne sposobnosti 1986. godine u pogledu dijagnosticiranja o kakvoj se ličnosti radi, pa kao iz provedenih dokaza proizilazi da nije došlo do prestanka tih razloga zbog kojih je oduzeta poslovna sposobnost, žalbu protivnika je valjalo kao osnovanu uvažiti, te primjenom odredbi čl. 235. st. 1. i 3. i čl. 236. i 229. stav 1. i 2. Zakona o parničnom postupku RS (Službeni glasnik RS, broj 58/03,85/03 i 74/05) preinačiti prvostepeno rješenje“ Iz obrazloženja Rješenja Okružnog suda u Bijeljini, broj Gž-796/03 od 13. 4. 2006. godine.

¹⁰⁴ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 115. – 116.

i to u roku od tri dana od dana prijema rješenja (ZIZVP, čl. 42. st. 1.). Odredbom čl. 7. ZIZVP-a dato je ovlaštenje sudu da može dozvoliti sudioniku koji nema poslovne sposobnosti, da pored radnji na koje je zakonom ovlašten, poduzima i druge radnje u postupku radi ostvarenja svojih prava i pravnih interesa, ako sud smatra da je u stanju da shvati značenje i pravne posljedice tih radnji. Upravo odredba st. 2. čl. 42. ZIZVP-a daje ovlaštenje osobi kojoj se oduzima poslovna sposobnost da može izjaviti žalbu bez obzira na svoje zdravstveno stanje i bez posebnog dopuštenja suda.¹⁰⁵ U pravilu žalba protiv rješenja u izvanparničnom postupku ima suspenzivni učinak i zadržava izvršenje rješenja, ako zakonom nije drukčije određeno (arg. ZIZVP, čl. 19. st. 1.). Upravo je odredbom st. 3. čl. 42. ZIZVP-a određeno da žalba ne zadržava izvršenje rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti, osim ako sud, iz opravdanih razloga, ne odluči drugačije. Sud bi mogao odlučiti da žalba zadržava izvršenje rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti ako, primjerice, postoje posebni razlozi da se ta osoba izolira iz sredine u kojoj živi i smjesti u zdravstvenu ustanovu, kada je njegovo duševno stanje zdravlja vrlo teško i sl., a u protivnom bi žalbi trebalo dati odgodni učinak uz puno poštovanje odredaba ovog članka o što efikasnijem okončanju ovog dijela postupka.¹⁰⁶

Odredbom st. 4. čl. 42. ZIZVP-a propisano je da prvostupanjski sud mora žalbu sa spisima bez odlaganja dostaviti drugostupanjskom sudu, koji je opet dužan donijeti odluku u roku od tri dana od dana prijema žalbe. Međutim, prema odredbi st. 4. čl. 337. ObZ-a, propisano je da je drugostepeni sud dužan donijeti odluku u roku od 15 dana od dana prijema žalbe (ObZ, čl. 337.). Iako je ObZ u odnosu na ZIZVP *lex specialis* i *lex posterior*, držimo da bi zbog intencije oba članka na hitnosti i prirode odnosa koje uređuju, ipak trebalo primjenjivati odredbu ZIZVP-a prema kojoj je drugostupanjski sud dužan donijeti odluku u roku od 3 dana od dana prijema žalbe. Protiv pravomoćnog rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti donesenog u drugom stupnju, revizija nije dopuštena (arg. ZIZVP, čl. 26.). U tom smislu postoji i sljedeća sudska praksa prema kojoj revizija protiv rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti nije dozvoljena. Protiv rješenja kojim se odlučuje o oduzimanju poslovne sposobnosti dozvoljena je samo žalba (čl. 42. ZIZVP), kao što je to slučaj i u ostalim pravnim stvarima koje se po zakonu rješavaju u vanparničnom postupku. Izuzetak je predviđen samo za odlučivanje u stambenim stvarima i o naknadi za eksproprisane nepokretnosti (čl. 26. ZIZVP), kako to pravilno konstatuju i nižestepeni sudovi.¹⁰⁷

XVI. Dostava rješenja matičnom uredu i zemljišnoknjižnom organu i utjecaj na imovinsko-pravne odnose

Odredbom čl. 43. ZIZVP-a nalaže se sudu da pravomoćno rješenje o oduzimanju, odnosno vraćanju poslovne sposobnosti dostavi organima ovlaštenima za vođenje matičnih i zemljišnih knjiga. Točnije, pravomoćno rješenje o oduzimanju odnosno

¹⁰⁵ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 116. – 120.

¹⁰⁶ RISTIĆ, o. c. str. 89.

¹⁰⁷ Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj Rev-269/02 od 29. 06. 2004. godine, Bilten broj I/2006.

vraćanju poslovne sposobnosti sud je dužan dostaviti općinskoj službi nadležnoj za poslove vođenja matičnih knjiga radi upisa u matičnu knjigu rođenih i organu nadležnom za vođenje zemljišnoknjižne evidencije radi zabiljezbe pokretanja ovakvih postupaka.¹⁰⁸ Time se štite ne samo prava i interesi ovih, nego i drugih zainteresiranih osoba, a posebno se ostvaruje i jamči sigurnost pravnog prometa u slučajevima kada su te osobe vlasnici nekretnina. Nadležnom zemljišnoknjižnom uredu dostavit će se rješenje ako je osoba kojoj je oduzeta, odnosno vraćena poslovna sposobnost upisana kao vlasnik (suvlasnik), zajednički vlasnik ili nositelj prava korištenja na određenim nekretninama.¹⁰⁹ Iako ovom odredbom nije izriječno predviđeno da se pravomoćno rješenje o oduzimanju i vraćanju poslovne sposobnosti treba dostaviti organu starateljstva, sud je dužan to uraditi jer to proizlazi iz opće odredbe čl. 5. st. 2. ZIZVP-a, pa i kada organ starateljstva nije sudjelovao u postupku. Na to upućuje i odredba čl. 192. ObZ-a prema kojoj je sud pravomoćnu odluku o oduzimanju, odnosno ograničenju, poslovne sposobnosti dužan bez odlaganja dostaviti mjerodavnom organu skrbništva, koji treba u roku od 30 dana od dana primitka odluke osobu kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost staviti pod skrbništvo. Utjecaj rješenja o oduzimanju i vraćanju poslovne sposobnosti nalazimo i kod ostavinskog postupka. Prema odredbi čl. 103. st.1. ZIZP-a popis i procjena imovine umrlog vrši se po odluci ostavinskog suda kad se ne zna za nasljednike ili za njihovo boravište, kada su nasljednici osobe koje uslijed maloljetstva, duševne bolesti ili drugih okolnosti nisu sposobne nikako, ili nisu sposobne potpuno da se same staraju o svojim poslovima, kada zaostavština treba da se preda općini ili drugoj pravnoj osobi, kao i u drugim opravdanim slučajevima. Prema odredbi čl. 103. st.2. ZIZP-a sud će narediti da se izvrši popis i procjena i u slučaju kad to zahtijevaju nasljednici, legatari ili povjerioci umrlog. Prema odredbi čl. 103. st.3. ZIZP-a popis i procjena imovine izvršit će se i bez odluke suda prilikom sastavljanja smrtovnice, ako to traži jedan od nasljednika ili legatara.¹¹⁰ Odredbama čl. 103. ZIZVP-a određen je krug osoba koje su ovlaštene dati inicijativu i odlučiti o provođenju popisa i procjene imovine umrlog. Popis i procjena imovine umrlog vrši se po odluci ostavinskog suda kad se ne zna za nasljednike ili za njihovo boravište, kada su nasljednici osobe koje uslijed maloljetstva, duševne bolesti ili drugih okolnosti nisu sposobne nikako, ili nisu sposobne potpuno same se starati o svojim poslovima, kada se zaostavština treba predati općini ili drugoj pravnoj osobi, kao i u drugim opravdanim slučajevima (ZIZVP, čl. 103. st. 1.). Dakle, radi se o slučajevima kada iz raznih razloga osobe koje bi inače bile ovlaštene i sposobne zahtijevati obavljanje popisa i procjene imovine umrlog, to nisu u mogućnosti. Sud je dužan u tvoj situaciji po službenoj dužnosti poduzimati mjere radi zaštite njihovih prava i pravnih interesa u ostavinskom postupku (arg. ZIZVP, čl. 5. st. 1.)

Prema odredbi čl. 110. st. 1. ZIZVP-a ako se utvrdi da nijedan od prisutnih nasljednika nije sposoban da upravlja imovinom (zaostavštinom), a nema zakonskog

108 Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 120.

109 ZEČEVIĆ, o. c., str. 48.

110 Vidi i o nasljedničkim izjavama kod ŠAGO, D., STANIĆ, M., Neke osobitosti ostavinskog postupka, "Zbornik radova s II. Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća", Split, 2016., str. 235. – 236.

zastupnika, ili ako su nasljednici nepoznati ili odsutni, ili kad druge okolnosti nalažu naročitu opreznost, nadležna općinska služba predat će u hitnim slučajevima imovinu ili njen dio na čuvanje pouzdanom licu, i o tome će odmah obavijestiti sud na čijem se području ta imovina nalazi, koja može ovu mjeru izmijeniti ili ukinuti. Prema odrebi čl. 110. St. 2. ZIZVP-a gotov novac, papire od vrijednosti, dragocjenosti, štedne knjižice i druge važne isprave treba u takvom slučaju predati na čuvanje sudu na čijem području se imovina nalazi. Ovaj sud će obavijestiti ostavinski sud o svim mjerama za osiguranje zaostavštine. Odredbom čl. 110. ZIZVP-a predviđene su mjere koje nadležna općinska služba može i treba poduzeti u svrhu zaštite ostavštine, kada to nisu u stanju uraditi nasljednici. Naime, u trenutku smrti ostavitelja zaostavština prelazi na nasljednike, pa oni time postaju titulari prava koja im kao nasljednicima pripadaju, od tog trenutka su dužni starati se i upravljati ostavštinom, te poduzimati mjere koje su potrebne za njezino očuvanje.

XVII. Javnost i troškovi postupka

Treba napomenuti da se općim odredbama čl. 28. ZIZVP-a uređuje sam način snošenja troškova postupka u izvanparničnom postupku. Regulirano je odredbom čl. 44. ZIZVP-a da snošenje troškova postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti na način da te troškove snosi predlagatelj. Odredbom ZIZVP-a nije regulirano snošenje troškova postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti u slučaju kada je postupak pokrenut po službenoj dužnosti. Postoji mišljenje da u nedostatku takve odredbe propisa treba smatrati da je troškove dužna snositi osoba prema kojoj se vodi postupak, svakako ako je to u mogućnosti bez štete za nužno uzdržavanje sebe i članova obiteljskog domaćinstva. U slučaju nemogućnosti da ta osoba snosi troškove postupka, trebali bi pasti na teret sredstava suda. Na naknadu troškova postupka u izvanparničnom postupku treba shodno primjenjivati odredbe FZPP-a kojima se uređuje naknada parničnih troškova u parničnom postupku. Međutim, zbog specifičnosti odnosa o kojima se raspravlja u izvanparničnom postupku, i odredbe o naknadi troškova postupka donekle se razlikuju od odgovarajućih odredaba FZPP-a. U odnosu na statusne stvari (osobno i obiteljsko stanje) o troškovima postupka sud odlučuje po slobodnoj oceni, imajući u vidu da se postupci u ovim stvarima u pravilu pokreću i vode u interesu više sudionika, odnosno i u javnom interesu. Sud je dužan voditi računa u svakom konkretnom slučaju o tome, imajući posebno u vidu opravdanost pokretanja postupka, potrebu prouzročenja troškova i njihov iznos, te i krajnji ishod postupka. Ne bi trebalo zanemariti ni materijalne mogućnosti sudionika postupka. Tako je i ZIZVP propisao da o troškovima postupka u stvarima koje se odnose na osobno i obiteljsko stanje sudionika, sud odlučuje po slobodnoj oceni, vodeći računa o okolnostima slučaja i o ishodu postupka (ZIZVP, čl. 28. st. 1.). Odluku o troškovima sud, po pravilu, donosi u rješenju kojim meritorno rješava izvanparničnu stvar i unosi je u dispozitiv tog rješenja. Osim toga, o troškovima izvanparnični sud može odlučiti i u rješenju kojim se postupak obustavlja i u rješenju o upućivanju na parnicu. Ako stranka nakon donošenja meritornog rješenja podnese zahtjev za nadoknadu troškova,

izvanparnični sud o tome odlučuje posebnim rješenjem.¹¹¹ Iznimno od pravila da u izvanparničnom postupku u predmetima koji se odnose na osobno i obiteljsko stanje sudionika sud odlučuje po slobodnoj ocjeni, u pogledu troškova postupka koji su prouzročeni sudjelovanjem organa starateljstva u izvanparničnom postupku primjenjuju se odredbe FZPP-a.

Prema stajalištu strane sudske prakse trošak zastupanja po punomoćniku u izvanparničnom postupku ne predstavljaju nužne troškove postupka i protivna strana ih nije dužna nadoknaditi. Naime, po ocjeni ovoga suda nužni trošak u izvanparničnom postupku predstavljaju samo troškovi pristojbi i troškovi očevida i vještačenja dok prema odredbama Pravnih pravila Zakona o izvanparničnom postupku trošak zastupanja pada na zastupanog.¹¹² Stajalište je strane sudske prakse da je sud ovlašten da odlučuje o troškovima, iako troškovi nisu opredeljeni u završnoj riječi predlagatelja, kada je rasprava završena. Ovde se radi o donošenju odluke bez prethodnog raspravljanja, pa je stranka podneskom o povlačenju preostalog dijela prijedloga ove troškove mogla opredjeliti, jer je na to ovlaštena zakonskom odredbom iz čl. 159. st. 3. i čl. 150. st. 1. i 2. ZPP.¹¹³ Odredbom čl. 9. ZIZVP-a propisuje se načelo javnosti izvanparničnog postupka, te određena ograničenja tog načela. Izvanparnični postupak je, u pravilu, javan (ZIZVP, čl. 9. st. 1.). Primjena načela javnosti u izvanparničnom postupku nužna je želi li se sudionicima osigurati kvaliteta postupanja koju propisuje čl. 6. st. 1. EK. S druge strane, primjenu načela javnosti ograničava činjenica da je u velikom broju izvanparničnih stvari javnost isključena, a pored toga i sama EK dopušta isključenje javnosti kada je to potrebno radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti i kada to traže interesi maloljetnika ili privatnog života stranke. Stoga je dvojbe koje se u uređivanju načela javnosti mogu pojaviti moguće nomotehnički riješiti na način da se općom odredbom propiše načelo javnosti, a potom razlozi za isključenje javnosti odlukom suda ili prijedlogom stranke ili da se propiše načelna nejavnost određenih izvanparničnih postupaka, a potom dopusti da sud javnost može uključiti ako to nije protivno volji sudionika.¹¹⁴ S obzirom na prirodu i značaj odnosa o kojima se raspravlja u statusnim stvarima razumljivo je da je javnost u toku cijelog postupka u tim stvarima isključena. Isključenjem javnosti ostvaruje se nužna diskrecija, što je ujedno i zakonska pretpostavka za vođenje važećeg postupka i odlučivanje suda. Sukladno odredbama FZPP-a, opća javnost može biti isključena na temelju zakona ili odlukom suda. Sud može isključiti javnost za cijelu glavnu raspravu ili jedan njezin dio ako to zahtijevaju interesi čuvanja službene, poslovne ili osobne tajne, zaštita interesa malodobnika, interesi javnog reda ili razlozi morala (FZPP, čl. 119. st. 1.). Shodnom primjenom pravila parničnog postupka u izvanparničnom postupku isključuje se

111 TODOROVIĆ, o. c., str. 429.

112 Županijski sud u Koprivnici, broj: Gž-265/02 od 28. 2. 2002. godine - Izbor odluka VSRH, br. 1/2003, odl. 206.

113 Opštinski sud u Nišu, broj: 1 R-489/05. od 10. 7. 2006. i Okružni sud u Nišu, broj: Gž-3390/06 od 14. 12. 2006. godine - Sudska praksa, br. 2/2007, str. 53-54, odl. 99.

114 Usp. MAGANIĆ, A., Opće institucije izvanparničnog procesnog prava (komparativna analiza hrvatskog, austrijskog i njemačkog izvanparničnog procesnog prava, doktorska disertacija, Zagreb, 2008., str. 112.

javnost u svim izvanparničnim stvarima kada sud ocijeni da to zahtijevaju razlozi morala.

XVIII. Zaključak

Na teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine postupak oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti kao statusni izvanparnični postupak reguliran je odredbama Zakona o izvanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine kao *lex generalis* i odredbama Obiteljskog zakona Federacije Bosne i Hercegovine kao *lex specialis*. Oduzimanjem ili ograničenjem poslovne sposobnosti ograničava se osoba u disponiranju subjektivnim građanskim pravima kako statusnim tako i imovinskopравnim. Osnovni razlog za provođenje postupka i intervenciju u poslovnu sposobnost jeste činjenica da punoljetna osoba nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rasuđivanje. U nedostatku regulacije u ZIZVP-u uzroka koji mogu dovesti do potpune ili djelomične nesposobnosti za rasuđivanje primjenjuju se odredbe Obiteljskog zakona kao *lex specialis*. *De lege ferenda* predlažemo da se i u izvanparnični zakon ugrade odredbe o uzrocima koji mogu dovesti do gubitka osnovnog građanskog atributa – poslovne sposobnosti da bi se precizirali uzroci koje dovode do gubitka poslovne sposobnosti. U kojoj je mjeri izražena nesposobnost za rasuđivanje ovisi i to hoće li se poslovna sposobnost oduzeti u potpunosti ili djelomično. Ako stranka nije sposobna sama brinuti o svojim pravima i interesima u postupku, a nije joj oduzeta poslovna sposobnost, sud joj može postaviti privremenog zastupnika i o tome treba bez odgode obavijestiti organ starateljstva. U ovom postupku propisuje se hitnost postupanja s obzirom da se odlučuje o oduzimanju odnosno vraćanju poslovne sposobnosti nekoj osobi koja je nužni uvjet za samostalno odlučivanje. Riječ je o osobnom interesu ali i interesu drugih osoba, a i javnom interesu što je vidljivo i iz mogućnosti pokretanja ovog postupka od strane više osoba. U radu se ističe i važnost, osjetljivost i kompleksnost medicinskog vještačenja koje osim medicinske obuhvaća i socijalnu dimenziju osobnosti kao i procjenu u kojem stupnju ta osoba može ugroziti prava i interese. Radi zaštite imovinskih prava nalaže se sudu koji vodi postupak oduzimanja ili vraćanja poslovne sposobnosti da radi zabilježbe vođenja postupka bez odlaganja obavijesti organ nadležan za vođenje zemljišnoknjižnih evidencija kada je osoba kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost vlasnik nepokretnosti. Nadalje je obveza suda da pravomoćno rješenje o oduzimanju odnosno vraćanju poslovne sposobnosti dostavi organima ovlaštenim za vođenje matičnih i zemljišnih knjiga, sve u cilju zaštite kako osobnih prava i interesa tako prava i interesa drugih osoba i javnog interesa. *De lege ferenda* predlažemo ugradnju odredbe prema kojoj bi sud bio obavezan pravomoćno rješenje dostaviti i organu starateljstva što proizilazi i iz općih zakonskih odredbi, a i odredbi obiteljskog zakona. Radi zaštite imovinskih prava predlažemo *de lege ferenda* odredbu prema kojoj bi sud bio dužan takvu obavijest poslati i finansijskoj instituciji ukoliko stranka ima određena finansijska primanja i poslodavcu. Zaštita odraslih osoba lišenih poslovne sposobnosti provodi se primjenom instituta skrbništva i roditeljske skrbi za punoljetne osobe preko

kojeg se osigurava skrb i briga o osobnim i imovinskim pravima i interesima štićenika. Izuzetno je važna regulacija ovog područja jer se oduzimanjem poslovne sposobnosti aktivira institut skrbništva. Izuzetno su važne odluke skrbnika u području odlučivanja o zdravlju štićenika, odluke o mogućnosti obrazovanja, zapošljavanja, o mjestu stanovanja, mogućnosti samostalnog stanovanja, odluke koje se odnose o slobodnom vremenu, a također briga o imovinskim pravima štićenika, raspolaganja imovinom, nasljeđivanjem. S obzirom na mogućnost nezakonite manipulacije u ovom području, posebice je važna regulacija nadzora nad radom skrbnika. Trebalo bi ugraditi u zakon odredbu prema kojoj bi se vršila peridična provjera po službenoj dužnosti i pokrenuo postupak vraćanja poslovne sposobnosti ukoliko se utvdi da ne postoje pretpostvake za oduzimanje poslovne sposobnosti. U odredbama ZIZVP-a o ostavinskom postupku propisana je obveza suda koji je po službenoj dužnosti dužan poduzimati mjere zaštite prava i interesa u ostavinskom postupku osoba koje nisu sposobne za rasuđivanje. Nadalje je regulirano da ako nijedan od prisutnih nasljednika nije sposoban upravljati imovinom, a nema zakonskog zastupnika, nadležna općinska služba predat će u hitnim slučajevima imovinu na pouzdano čuvanje. Vidimo da postoji opća javna briga zaštite imovinskih prava osoba koje nisu sposobne za rasuđivanje, a kojima nije u postupku oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost. Što se tiče troškova postupka regulirano je da snošenje troškova postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti na način da te troškove snosi predlagatelj. Odredbom ZIZVP-a nije regulirano snošenje troškova postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti u slučaju kada je postupak pokrenut po službenoj dužnosti, gdje smatramo da bi ta sredstva trebala pasti na račun suda.

Dr. sc. Jozo Čizmić, Full Professor
Law Faculty, University of Split

Dr. sc. Viktorija Haubrich, Assistant Professor
Law Faculty, University of Mostar

**DEPRIVATION AND RESTORATION OF LEGAL CAPACITY WITH
REGARD TO PROPERTY LAWS OF PEOPLE WHO ARE DEPRIVED
THEIR LEGAL CAPACITY IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND
HERZEGOVINA**

Summary

In this paper authors present the non-contentious proceedings on the Deprivation and Restoration of Legal Capacity and their legal consequences. The non-contentious court in the procedure of deprivation and restoration is obliged to establish whether an adult due to his/her partial or total disability is capable to judge and take care of his/her own rights and interests. According to that judgment the court has the power to deprive those people their full or partial legal capacity or to restore the full or partial legal capacity of those adults whose reasons for depriving them full or partial legal capacity have vanished. This subject opens complex themes and therefore authors will present this procedure regarding its impact on the private sphere of status rights, but also regarding its impact on property-legal affairs.

Keywords: the non-contentious proceedings on the Deprivation and Restoration of Legal Capacity, a request for an initiation of proceedings, the impact of the verdict on property and status rights

Dr. sc. Irena Majstorović, vanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UGOVORNO UREĐENJE IMOVINSKIH ODNOSA BRAČNIH DRUGOVA I AUTONOMIJA VOLJE **

Bračni ugovor dijelom je hrvatskog obiteljskopravnog sustava već dva desetljeća. Norme Obiteljskog zakona, kao temeljnog propisa za ovaj institut oduvijek su malobrojne i izmjenama propisa sadržajno netaknute. Ključno načelo u regulaciji ugovornog uređenja imovinskih odnosa bračnih drugova jest autonomija volje stranaka, koje su gotovo neomeđene u svojoj dispoziciji.

Čini se da tri pitanja ipak i danas iziskuju posebnu pozornost, te su stoga temom ovoga rada. Prvo je dopuštenost ugovaranja uzdržavanja između članova obitelji bračnim ugovorom, u svjetlu raskoraka između načela autonomije i načela obiteljske solidarnosti. Drugo je razmatranje smislenosti zabrane ugovaranja stranoga prava kao mjerodavnog za imovinske odnose bračnih drugova, osobito s obzirom na europske integracijske procese. I konačno, treća je tema rada korisnost odnosno poželjnost osnivanja posebnog registra bračnih drugova. U radu se nastoji odgovoriti na ova otvorena pitanja i ponuditi rješenja *de lege ferenda*.

Ključne riječi: bračni ugovor, hrvatski Obiteljski zakon, registar bračnih ugovora, autonomija volje.

1. Opće napomene o institutu bračnog ugovora

Bračni ugovor pravni je instrument kojim bračni drugovi uređuju svoje imovinskopravne odnose na postojećoj ili budućoj imovini. Bračni ugovor predstavlja način prilagodbe zakonskog imovinskog režima potrebama, interesima i željama bračnih drugova. U hrvatski je pravni sustav uveden Obiteljskim zakonom 1998. godine,¹ te je u kasnijim izmjenama propisa ostao u biti nepromijenjen. Odredbe o bračnome ugovoru malobrojne su, no, čini se, dostatne potrebama prakse. Tri se norme obiteljskih zakona² odnose na ovaj institut,² te se navode u izričaju propisa sada na snazi, tj. Obiteljskog zakona iz 2015. godine.³ Pojam bračnog

** Ovaj je rad napisan u okviru projekta „Novi hrvatski pravni sustav“ Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

1 Narodne novine, br. 162/1998.

2 Usp. čl. 259-261. Obiteljskog zakona iz 1998. godine, čl. 255-257. Obiteljskog zakona iz 2003. godine (Narodne novine, br. 116/2003., 17/2004., 136/2004., 107/2007., 57/2011., 61/2011., 25/2013. i 5/2015.), te čl. 40-42. (suspendiranog) Obiteljskog zakona iz 2014. godine (Narodne novine, br. 75/2014. i 5/2015).

3 Narodne novine, br. 103/2015., dalje u bilješkama: ObZ.

ugovora tako označava sporazum nupturijenata ili bračnih drugova⁴ kojim se "mogu urediti imovinskopravni odnosi na postojećoj ili budućoj imovini".⁵ Zakonodavac, razumljivo, nije pobliže odredio predmet bračnoga ugovora, već je to prepustio autonomiji volje stranaka, kao načelu koje je dominantno u uređenju ovoga instituta.

Danas, nakon dva desetljeća čini se da su upravo pitanja autonomije volje ona koja zahtijevaju posebnu pozornost (hrvatske) obiteljskopravne teorije, te su stoga tri dvojbe predmetom ovoga rada, a to su: ugovaranje uzdržavanja kao mogućeg predmeta bračnoga ugovora; određivanje stranoga prava kao mjerodavnoga za imovinske odnose bračnih drugova te konačno, razmatranje potrebe uspostave posebnoga registra bračnih ugovora. Prva je dakle dvojba o dopuštenosti odnosno smislenosti ugovaranja uzdržavanja između članova obitelji bračnim ugovorom, budući da je, *inter alia*, riječ o suprotstavljanju načela autonomije volje i ostalih načela obiteljskoga prava, osobito načela obiteljske solidarnosti. Nastojat će se dokazati da bi u ovome segmentu autonomija volje trebala biti izrijekom ograničena. Druga je dvojba o pravnoj prirodi zabrane ugovaranja stranoga prava. U svjetlu tvrdnje da je riječ o materijalnopravnoj, a ne kolizijskopravnoj normi, razmatra se hoće li europski integracijski procesi, a osobito pokretanje pojačane suradnje pojedinih država članica Europske unije, uključujući Republiku Hrvatsku, vezano uz bračnoimovinske režime dovesti do bespredmetnosti zabrane ugovaranja stranoga prava. Polazna je postavka autorice da ova norma i danas zadržava vrijednost, a da europski procesi, postavljajući dodatna ograničenja novim mehanizmima kao što je upravo pojačana suradnja, navedeno potvrđuju. Treća tema koju vrijedi posebice razmotriti jest potreba za postojanjem odnosno poželjnošću osnivanja posebnog registra bračnih ugovora, koji bi mogao biti korak naprijed u podizanju razine pravne sigurnosti stranaka takvih ugovora, kao i poštenih trećih koji s njima sklapaju pravne poslove. U radu se nastoji odgovoriti na ova pitanja te ponuditi rješenja *de lege ferenda*.

2. Ugovaranje uzdržavanja kao uglavak bračnog ugovora

Predmet bračnoga ugovora nije izrijekom određen, stoga uglavci mogu doista biti raznovrsni. Načelno, svaki sporazum koji nije protivan prisilnim propisima bio bi dopušten, te bi tako predmetom bračnog ugovora mogli biti primjerice "određivanje različitih udjela u bračnoj stečevini, određivanje prihoda kao vlastite imovine, određivanje prava prvokupa na imovini, uprava ili raspolaganje imovinom, odricanje od prava da zahtijevaju diobu bračne stečevine na određeno vrijeme, određivanje da su darovi učinjeni iz bračne stečevine vlastita imovina daroprimca, način razvrgnuća bračne stečevine tako da pojedine stvari ili prava uđu u dio jednoga bračnog druga, razvrgnuće bračne stečevine, uspostava služnosti i slično".⁶

⁴ Valja istaknuti da ugovor istoga sadržaja mogu sklopiti i izvanbračni drugovi (usp. čl. 11. ObZ) te životni partneri (usp. čl. 4. te osobito čl. 53. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola, Narodne novine, br. 92/2014.).

⁵ Čl. 40. st. 1. ObZ.

⁶ Korać Graovac, A.: Imovinski odnosi, u: Alinčić, M.; Hrabar, D.; Jakovac-Lozić, D.; Korać Graovac, A.: Obiteljsko pravo, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 516-

Pitanje koje dugo izaziva pozornost stručne javnosti jest ono o dopuštenosti ugovaranja uzdržavanja kao predmeta bračnog ugovora te se nerijetko zagovarala izričita zabrana takve mogućnosti. Temelj je takvoga prijedloga svijest o tome da bi suprotno rješenje, dakle dopuštanje ugovaranja uzdržavanja unijelo pomutnju u ovaj obiteljskopравни institut.⁷ Naime, obiteljskopravno uzdržavanje je zakonska obveza, budući da su “sve osobe koje su se dužne međusobno uzdržavati zakonom izrijekom navedene, prema tome u kojem se međusobnom odnosu nalaze.”⁸ Uzdržavanja se nadalje nitko ne može unaprijed odreći, te “stranke ne mogu ugovorno raspolagati na način da se odreknu prava ili dijela prava koje im po zakonu pripada”⁹.

Također, valja podsjetiti da su uzdržavanje i uređenje imovinskih odnosa posve različiti koncepti, što M. Harding jasno uočava na primjerima kontinentalnopravnih sustava u kojima su ovi instituti i različite cjeline unutar propisa, što je dakako slučaj i u hrvatskome pravu, te tim više nema potrebe za stvaranjem drugačijeg pravnog okvira. No, s obzirom na trendove razvoja obiteljskog prava općenito, vrijedi načiniti razlikovanje između ugovaranja uzdržavanja između stranaka ugovora, tj. bračnih drugova međusobno od ugovaranja uzdržavanja djece, osobito maloljetne.

U odnosu na uzdržavanje između bračnih drugova, valja reći da bi ova mogućnost posljedično mogla značiti da se jedan bračni drug unaprijed oslobađa obveze uzdržavanja, a drugi bračni drug stječe određenu imovinu, zapravo odričući se od prava na postavljanje zahtjeva za uzdržavanjem.¹⁰ Premda zakonodavac ne može pretpostavljati da se ovakvi uglavci ne pojavljuju povremeno u praksi, držimo da bračne drugove ne treba u tom smislu dodatno ohrabrivati. Ako bi predmet bračnoga ugovora doista bila “zamjena” postojeće ili buduće bračne stečevine za uzdržavanje, suglasni smo sa stajalištem D. Hrabar da bi tom ugovoru trebalo priznati valjanost samo ako “kompenzirani” dio odgovara iznosu koji je bračni drug dobio na ime uzdržavanja, te da bi tada, sve dok ne postoji izričita zabrana ugovaranja, svaki takav ugovor trebalo prosuđivati od slučaja do slučaja.¹¹

Potvrdu navedenih postavki možda možemo pronaći i u novim rješenjima važećeg propisa. Naime, sukladno članku 302. stavci 1. i 2. Obiteljskog zakona, bračni drugovi mogu sklopiti sporazum o uzdržavanju u slučaju razvoda braka, pri čemu se mogu sporazumjeti o visini uzdržavanja, načinu ispunjavanja obveze te

517.

7 Tako: Hrabar, D.: Režim stjecanja i diobe imovine bračnih drugova u hrvatskom i poredbenom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 44, 3, 1994., str. 251.

8 Korać Graovac, op. cit. (bilj. 6), str. 443.

9 Ibid., str. 444. Sukladno čl. 286. ObZ, odricanje od prava na uzdržavanje nema pravnog učinka. Nadalje, ovlaštenici prava na uzdržavanje mogu se odreći već stečenih prava po osnovi uzdržavanja, odnosno mogu s njima raspolagati na drugi način, s time da se potonja odredba ne primjenjuje na uzdržavanje maloljetne djece. Drugim riječima, osim kad je riječ o uzdržavanju maloljetne djece, ne isključuje se mogućnost faktičnog odricanja prava putem neutuživanja uzdržavanja, no to ne mijenja jedno od osnovnih obilježja ovoga instituta.

10 Usp. čl. 295. st. 1. ObZ: Bračni drug koji nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz svoje imovine, a nije sposoban za rad ili se ne može zaposliti, ima pravo na uzdržavanje od svojeg bračnog druga ako ovaj za to ima dovoljno sredstava i mogućnosti.

11 Tako: Hrabar, D.: Status imovine bračnih drugova - neka pitanja i dvojbe, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 9, 2002., str. 59.

trajanju i prestanku obveze uzdržavanja. Stavkom 3. istoga članka određuje se da bračni drugovi mogu sporazum o uzdržavanju sklopiti u pisanom obliku i predložiti da sud u izvanparničnom postupku odobri sporazum kako bi stekao svojstvo ovršne isprave. Premda to nije vidljivo iz Obrazloženja Konačnog prijedloga Obiteljskog zakona,¹² možda je time zakonodavac potvrdio nesklonost tendenciji da se i ovo pitanje uređuje bračnim ugovorom.

Usporedivo je s ovim rješenje njemačkoga prava koje dopušta sklapanje ugovora o uzdržavanju u slučaju razvoda braka u kojem se može ugovoriti uzdržavanje bračnih drugova i djece (potc. aut.).¹³ Navedeno se u obiteljskopravnoj teoriji tumači na način da ovo rješenje ne znači da obveza uzdržavanja više ne postoji, već samo da je tu obvezu preuzeo drugi bračni drug “primjerice u situaciji u kojoj je jedan bračni drug iznimno dobrog imovnog stanja, za razliku od drugoga koji to nije”.¹⁴

Značajno je spomenuti i presedanski predmet o kojem je odlučivao Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva - Radmacher v. Granatino.¹⁵ U ovome je predmetu žena bila njemačkog, a muž francuskog državljanstva, te su kao nupturijenti sklopili bračni ugovor u Njemačkoj pred njemačkim javnim bilježnikom, te su odredili njemačko pravo kao ono po kojem se prosuđuju uglavci ugovora. Tako je, *inter alia*, određen režim odvojenosti imovina, što posljedično znači da svaki bračni drug svojom imovinom upravlja samostalno, a oboje su se odrekli prava zahtijevati uzdržavanje po prestanku braka. Muž je po prestanku braka, ukratko rečeno, pred britanskim sudovima nastojao dokazati da navedeni ugovor ne treba izazivati pravne učinke, kako zbog neizravno istaknutih mana volje, tako i činjenice da je ugovor sklopljen u inozemstvu.

12 Vlada Republike Hrvatske, Obrazloženje Konačnog prijedloga Obiteljskog zakona, rujan 2015., P.Z.E. br. 847, dostupno na: <http://www.sabor.hr/fgs.axd?id=43344>, 14.2.2018.

13 Usp. § 1585. c njemačkog Građanskog zakonika: *Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen. 2. Eine Vereinbarung, die vor der Rechtskraft der Scheidung getroffen wird, bedarf der notariellen Beurkundung. 3. § 127a findet auch auf eine Vereinbarung Anwendung, die in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Prozessgericht protokolliert wird. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787) geändert worden ist.*

14 Usp.: Rešetar, B.: *Obiteljskopravno uzdržavanje s posebnim osvrtom na uzdržavanje djece u zakonodavstvu i sudskoj praksi u Republici Hrvatskoj*, magistarski rad, Poslijediplomski studij građanskopravnih znanosti, Pravni fakultet u Zagrebu, 2003., str. 62. *et seq.*

15 *Radmacher (formerly Granatino) v Granatino*, [2010] UKSC 42, dostupno na: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0031-judgment.pdf>, 5.3.2018. (dalje u tekstu: *Radmacher v. Granatino*).

Vrhovni je sud potvrdio stajalište koje je zauzeo žalbeni sud te utvrdio da predbračni ugovori neće izazivati pravne učinke ako smjeraju tome da spriječe financijsko poravnanje utemeljeno na potrebi ili naknadi odnosno kad je nužno u financijskom smislu zaštititi dijete obitelji. Drugim riječima, tumači M. Harding, takvo raspolaganje neće izazivati učinke osim ako sud ne nađe da je moguće podmiriti potrebe bračnih drugova ili djece bez “preraspodjele imovine“ (*redistribution of property*).¹⁶ S time u vezi autorica s pravom ističe da će ova pretpostavka biti ispunjena samo u slučajevima osobito imućnih bračnih drugova.¹⁷

Vrijedi podsjetiti da su se u britanskome sustavu dugo bračni ugovori stranke kojih bi bili (hrvatskom pravnom terminologijom izrečeno) nupturijenti ili bračni drugovi tijekom trajanja bračne zajednice smatrali protivnima javnom poretku. Držalo se da brak kao institut obuhvaća dužnost zajedničkog života te da bi sporazum koji bi sadržavao uglavak o mogućnosti rastave bio smatram ohrabrenjem da doista do rastave i dođe.¹⁸ Za razliku od toga, ugovorima o rastavi odnosno o uređenju rastave koja je već nastupila, sudovi su priznavali pravne učinke.¹⁹ Suci Vrhovnoga suda i u ovome su predmetu zauzeli stajalište da više nema potrebe za takvim razlikovanjem, te da ove vrste odjeka autonomije volje treba jednako razmatrati.²⁰ No, potvrdio je Sud, autonomija nije neograničena.

Nije stoga neosnovano tvrditi, a izdvojeno mišljenje Lady Hale u ovome predmetu to i potvrđuje, da država treba, dakako u granicama pravičnosti i smislenosti, ograničiti autonomiju volje stranaka. S time je povezana i uloga suda, koja zasigurno nadmašuje puko potvrđivanje sporazuma stranaka.²¹ Lady Hale tako dvoji o mogućem predviđanju različitih ishoda, ovisno o ponašanju bračnih drugova tijekom braka, primjerice u slučaju određivanja da će žena imati pravo na uzdržavanje u određenom iznosu po svakoj godini braka, pod uvjetom da je bila dobra domaćica.²² Suglasni smo s njezinim mišljenjem da je riječ o složenom i teškom pitanju (“*these are deep waters indeed*“).²³

Ugovaranje uzdržavanja općenito znači posvemašnje oživotvorenje načela autonomije volje, a na uštrb načela obiteljske solidarnosti. Dakako, obiteljska solidarnost po prirodi stvari obilježava samo zakonski bračnoimovinski režim, no ne znači da bi je u ugovornome režimu trebalo potpuno zanemariti.

16 Harding, M.: *The harmonisation of private international law in Europe: taking the character out of family law?* Journal of private international law, 7, 1, 2011., str. 206.

17 *Ibid.* Zanimljivo je spomenuti, za hrvatske prilike nedostižno rješenje, kojim je prvostupanjski sud dosudio mužu iznos od pet i pol milijuna funti kako bi se djeci, općenito govoreći, omogućio isti životni standard do završetka redovitog obrazovanja. Žalbeni je sud ovu odluku preinačio, što je potvrdio i Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva. O bitno češćim izazovima u praksi, usp.: Korać Graovac, A.: *Uzdržavanje kao sredstvo ostvarenja prava djeteta na životni standard*, u: Hrabar, D. (ur.): *Prava djece - multidisciplinarni pristup*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016., str. 83-98.

18 Radmacher v. Granatino, str. 11.

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*, str. 24.

21 Tako je E. Butler-Sloss prije dva desetljeća podsjetila: “*The court is not a rubber stamp*“. Usp. predmet *Kelley v. Corston* [1998] QB 686, str. 714. Navedeno prema *Radmacher v. Granatino*, str. 52.

22 *Ibid.*, str. 64.

23 *Ibid.*

Postoje dakako i sustavi u kojima obiteljska solidarnost, vezana i uz uzdržavanje, nema čini se ni približno takvo značenje kao primjerice u hrvatskome. Obilježje je primjerice škotskoga sustava da pristanak na sklapanje braka znači preuzimanje obveze uzdržavanja za vrijeme trajanja braka, no ne i nakon njegova prestanka.²⁴ Također, čak i za trajanja braka, ta obveza nije apsolutna te se bračni drugovi pod određenim uvjetima mogu sporazumjeti o modalitetima njezina ispunjenja.²⁵ U Švedskoj također nije uobičajeno da nakon razvoda braka sud odluči o obvezi jednog bračnog druga da uzdržava drugoga.²⁶ Uvjereni smo da to nije put kojim bi hrvatsko obiteljsko pravo trebalo kročiti.

Stoga bismo se, i ako bi se držalo uređenje međusobnog uzdržavanja bračnih drugova dopustivim uglavkom bračnog ugovora, zalagali da se mogućnost ugovaranja uzdržavanja djeteta, osobito maloljetnog zabrani kao uglavak bračnoga ugovora. Navedena je tema razmotrena i u okviru djelovanja uže radne skupine za izradu hrvatskog Obiteljskog zakona tijekom 2017. godine, no ova promišljanja zbog nedostatka konsenzusa unutar radne skupine nije slijedio odgovarajući zakonodavni prijedlog.

I nadalje, međutim, držimo da je posve realna opasnost da se bračni drugovi putem bračnog ugovora sporazume o uzdržavanju djeteta pritom pogodujući isključivo vlastitim interesima, ili interesima jednoga od njih, pritom posve zanemarujući (najbolji) interes djeteta. Za razliku od mogućnosti sklapanja sporazuma o uzdržavanju ili pak nagodbe o uzdržavanju²⁷ kad ovu dispoziciju volje stranaka kontrolira državno tijelo, dakle sud, kod bračnih ugovora takva je mogućnost kontrole po prirodi stvari otklonjena. Stoga doista nema jamstva da će se poštivati jedno od temeljnih načela – načelo zaštite najboljeg interesa i dobrobiti djeteta. Mišljenja smo da je određenje uzdržavanja kao zakonske obveze u uvjetima narušene obiteljske kohezije sve važnije. Prigovor da bi trebalo omogućiti ugovaranje uzdržavanja pod uvjetom da se u pojedinom slučaju ugovori iznos viši od onoga koji bi, očekivano, bio dosuđen u sudskom postupku, nije relevantan, jer nema nikakve zapreke da obveznik uzdržavanja dobrovoljno plaća više nego što je njegova utvrđena obveza.

Suglasni smo s načelnom postavkom da nema razloga ograničavati načelo autonomije volje u području imovinskih odnosa (bračnih drugova).²⁸ Međutim, sukladno općim pravilima obveznog prava, nijedan ugovor, pa tako ni bračni, ne smije biti protivan prisilnim propisima. Stoga je otvoreno pitanje je li važnost uzdržavanja

24 McK Norrie, K.: *Marital agreements and private autonomy in Scotland*, u: Scherpe, J. M. (ur.): *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012., str. 299.

25 *Ibid.*

26 Jänterä-Jareborg, M.: *Marital agreements and private autonomy in Sweden*, u: Scherpe, J. M. (ur.): *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012., str. 394.

27 Čl. 426. ObZ propisuje: U postupku radi uzdržavanja djeteta sud nije vezan zahtjevima stranaka, a sporazum stranaka uzet će se u obzir ako je u skladu s dobrobiti djeteta, te će dopustiti sklapanje sudske nagodbe.

28 Korać Graovac, *op. cit.* (bilj. 6), str. 515. Navedeno načelo primjerice omogućava diobu bračne stečevine na način, dakako uz poštivanje općih pravila obveznoga prava, da jedan bračni drug postane vlasnikom cjelokupne bračne stečevine.

kao obiteljskopravnog instituta tako velika da bi se zaobilaženje njegove svrhe moglo smatrati povredom prisilnoga propisa. U odnosu na uzdržavanje djece, držimo da je upravo u toj argumentaciji prilog *de lege ferenda* za zabranu mogućnosti određivanja uzdržavanja za djecu kao uglavka bračnog ugovora.

3. Zabrana ugovaranja primjene stranoga prava na imovinskopravne odnose bračnih drugova

Imovinski odnosi bračnih drugova određeni su četvorima načelima. To su ravnopravnost bračnih drugova, obiteljska solidarnost u slučaju primjene zakonskoga režima, zaštita autonomije volje stranaka te zaštita prava poštenih trećih osoba.²⁹ Od navedenih, načelo autonomije volje smatra se dominantnim u ugovornim režimima, jer je upravo smisao bračnih ugovora ostvariti dozvoljeni otklon od zakonskog režima kakav odgovara potrebama stranaka. Država poštuje autonomiju bračnih drugova u širokome opsegu, no ta autonomija nije neograničena, drugim riječima, načelo autonomije volje nije apsolutno.

Uz opća ograničenja ugovornoga prava koja slijede ponajprije iz Zakona o obveznim odnosima,³⁰ postoje i ona ograničenja koja proizlaze iz smisla i dosega bračnih ugovora. Na ovome ćemo mjestu razmotriti zabranu ugovaranja stranoga prava. Naime, Obiteljski zakon u članku 42. propisuje da nije dopušteno bračnim ugovorom ugovoriti primjenu stranoga prava na imovinskopravne odnose. Ovom se odredbom prije svega želi “osigurati primjena hrvatskoga prava kad god su bračni drugovi hrvatski državljani”.³¹

Ključni argument za ograničavanje autonomije stranka leži u posebnosti bračnog ugovora, koja proizlazi iz posebnosti odnosa, tj. veze između bračnih drugova. Drži se da bi suprotno postupanje moglo dovesti do ugovaranja primjene prava koje uređuje imovinskopravne odnose na način nespojiv s nacionalnim sustavom, primjerice da se njime jedan bračni drug (u pravilu žena) stavlja u nepovoljniji položaj. Nadalje, zakonodavac, s pravom, smatra da bračni drugovi najbolje poznaju svoje nacionalno pravo, te će biti upoznati i s njegovim eventualnim promjenama.

Valja dodati i činjenicu da je i u sustavima u koje se hrvatski sustav nerijetko ugleda, kao što su švicarski, talijanski ili njemački, ova zabrana ili *tacite* određena ili je izrijeком navedena. Primjeri su sustava u kojima se na temelju norme zaključuje da se zabranjuje ugovaranje primjene stranoga prava švicarsko i talijansko pravo. U švicarskome pravu, Građanski zakonik (*Zivilgesetzbuch*) propisuje u članku 182. stavak 2. da bračni drugovi mogu imovinskopravni režim izabrati, isključiti ili mijenjati isključivo u okviru zakonskih granica.³² Na temelju ove norme, a vezano uz pravila nacionalnog međunarodnog privatnog prava zaključuje se da je bračnim

²⁹ *Ibid.*, str. 499-500.

³⁰ Narodne novine, br. 35/2005., 41/2008., 125/2011. i 78/2015.

³¹ Korać Graovac, *op. cit.* (bilj. 6), str. 517.

³² *Die Brautleute oder Ehegatten können ihren Güterstand nur innerhalb der gesetzlichen Schranken wählen, aufheben oder ändern. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2018).*

drugovima zabranjeno ugovaranje primjene stranog prava na imovinske odnose.³³

Ugovaranje stranoga prava na sličan način priječi i talijanski sustav. Naime, odredbom članka 161. talijanskog Građanskog zakonika (*Codice civile*) propisuje se da bračni drugovi ne mogu na općenit način odrediti da će njihovi bračni odnosi biti u cijelosti ili djelomice uređeni zakonima koji se na te građane ne primjenjuju ili pak običajima, već trebaju na konkretan način objaviti sadržaj dogovora kojim namjeravaju urediti ove svoje odnose.³⁴ Povijesno, ova je norma potekla iz francuskog Građanskog zakonika (*Code civil*) 1804. godine, kao odraz strahovanja zakonodavca da će francuski građani izabrati običajno pravo kao dominantno u uređenju svojih imovinskopravnih odnosa, ali ovakva norma, ističe A. Zaccaria, zadržava svoju vrijednost i danas, budući da, između ostalog, oslobađa suca zahtjevne dužnosti istraživanja stranoga prava ili “još gore, običaja.”³⁵

Njemački sustav ide i korak dalje te zabranu ugovaranja primjene stranoga prava izrijekom propisuje. Naime, u § 1409. njemačkog Građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch*) predviđa se zabrana upućivanja (*Verweisungsverbot*), koja određuje da bračni drugovi ne mogu kao mjerodavno za svoje imovinskopravne odnose odrediti nevažeće pravo, a jednako tako niti strano pravo.³⁶ Smisao je ove odredbe osnaživanje pravne sigurnosti, ponajprije bračnih drugova. Ugovaranje stranoga prava dopušteno je dakako u slučajevima s međunarodnim elementom. Tako Uvodni zakon za Građanski zakonik propisuje u § 15. st. 2. da bračni drugovi kao mjerodavno pravo za imovinskopravne učinke svoga braka mogu odrediti: pravo države državljanstva jednoga od njih; pravo države u kojoj jedan od njih ima uobičajeno boravište odnosno za nekretnine *legem rei sitae*.³⁷ Valja pridodati da i Njemačka i Italija, a i Hrvatska, sudjeluju u pojačanoj suradnji između država članica Europske unije u pitanjima bračnoimovinskih režima, koja je tema sljedećih redaka.

33 Tako: Hausheer, H.: Art. 181. ZGB, u: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Zivilgesetzbuch – Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Honsell, H., Vogt, N. P., Geiser, T. (Herausgeber), Helbing & Lichtenhahn, Basel – Genf – München, 2002., str. 1035.

34 *Gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti.*

35 Tako: Zaccaria, A.: *Commentario breve al Diritto della famiglia*, Casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2008., str. 444.

36 *Der Güterstand kann nicht durch Verweisung auf nicht mehr geltendes oder ausländisches Recht bestimmt werden.*

37 *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787) geändert worden ist.*

Valja istaknuti i činjenicu da članak 42. hrvatskog Obiteljskog zakona, dakle zabrana ugovaranja primjene stranoga prava na imovinskopravne odnose, nije kolizijskoppravna norma, to je materijalnopravna norma kogentne naravi. Ako bi bračni drugovi ipak ugovorili strano pravo kao mjerodavno, njihov bi ugovor bio ništetan, sukladno odredbama Zakona o obveznim odnosima. Valja reći da se u teoriji građanskog prava ističe da se ništetnost ne može isticati ako je zabrana bila manjeg značenja, a ugovor je u cijelosti ispunjen. Smatramo, međutim, da to u odnosu na bračni ugovor ipak ne bi mogao biti slučaj, jer bi to bilo u suprotnosti s ciljem navedene zabrane.

Zabrana ugovaranja stranoga prava kao mjerodavnog vrijedi dakako samo za situacije u kojima su oba bračna druga hrvatski državljani. U slučaju pak postojanja "braka s međunarodnim obilježjima", jednako kao u komparativnim sustavima, pravilo jest da se strano pravo može ugovoriti kao mjerodavno za imovinske odnose bračnih drugova. Načelno, može se odrediti da je "međunarodni brak", odnosno brak s međunarodnim obilježjem onaj u kojem barem jedan bračni drug ima strano državljanstvo ili u kojem bračni drugovi imaju uobičajeno boravište u inozemstvu.³⁸ Međutim, potvrđuje to i recentna praksa Suda Europske unije, nije uvijek jednostavno odrediti što je obuhvaćeno pojmom "brak" te što je to "međunarodno obilježje".

U vezi s prvom dvojnom, riječ je ponajprije o određenju dosega instrumenta kojim je prvi put pokrenut mehanizam pojačane suradnje, a to je Uredba Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi pojačane suradnje u području prava primjenljivog na razvod braka i zakonsku rastavu,³⁹ uobičajeno nazvanom Uredbom Rim III. Dvojba koje se pojavila u europskoj praksi jest obuhvaća li mehanizam pojačane suradnje sve razvode brakova, ili pak tzv. privatni razvodi ne ulaze u doseg uredbe *ratione materiae*. U predmetu Soha Sahyouni protiv Raje Mamischa,⁴⁰ Sud Europske unije nedavno je prvi puta odlučivao o tumačenju Uredbe Rim III, a povodom zahtjeva za prethodnu odluku koji je podnio Visoki zemaljski sud u Münchenu, vezano uz sudski postupak kojim se u Njemačkoj željelo ostvariti priznanje odluke o razvodu braka koju je donijelo vjersko tijelo u Siriji.

Drugim riječima, predmet je postupka bilo priznavanje privatnog razvoda braka koji je u trećoj zemlji registriralo vjersko tijelo. Nezavisni odvjetnik H. Saugmansgaard Øe u mišljenju je razložio stajalište da Uredbu Rim III "treba tumačiti na način da privatni razvodi brakova, odnosno oni izrečeni bez pomoći suda ili javnog tijela koji su konstitutivne naravi, nisu obuhvaćeni njezinim područjem primjene."⁴¹ Sud se priklonio ovome mišljenju te odlučio da članak 1. Uredbe Rim III "treba tumačiti na način da razvod na temelju jednostrane izjave jednog od supružnika pred vjerskim sudom, ..., nije obuhvaćen materijalnim područjem primjene te uredbe."⁴²

38 Tako: Kuipers, J.-J.: *The law applicable to divorce as test ground for enhanced cooperation*, European law journal, 18, 2, 2012., str. 203., bilj. 6.

39 Službeni list Europske unije L 343, 29.12.2010.

40 Predmet C-372/16, Soha Sahyouni protiv Raje Mamischa, ECLI:EU:C:2017:988.

41 Toč. 67. Mišljenja nezavisnog odvjetnika Henrika Sausmansgaarda Øea od 14. rujna 2017., Predmet C-372/16, Soha Sahyouni protiv Raje Mamischa, ECLI:EU:C:2017:686, str. 14.

42 Izreka Presude Suda Europske unije od 20. prosinca 2017., Predmet C-372/16, Soha Sahyouni protiv Raje Mamischa, ECLI:EU:C:2017:988, str. 10.

Drugi je prijepor u pojedinim predmetima postoji li doista međunarodni element. Tako J. Grey i P. Q. Redondo dvoje ulaze li u doseg Uredbe Rim III situacije u kojima su bračni drugovi istoga državljanstva i žive u državi svoga državljanstva, no imaju bankovne račune u drugim državama, a ista dvojba postoji i ako bi ti bračni drugovi imali poslovne udjele u trgovačkim društvima sa sjedištima u različitim državama članica.⁴³ Na ova prethodna pitanja doista nije uvijek lako odgovoriti. Navedeno tim više kad se uzme u obzir činjenica da brak bez ikakve sumnje, unatoč svim promjenama društvenih i pravnih sustava i nadalje ima značajan javnopravni element.⁴⁴

Smatramo da je postojeće rješenje hrvatskoga obiteljskoga prava ostvarilo ravnotežu između načela autonomije volje i načela *parens patriae*, sukladno postavci da zakonodavac treba mudro odrediti stupanj zaštite koju daje bračnim drugovima, budući da ih ne treba preko svake mjere štititi od vlastite nepromišljenosti.⁴⁵ S gledišta obiteljskog međunarodnog privatnog prava, hrvatski sustav trenutno ulazi u kategoriju onih pravnih sustava koji dozvoljavaju tzv. izvedenu autonomiju, u kojem je konceptu autonomija dozvoljena ako je dozvoljava pravo koje je inače mjerodavno za zakonski bračnoimovinski režim.⁴⁶ Naime, prema odredbi članka 37. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRS),⁴⁷ koji je na snazi do stupanja novog propisa, tj. do 29. siječnja 2019. godine,⁴⁸ za ugovorne imovinske odnose bračnih drugova mjerodavno je pravo koje je u vrijeme sklapanja ugovora bilo mjerodavno za osobne i zakonske imovinske odnose.⁴⁹ Za kategoriju vezivanja "osobni i zakonski imovinski odnosi", ZRS određuje nekoliko poveznica. Primarna je poveznica za određivanje mjerodavnog prava državljanstvo, koja je dugo bila najvažnija poveznica u hrvatskome međunarodnom privatnom pravu. Poveznica podređenog kolizijskog pravila jest prebivalište, a Zakon određuje "ako su bračni drugovi državljani različitih zemalja, mjerodavno je pravo države u kojoj imaju prebivalište." Nadalje, ako bračni drugovi nemaju ni zajedničko državljanstvo niti prebivalište u istoj državi, mjerodavno je pravo države u kojoj su imali posljednje zajedničko prebivalište. I konačno, ako se mjerodavno pravo ne bi moglo odrediti ni na jedan od navedenih načina, mjerodavno je hrvatsko pravo.

Novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu, koji stupa na snagu 29. siječnja 2019. godine, članak 35. upućuje na primjenu akta sekundarnog zakonodavstva Unije kojim se uspostavlja pojačana suradnja u stvarima bračnomovinskih režima,

43 Grey, J.; Redondo, P. Q.: *Stress-testing the EU proposal on matrimonial property regimes: co-operation between EU private international law instruments on family matters and succession*, Familie und Recht, 2013., str. 5.

44 Harding, *op. cit.* (bilj. 16), str. 206.

45 Žnidaršič, V.: *Premoženjska razmerja med zakoncema*, Bonex založba, Ljubljana, 2002., str. 463.

46 Matić, Ž.: *Bračnoimovinsko međunarodno privatno pravo, poredbena studija s posebnim osvrtom na nacrt Haške konvencije o pravu koje je mjerodavno za bračnoimovinske odnose*, Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu – Institut za međunarodno pravo i međunarodne odnose, Zagreb, 1978., str. 60.

47 Narodne novine, br. 53/1991., 88/2001.

48 V. čl. 80. i 81. Zakona o međunarodnom privatnom pravu, Narodne novine, br. 101/2017.

49 Trenutak sklapanja bračnog ugovora ključan je u određivanju mjerodavnog prava, čime se sprječava nastanak mobilnog sukoba zakona.

koji članak glasi: “Pravo mjerodavno za imovinske odnose bračnih drugova određuje se prema Uredbi Vijeća (EU) 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima.”⁵⁰ Ova Uredba, u dijelu relevantnom za temu rada, izravno će se u državama koje u tome mehanizmu sudjeluju primjenjivati od 29. siječnja 2019. godine.⁵¹

Mjerodavno pravo se sukladno odredbama Uredbe može odrediti na dva načina. Prvo na temelju izbora mjerodavnog prava kako su to učinili bračni drugovi te drugo, na temelju pravila o mjerodavnom pravu kad takav izbor nije učinjen.⁵² Ideja je Uredbe ovlastiti dakle bračne drugove da izaberu pravo mjerodavno za njihov bračnoimovinski režim, “bez obzira na vrstu imovine ili mjesto na kojem se imovina nalazi, između prava s kojima s blisko povezani zbog uobičajenog boravišta ili svojeg državljanstva.”⁵³ Ključne norme vezane uz izbor mjerodavnog prava su članci 21. i 22. ove Uredbe.

Člankom 21. predviđa se jedinstvo mjerodavnog prava, naime koncept da se pravo mjerodavno za bračnoimovinski režim primjenjuje se na svu imovinu koja podliježe tom režimu, bez obzira na to gdje se ta imovina nalazi (kako u slučaju kad o tome postoji sporazum stranaka, tako i u slučaju kad nije izvršen izbor mjerodavnog prava). Čini se da je upravo u načelu jedinstva mjerodavnog prava najveći korak naprijed u približavanju pravnih sustava država članica sudionica pojačane suradnje.

Članak 22. stavak 1. određuje da bračni drugovi ili budući bračni drugovi mogu sporazumno odrediti ili promijeniti pravo mjerodavno za svoj bračnoimovinski režim, pod uvjetom da se radi o jednom od sljedećih prava: pravu države u kojoj bračni drugovi ili budući bračni drugovi ili jedan od njih ima uobičajeno boravište u trenutku kada je sporazum sklopljen; ili pravu države čije državljanstvo ima jedan od bračnih drugova ili budućih bračnih drugova u trenutku kada je sporazum sklopljen. Razvidno je da se uobičajeno boravište redovito koristi kao primarna, a državljanstvo kao podredna poveznica, čime se “ide za tim da se uvaži sve prisutnija mobilnost građana kojima se nastoji osigurati jedinstveni standard pravne zaštite.”⁵⁴

Drugim riječima, i europski zakonodavac, opet s pravom, ograničava autonomiju volje stranaka. Nemamo saznanja o tome hoće li se povodom ove Uredbe usvojiti

50 Službeni list Europske unije L 183, 8.7.2016.

51 Tek pojedine odredbe stupaju na snagu ranije, no nisu relevantne za temu ovoga rada.

52 Za slučaj da bračni drugovi ne izaberu mjerodavno pravo, Uredbom se uvode usklađena kolizijska pravila za utvrđivanje prava mjerodavnog za svu imovinu bračnih drugova na temelju ljestvice poveznica: “Prvo zajedničko uobičajeno boravište bračnih drugova nedugo nakon sklapanja braka trebalo bi biti prvi kriterij, ispred prava zajedničkog državljanstva bračnih drugova za vrijeme braka. Ako se ne primjenjuje nijedan od ovih kriterija ili ako nema prvog zajedničkog uobičajenog boravišta u slučajevima kada bračni drugovi imaju dvojno zajedničko državljanstvo u trenutku sklapanja braka, treći kriterij trebao bi biti pravo države s kojom bračni drugovi imaju najbliskije veze. Prilikom primjene potonjeg kriterija trebalo bi uzeti u obzir sve okolnosti te bi trebalo jasno navesti da te veze treba razmatrati onakvima kakve su bile u trenutku sklapanja braka.” Prema: točka 49. Preambule Uredbe 2016/1103.

53 Točka 45. Preambule Uredbe 2016/1103.

54 Poretti, P.: *Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 38, 1, 2017., str. 456.

poseban propis kojim bi se nadležnim tijelima olakšala primjena ovoga akta, kao što je to učinjeno u odnosu na druga dva ključna izvora europskog obiteljskog međunarodnog privatnog prava, te su tako usvojeni Zakon o provedbi Uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 u području nadležnosti, priznanja i izvršenja sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom skrbi⁵⁵ te Zakon o provedbi Uredbe Vijeća (EZ) br. 4/2009 u području nadležnosti, mjerodavnog prava, priznanja i izvršenja odluka te suradnji u stvarima koje se odnose na obveze uzdržavanja.⁵⁶

Neovisno tome, zaključka smo da koliko god se ponekad činilo, ponajprije zbog “normativne džungle“ Europske unije⁵⁷ da je hrvatsko nacionalno pravo neusklađeno sa standardima *acquis*-a, provedena analiza pokazuje da je i obiteljsko i međunarodno privatno pravo u dijelu koji se odnosi na određivanje mjerodavnog prava za bračni ugovor sukladno svim zahtjevima koje EU postavlja.

4. Registar bračnih ugovora

Bračni su ugovori vrlo koristan instrument prilagođavanja bračnoimovinskih režima potrebama i interesima bračnih drugova. Uz pretpostavku pridržavanja svih općih pravila obveznog prava, autonomija volje bračnih drugova gotovo je neomeđena. Sadržajno, jedina je iznimka u ranijem poglavlju analizirana zabrana ugovaranja stranoga prava. Drugim riječima, zakonodavac ostavlja široku dispoziciju bračnim drugovima, imajući povjerenja da će informiranim i odgovornim odabirima ostvariti dopuštene ciljeve. Dakako, autonomija volje nije apsolutna te postoje određena ograničenja. Općenito gledajući, ograničenja postoje kako radi zaštite samih bračnih drugova, a jednako tako i poštenih trećih osoba s kojima sudjeluju u pravnome prometu.

Zaštita se ponajprije pruža određivanjem oblika bračnoga ugovora te pretpostavkama njegova učinka prema trećima. Vezano uz oblik, valja istaknuti da se bračni ugovor sklapa u pisanom obliku, a potpisi bračnih drugova moraju biti ovjereni kod javnog bilježnika.⁵⁸ Kada je pak riječ o bračnome ugovoru osobe koja je lišena poslovne sposobnosti u dijelu koji se odnosi na sklapanje izvanrednih imovinskih pravnih poslova, tada se zahtijeva oblik javnobilježničkog akta, budući da tada ugovor sklapa skrbnik bračnoga druga s prethodnim odobrenjem centra za socijalnu skrb.⁵⁹ Vezano uz učinke prema trećima, određuje se da prema njima “uglavci o upravljanju ili raspolaganju imovinom imaju pravni učinak ako su upisani u zemljišne knjige, odnosno u javne upisnike kod kojih je upis nužan za stjecanje prava ili se stvar ne može upotrebljavati bez takvoga upisa”.⁶⁰

55 Narodne novine, br. 127/2013.

56 Narodne novine, br. 127/2013.

57 Tako primjerice i: Bouček, V.: *Smjernica kao izvor europskoga međunarodnoga privatnoga prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 58, 6, 2008., str. 1382.

58 Čl. 40. st. 3. ObZ. U teoriji obveznog prava ističe se da se pisani oblik ugovora traži zbog četiriju temeljnih razloga, a to su valjanost, utuživost, dokazivanje postojanja te upisa ugovora u javni registar. Usp.: Vedriš, M.; Klarić, P.: *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 129.

59 Čl. 41. ObZ.

60 Čl. 41. st. 3. ObZ.

Već smo dugo mišljenja da bi vrijedilo poduprijeti poduzimanje koraka dalje od obveze (pukog) evidentiranja činjenice postojanja bračnoga ugovora u odgovarajućim upisnicima, a to bi bila uspostava posebnog registra bračnog ugovora. Naime, taj registar u ovome trenutku u Hrvatskoj ne postoji, te su s pravom prije gotovo deset godina isticali A. Čulo Margaletić i I. Šimović, “osjeća se potreba za njegovim osnivanjem.”⁶¹ Isti su autori tada osmislili cjelovit prijedlog novoga uređenja, gotovo nacrt propisâ kojima bi se ovo pitanje uredilo.⁶²

Činjenica jest da većina sustava koji poznaje bračne ugovore određuje samo obvezu njihova evidentiranja. Ipak, valja spomenuti da postoje i oni sustavi, primjerice danski i švedski, u kojima registracija bračnog ugovora nije samo pretpostavka za djelovanje ugovora prema trećima, već je pretpostavka njegove valjanosti, dakle ima konstitutivni učinak.⁶³ Jednako tako, u novom slovenskom propisu, Družinskom zakoniku⁶⁴ predviđeno je osnivanje posebnog registra bračnih ugovora, kako računalno vođene zbirke od strane Notarske zbornice Slovenije.⁶⁵ Člankom 94. ovoga propisa određuje se da ako bračni ugovor nije upisan u registar, u odnosu na treće smatra se da vrijedi zakonski imovinski režim.⁶⁶

U svim se navedenim slučajevima pruža slojevita zaštita stranaka, a registri su dijelom ili u potpunosti javni. Upravo u ovoj okolnosti, dakle javnosti registra, leže dva osnovna prigovora koja se redovito ističu u odnosu na mogućnost uvođenja registra bračnih ugovora, kako u hrvatskom, tako i u drugim sustavima. Riječ je o prigovoru privatnosti i prigovoru nepotrebnog zadiranja u autonomiju volje. Prvi je prigovor, onaj o nužnosti očuvanja privatnosti stranaka bio istican i u ranijim raspravama o ovoj mogućnosti. Držali smo ranije, a isto je i danas, da prigovor privatnosti ne može imati prednost pred potrebom za zaštitom, kako bračnih drugova, tako i poštenih trećih.

Slažemo se s ocjenom A. Čulo Margaletić i I. Šimovića da je cilj kojem se teži apsolutna usklađenost stvarnog i registarskog stanja, te da je, nažalost, “trenutna situacija daleko od idealne.”⁶⁷ Međutim, okolnost da sustav zemljišnih knjiga nije toliko učinkovit koliko bi se očekivalo ne bi smjela biti dodatan argument *contra*. Trebalo bi biti upravo suprotno – registar bračnih ugovora trebao bi biti dodatni poticaj za usavršavanje zemljišnoknjižnog sustava, dakle bio bi to samo korak dalje u istome smjeru. Valja podsjetiti i na to da privatnost bračnih drugova u odnosu na vlasništvo nekretnina ni sad nije apsolutna, budući da su zemljišne knjige javne.⁶⁸

61 Čulo, A.; Šimović, I.: *Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 59, 5, 2009., str. 1029.

62 Tako su razradili prijedlog strukture registra, dužnosti voditelja registra, učinaka registracije, kao i odgovornosti, posljedica i sankcija u slučaju zlouporabe podataka iz registra bračnih ugovora. V. *ibid.*, osobito str. 1034-1045.

63 *Ibid.*, str. 1056-1059.

64 Družinski zakonik, Uradni list Republike Slovenije, br. 15/2017.

65 Čl. 90. st. 1. Družinskoga zakonika.

66 *Če pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij ni vpisana v registru pogodb o ureditvi premoženjskopравnih razmerij, se v razmerju do tretjih oseb domneva, da velja za premoženjska razmerja med zakoncema zakoniti premoženjski režim.*

67 Čulo, Šimović, *op. cit.* (bilj. 61), str. 1052.

68 Usp. čl. 7. st. 1. Zakona o zemljišnim knjigama: Zemljišna knjiga je javna i svatko može zahtije-

Drugi je prigovor novijeg datuma te se može svesti na tvrdnju da bi se osnivanjem registra bračnih ugovora zadiralo u autonomiju bračnih drugova. Čak i kad bi ta tvrdnja stajala, podsjetimo, autonomija stranaka nije neograničena, što je posve opravdano, kako u smislu zaštite bračnih drugova, tako i pravnog poretka u smislu kvalitetnije zaštite pravnoga prometa, kako je obrazloženo *supra*.

Vrijedi nadodati i da se na bitno široj, europskoj razini dugo razmatra ideja registracije bračnoimovinskih sporazuma na razini Unije, no sustavno se dolazi do zaključka da je taj prijedlog “preuranjen.”⁶⁹ No, ističemo i da je Europska komisija već 2008. godine istaknula da su u raspravi potaknutom Zelenom knjigom o kolizijskim aspektima pitanjima bračnoimovinskih režima, upravo sudionici upoznati s elektroničkim sustavima registracije oporuka koji već postoje u pojedinim državama članicama, zagovarali otpočinjanje rasprave o takvom registru, koji bi omogućio zaštitu pravne sigurnosti za sve zainteresirane strane.⁷⁰

Navedena je logika vodila i članove uže radne skupine za izradu novog hrvatskog Obiteljskog zakona tijekom 2017. godine. Naime, predloženo je osnivanje Hrvatskog upisnika bračnih ugovora te je kao nova, dodatna pretpostavka valjanosti bračnih ugovora bio predložen upis u taj registar. Navedeni upisnik, predlagalo se, vodila bi Hrvatska javnobilježnička komora, nadležnost koje je bila predviđena uslijed činjenice da ovo tijelo vodi i Hrvatski upisnik oporuka, te je steklo sva znanja i tehničke preduvjete za vođenje novog registra. Javnobilježnička bi komora sklopljene bračne ugovore i pohranjivala, a stranke bi bile dužne u dvogodišnjem roku pokrenuti postupak upisa i pohrane ugovora sklopljenog prije stupanja na snagu novog propisa.

Držali smo da bi ovo rješenje bilo korak naprijed u zaštiti bračnih drugova i poštenih trećih koji s bračnim drugovima sklapaju pravne poslove u odnosu na imovinu na koju se bračni ugovor odnosi, kao i općenito podići razinu sigurnosti u pravnom prometu. Nažalost, čini se da ovaj prijedlog nema potporu predlagatelja, Ministarstva za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku te je izgledno da novi dokument koji će biti predmetom javnog savjetovanja te zakonodavnog postupka neće sadržavati ova rješenja.

5. Završne napomene

Načelo autonomije volje svakako je jedno od dominantnih načela uređenja imovinskopravnih odnosa bračnih drugova. Međutim, podsjećamo, ta autonomija nije

vati uvid u zemljišnu knjigu. Zakon o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 91/1996., 68/1998., 137/1999., 114/2001., 100/2004., 107/2007., 152/2008., 126/2010., 55/2013., 60/2013. i 108/2017.

69 Usp. *Green Paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition* (SEC(2006) 952), COM (2006), 400 final, 17.7.2006., str. 4. te *Summary of replies to the Green paper on the conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the questions of jurisdiction and mutual recognition*, European Commission, Directorate-General Justice, freedom and security, Directorate C: Civil justice, rights and citizenship, Unit C1: Civil justice, Brussels, 5 February 2008., str. 7.

70 *Ibid.*, drugo navedeno djelo, str. 7.

apsolutna. U radu su stoga razmotrena tri pitanja s time povezana, a to su ugovaranje uzdržavanja kao uglavak bračnog ugovora, zabrana određivanja stranoga prava kao mjerodavnoga za imovinske odnose bračnih drugova te uspostava posebnog registra bračnih ugovora.

Vezano uz mogućnost ugovaranja uzdržavanja kao uglavka bračnog ugovora, držimo da, u svjetlu stalnog jačanja trenda individualizma i autonomije volje, ne bi bilo sasvim nelogično dozvoliti bračnim drugovima da svojim ugovorom urede pitanje međusobnog uzdržavanja. Međutim, podsjećamo i na činjenicu da su imovinski odnosi i uzdržavanje posve drugačiji obiteljskopравни koncepti te da bi njihov spoj mogao uzrokovati pojedinačne nepravde, bitno veće nego one koje mogu nastati unutar zakonskog sustava. Upravo navedenoga opreza radi, zalažemo se za ograničenje autonomije volje stranaka koji bi se bračnim ugovorom sporazumijevali oko uzdržavanja djece.

Navedeno je sukladno i razmatranjima Lady Hale, koja je u izdvojenom mišljenju u predmetu *Radmacher v. Granatino* istaknula da je brak i statusno pitanje, što pretpostavlja dvije posljedice. „Prvo, stranke nisu posve slobodne u određivanju svih pravnih posljedica... Drugo, njihov brak izaziva i pravne učinke za druge osobe i za državu. Danas postoji znatna sloboda i fleksibilnost unutar bračnoga paketa (*marital package*), no postoji i neumanjiv minimum (*irreducible minimum*). Navedeno uključuje uzajamnu dužnost bračnih drugova da uzdržavaju jedan drugoga i svoju djecu.“⁷¹

U odnosu na europsko obiteljsko međunarodno privatno pravo, istaknuli bismo nekoliko okolnosti. Prvo, zabrana ugovaranja stranoga prava u bračnim ugovorima u kojima ne postoji međunarodno obilježje opravdana je. Drugo, novi europski okvir, stvoren, barem deklaratorno,⁷² kao odgovor na sve veću mobilnost građana, nepregledan je i prilično nejasan. Premda se može na prvi pogled činiti da su aktima sekundarnog zakonodavstva Europske unije dvojbe otklonjene, pomnija analiza doktrine, a i sudske prakse, navodi na suprotan zaključak. Stoga pristajemo uz tvrdnju M. Harding da predviđeni okvir razvoda s međunarodnim obilježjem, a dodajemo da isto vrijedi i za pitanja bračnoimovinskih režima, postaje u najmanju ruku neprikladan.⁷³ Novim je okvirom teško upravljati (*unmanageable*) te je doista upravo suprotan želji za pojednostavljenjem, što posljedično „potkopava strateške ciljeve Unije, a to su sigurnost za stranke te njihova mogućnost ostvarivanja obaviještene autonomije volje“.⁷⁴

Obaviještena autonomija volje treba potvrđivati i poštivanje općih pravnih načela, kao što je načelo zaštite poštenih trećih osoba koje sklapaju sa strankama bračnog ugovora određene pravne poslove, koji se (i) na tu imovinu odnose. Kako bi se povisila razina pravne sigurnosti, i bračnih drugova, kao i poštenih trećih osoba, podupiremo zamisao osnivanja posebnog registra bračnih ugovora, a prigovore

⁷¹ *Radmacher v. Granatino*, str. 45.

⁷² E. Jayme tvrdi da je osnaživanje autonomije stranaka potaknuto potrebama integriranja Europske unije, a ne idejama samoodređenja pojedinca. Usp.: Jayme, E.: *Party autonomy in international family and succession law: New tendencies*, Yearbook of private international law, 2, 2009., str. 3.

⁷³ Harding, *op. cit.* (bilj. 16), str. 227.

⁷⁴ *Ibid.*

da se time prekomjerno zadire u privatnost i autonomiju stranaka ne držimo toliko relevantnima da bi se uslijed uvažavanja tih argumenata trebalo zaključiti o nepoželjnosti posebnoga registra. Smatramo da bi se promišljenim postupanjima zakonodavca mogla otupjeti oštrica navedenih prigovora, te bi vrijednost novoga registra bila neprijeporna.

Završno, istaknuli bismo da je posve razumljiv napor koji država ulaže u ograničenju autonomije volje. Ograničenja imaju višestruki cilj, koji obuhvaća višeslojnu zaštitu. *In concreto*, štite se bračni drugovi i poštene treće osobe koje s njima sklapaju pravne poslove. *In abstracto*, štite se institucija braka te pravna sigurnost kao temeljne vrijednosti pravnog poretka. Uvjerena smo stoga da su u radu prikazana ili predložena ograničenja volje opravdana te da stabilan sustav koji poštuje vrijednosti društva, ponajprije obiteljske solidarnosti u užem krugu, te vladavine prava u širem krugu, treba na njima ustrajati.

Dr. sc. Irena Majstorović, Associate Professor
Faculty of Law, University of Zagreb

**CONTRACTUAL REGULATION OF MATRIMONIAL PROPERTY
RELATIONSHIPS
AND THE AUTONOMY OF WILL**

Summary

Marital contract has been a part of Croatian family law system for two decades now. The provisions of the Family act, as basic source for this legal institute have always been scarce and have remained intact during the legislative changes. The basic principle in the contractual regulation of marital property regimes is the autonomy of parties, whose disposition is almost unlimited.

It seems however that there are three questions, which still deserve particular attention and are therefore analysed in this paper. The first issue concerns the permissibility of maintenance agreements between family members by means of a marital contract, in the light of the discrepancy between the principle of autonomy of will and the principle of family solidarity. The second is the issue of the meaningfulness of the ban of the agreement upon foreign law as applicable to the marital property regimes, particularly having in mind the European integration processes. Finally, the third analysed issue is the one regarding the usefulness and feasibility of establishing a special register of marital contracts. The author endeavours to provide answers to the mentioned dilemmas and to offer solutions *de lege ferenda*.

Key words: marital contract, Croatian Family act, register of marital contracts, autonomy of *will*

Dr. sc. Maja Čolaković, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru
Dr. sc. Marko Bevanda, vanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

NASLJEDNOPRAVNA DEJSTVA POSTMORTALNE OPLODNJE*

Mogućnost upotrebe zamrznutih gameta za postmortalnu oplodnju otvara brojna etička, moralna, pravna i socijalna pitanja. Rad je fokusiran na jedno od vrlo složenih pravnih pitanja – nasljednopravna dejstva ovog metoda medicinski pomognute oplodnje. Priznanjem prava postmortalno začetom djetetu da naslijedi genetskog roditelja (srodnike) nakon čije smrti je začeto i rođeno ili ostvari druga imovinska prava (prava iz socijalnog osiguranja, pravo na penziju itd.) štiti se njegov najbolji interes i otklanja eventualna diskriminacija zasnovana na okolnostima začeća i rođenja. U isto vrijeme, čekanje da dođe do postmortalnog začeća i rođenja negativno utječe na pravnu sigurnost i efikasno raspravljanje ostavine te položaj ostalih nasljednika, kao i prava trećih osoba.

Ključne riječi: *nasciturus*, začeće, smrt, nasljeđivanje

I. Uvodna razmatranja

U savremenom nasljednom pravu još uvijek se u izvornom obliku primjenjuje fikcija o *nasciturusu*, koja datira iz rimskog prava.¹ U skladu s njom, začetom djetetu priznaje se pravo nasljeđivanja pod uvjetom da se rodi živo u određenom roku. Taj rok u pravilu iznosi 300 dana,² a počinje teći od dana smrti ostavitelja, kada je u

* Rad je rezultat nastavka istraživanja pitanja nasljednopravnih dejstava postmortalne oplodnje. Ono čini dio šire analize nasljednopravnog položaja ljudskog zametka, koju je provela koautorica ovog rada prof. dr. Maja Čolaković, a potom prezentirala na Jedanaestom međunarodnom savjetovanju *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, održanom u Neumu od 21. do 23. juna 2013. godine u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru. Navedena analiza je objavljena pod naslovom *Nasljednopravni status nascitura* u Zborniku radova s tog Savjetovanja.

1 *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* (Začeto dijete smatra se rođenim kada su u pitanju njegovi interesi). Začeto, a još nerođeno dijete u rimskom pravu nije tretirano kao pravni subjekt, ali su pojedina prava bila za njega rezervirana, odnosno zaštićena pod uvjetom da se živo rodi. Ovo pravilo se prvenstveno odnosilo na pravo nasljeđivanja. U cilju zaštite njegovih budućih prava i interesa imenovan mu je poseban staratelj (*curator ventris*), kako bi moglo postati nasljednik svoga oca, makar se rodilo nakon njegove smrti. Vidjeti: Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, 1989., str. 226.

2 Budući da ga zakoni o nasljeđivanju ne preciziraju, doktrina i praksa se slažu da to treba biti rok koji se u porodičnom pravu primjenjuje za određenje porodičnog statusa djeteta. Shodno medicinskim pokazateljima, gestacija može trajati najduže 300 dana. Ovaj rok, uz slučajeve uobičajenog, redovnog trajanja trudnoće, obuhvaća i slučajeve u kojima ona izuzetno traje duže. Vidjeti: Bubić, S. – Traljić, N., *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Sarajevo, 2007., str. 30.

pitanju zakonsko nasljeđivanje, odnosno od dana sastavljanja testamenta, ako se nasljeđuje po tom pravnom osnovu.

Ova fikcija izuzetak je od općeg pravila da „živi nasljeđuju mrtve“, tj. da nasljednik mora biti živ u trenutku smrti ostavitelja kako bi ga mogao naslijediti.³ Prihvaćena je u svim nacionalnim pozitivnopravnim sistemima.⁴

Zahvaljujući velikom progresu na području medicinski pomognute oplodnje⁵ do kojeg je došlo primjenom novih naučno-tehnoloških dostignuća, posljednjih decenija stvorena je mogućnost začeca i rođenja djece dugo vremena nakon smrti jednog ili čak oba njihova genetska roditelja.⁶ Postmortalna (posthumna) oplodnja – upotreba zamrznutih gameta i preembrija⁷ u cilju oplodnje, nakon što su osobe od

3 Ostavitelj i nasljednik moraju istovremeno biti živi barem nekoliko sekundi (načelo koegzistencije ostavitelja i nasljednika), odnosno nasljednik mora nadživjeti ostavitelja makar kratko vrijeme. Smrću jedne osobe nastaje vakuum u pravnim odnosima, jer više nema titulara prava koji bi izvršavao pojedina ovlaštenja iz ostavine. Stoga nasljedno pravo taj vakuum popunjava imenovanjem novog titulara, a to može biti samo već postojeći pravni subjekt, odnosno živ čovjek. Vidjeti: Marković, S., *Nasledno pravo*, Beograd, str. 83.; Schlüter, Erbrecht, München, 2000, navedeno prema: Đurđević, D., *Institucije naslednog prava*, Beograd, 2012., str. 59.

4 Vidjeti, primjera radi, građanski zakonik: Austrije (§ 732.), Njemačke (§ 1923.), Španije (čl. 744. i čl. 745.), Francuske (čl. 725. i čl. 906.) i Italije (čl. 462.), te zakone o nasljeđivanju: Hrvatske (čl. 124. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Hrvatske iz 2003. godine), Srbije (čl. 3. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Srbije iz 1995. godine), Slovenije (čl. 125. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Slovenije iz 1976. godine), Crne Gore (čl. 126. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Crne Gore iz 2008. godine), Makedonije (čl. 122. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Makedonije iz 1996. godine) i Bosne i Hercegovine (čl. 157. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine iz 2014. godine; čl. 148. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Republike Srpske iz 2009. godine; čl. 128. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Bosne i Hercegovine iz 1980. godine).

5 Medicinski pomognuta oplodnja (vještačka (umjetna) oplodnja, vještačko začecje, dijete začeto vještačkim putem, artifičijelna inseminacija, artifičijelna fertilizacija, asistirana (humana) prokreacija, vještačka (umjetna) prokreacija, asistirana reprodukcija ili asistirana reproduktivna tehnologija) podrazumijeva različite tehnike i metode koje omogućuju spajanje spolnih ćelija i začecje na drugačiji način od spolnog odnosa, te postizanje trudnoće i rođenje djeteta. U pitanju je svako začecje uz medicinsku pomoć, koje se upotrebljava kada do oplodnje i začecja djeteta ne može doći prirodnim putem zbog steriliteta partnera ili kako bi se izbjeglo prenošenje nasljednih bolesti. Među najpoznatije metode medicinski pomognute oplodnje spadaju: *in vitro* začecje, zamrzavanje (krioprezervacija) sjemenih ćelija i embrija, donacija spolnih ćelija i embrija; vještačka oplodnja i surogat majčinstvo. Vidjeti detaljnije: Šimonović, D., *Medicinski pomognuto začecje: pravo i etika*, Zagreb, 1997., str. 27.; Krički osvrtna na terminologiju za označavanje začecja uz medicinsku pomoć: Mladenović, M. – Panov, S., *Porodično pravo*, Beograd, 2003., str. 322. i 323.

6 U doktrini se u ovom kontekstu upotrebljava pojam *nondum conceptus*. Pritom se ističe kako se pod tim „davnajšim pojmom“ više ne podrazumijeva nezačeto dijete „kao nešto neizvesno, kao obična mogućnost koja po svemu pripada budućnosti“, nego budući, potencijalni život, odnosno „nešto materijalno, čija je aktualna egzistencija izvesna“ zahvaljujući „zahvatima u reproduktivne ćelije i preembrione“. Vidjeti: Vodinić, V. V., *Moderni okviri prava na život – Pokušaj inventara osnovnih problema i rešenja*, Pravni život br. 9/1995, str. 25. i 26.; Pojam *nondum conceptus* definiran je u doktrini i kao „dete koje nije začeto za života ostavoica, ali postoje realni izgledi da će biti začeto nakon ostavoioćeve smrti“. Vidjeti: Đurđević, *supra note 3*, str. 61.

7 *Gamet* je reproduktivna (oplodna) ćelija, koja može biti muška (sjemena ćelija, spermatozoid) i ženska (jajna ćelija, jajašce, ovum). *Zigot* (preembrij) – prva embrijska ćelija je oplodena jajna ćelija, odnosno ćelija nastala spajanjem spermatozoida i jajne ćelije. U sebi sadrži diploidni broj hromozoma – jednu garnituru hromozoma od oca (spermatozoida) i jednu od majke (jajne ćelije) – potreban za uspostavljanje pune životne sposobnosti i snage ploda. Zbog toga zigot ima sve morfološke odlike i sve funkcije budućeg organizma. Nakon početka diobe zigot se implantira u matericu i razvija u embrij.

kojih oni potječu već preminule, predstavlja izuzetno kompleksan problem. Njena primjena dovodi do preispitivanja tradicionalnog koncepta porodice i roditeljstva u društvenoj zajednici i podstiče raznovrsna pitanja i dileme, počev od etičkih, moralnih, socijalnih pa do pravnih. Među pravnim pitanjima na vrhu liste nalaze se pitanja određivanja obima reproduktivnih sloboda i prava pojedinca, potom granica pristanka na upotrebu gameta te genetskog materijala kao objekta prava vlasništva. U doktrini se podcrtava da su u pogledu postmortalne oplodnje naročito pravno sporni, s jedne strane, pravna kvalifikacija reproduktivnih ćelija i preembrija, a s druge strane, dopustivost njihove upotrebe koju čine kako treće osobe, tako i osobe od kojih ovi potječu te nakon njihove smrti, njima bliske osobe (srodnici).⁸ Autori također skreću pažnju na činjenicu da su debate u vezi s postmortalnom oplodnjom pretežno fokusirane na pitanje prava i interesa odraslih osoba na koje se ova odnosi, dok je mnogo manje pažnje posvećeno djeci začetoj *post mortem*. Budući da su ona tj. njihovo rođenje krajnji cilj primjene ove metode, zaštita njihovih prava i interesa trebala bi biti ključno pitanje.⁹

Mada se postupci postmortalne oplodnje sve češće primjenjuju, izazivajući raznovrsne praktične probleme u pravnim odnosima o kojima se polemizira u doktrini i odlučuje u judikaturi, legislativa još uvijek nije uspjela riješiti sva otvorena pitanja vezana za postmortalnu oplodnju. Upravo se jedno od otvorenih i vrlo složenih pravnih pitanja tiče prava i interesa postmortalno začete i rođene djece. Radi se o njihovom nasljednopravnom statusu.¹⁰ Očigledno je da se fikcija o *nasciturus* na njih ne može primijeniti u izvornom obliku,¹¹ odnosno da je tradicionalni rok od 300 dana u kojem se dijete mora roditi živo da bi postalo nasljednik u ovakvim slučajevima suviše tijesan i neprimjenjiv.¹² Postavlja se pitanje treba li postmortalno začetom djetetu priznati pravo da naslijedi imovinu jednog (oba) genetska roditelja ili ostalih genetskih srodnika¹³ nakon čije smrti je začeto i rođeno ili ostvari druga imovinska prava (beneficije iz socijalnog osiguranja, pravo na penziju itd.). Priznanje

Prema: *Medicinski leksikon*, V. preštampano izdanje, Medicinska knjiga Beograd – Zagreb, 1987., str. 290. i 232.; *Black's Medical Dictionary*, 41st Edition, A&C Black London, 2005, str. 287., 781. i 782. 8 Vodinić, V. V., *supra note 6*, str. 26.

9 Sabatello, M., *Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective*, *Journal of Law and Health*, Vol. 27, 2014, str. 29. i 30.

10 Pod postmortalno začetom i rođenom djecom u ovom radu se podrazumijevaju djeca začeta u postupku postmortalne oplodnje kako korištenjem zamrznutog genetskog materijala umrle osobe za prokreaciju tako i implantacijom ranije stvorenih i zamrznutih preembrija nakon smrti jednog ili oba genetska roditelja. Iz ove definicije izuzeta su djeca začeta gametima anonimnih donora ili na temelju ugovora o surogat majčinstvu, jer u takvim situacijama genetski roditelji nikada nisu ni namjeravali ostvariti roditeljski odnos s djetetom. O vrstama i tehnikama postmortalne oplodnje detaljnije: *Infra*, poglavlje II.

11 Ova fikcija je stvorena u cilju podržavanja prirodnog procesa rođenja, započetog spolnim odnosom i završenog rođenjem djeteta, devet mjeseci kasnije. Tako: Živojinović, D., *Pravni položaj nerođenog deteta*, Kragujevac, 2009., str. 139.

12 Tako i: Kindregan, P. C. – McBrien, M., *Posthumous reproduction*, *Family Law Quarterly* 579, *Fal* 2005, str. 2. i 3. i 8., na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893613 (1. 3. 2018.); Sabatello, M., *supra note 9*, str. 32.

13 Slučaj *In re Martin B.* iz sudske prakse Sjedinjenih Američkih Država, detaljnije: *Infra*, poglavlje IV.2.

ovih prava neposredno je uvjetovano reguliranjem djetetovog porodičnog statusa, odnosno utvrđivanjem postojanja roditeljskog odnosa između njega i osobe (osoba) čijim gametima je izvedena prokreacija, jer (zakonski) nasljednik može biti samo ono dijete kojem je utvrđeno porijeklo (očinstvo i materinstvo). To je u teoriji i praksi također sporno, posebno imajući u vidu mogućnost da do korištenja genetskog materijala za postmortalnu oplodnju dođe bez saglasnosti osobe od koje ovaj potječe.

Reguliranje nasljednopravnog statusa postmortalno začetog djeteta razmatra se u širem kontekstu zaštite prava djeteta i zaštite njegovog najboljeg interesa.¹⁴ Osim imovinskih interesa, koji su dijelom izraženi u priznanju statusa nasljednika njegovih genetskih roditelja (srodnika), u ovom kontekstu raspravlja se o (ne)postojanju interesa postmortalno začetog djeteta da bude rođeno i odrasta u porodici sa samo jednim roditeljem, njegovom pravu na identitet, pravu na utvrđivanje porijekla, najboljim načinima izražavanja i realiziranja njegovih interesa itd.¹⁵ Nema sumnje kako se priznanjem prava nasljeđivanja postmortalno začetom i rođenom djetetu ostvaruje princip najboljeg interesa djeteta, jer se na taj način štite njegova imovinska prava i interesi, a u isto vrijeme otklanja eventualna diskriminacija zasnovana na okolnostima njegovog začeća i rođenja.

Međutim, osim pozitivnih efekata koji idu u prilog postmortalno začetom djetetu, reguliranje njegovog nasljednopravnog statusa ima i negativne efekte. Oni se odnose na položaj ostalih nasljednika i veličinu njihovih nasljednih dijelova te prava i interese drugih osoba koje tangira taj nasljednopravni odnos. Čekanje da se dogodi začeće i rođenje djeteta, a to može trajati izuzetno dugo, ugrožava povjerenje subjekata u sigurnost pravnog prometa kao i efikasnost raspravljanja ostavine.

U pravnoj teoriji su podijeljena mišljenja u pogledu proširenja fikcije o *nasciturusu* na postmortalno začeto dijete, odnosno mogućnosti da ono postane nasljednik.¹⁶ Ni u komparativnom pravu ne postoji jedinstven pristup regulaciji postmortalne oplodnje i njenih porodičnopravnih i nasljednopravnih dejstava, pa se o takvim slučajevima postepeno formira sudska praksa. Ona je naročito bogata u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD), ali su i sudovi u pojedinim evropskim zemljama već raspravljali ovakve sporove.¹⁷ Postmortalna oplodnja je dozvoljena u

14 Najbolji interes djeteta je primarni kriterij normiran Konvencijom o pravima djeteta Organizacije Ujedinjenih Nacija iz 1989. godine. Konvencija propisuje obavezu poštovanja najboljeg interesa djeteta za sve subjekte u provođenju svih aktivnosti koje se odnose na djecu (čl. 3. st. 1.).

15 U doktrini se u kontekstu rasprave o zaštiti najboljeg interesa postmortalno začetog djeteta upotrebljava sintagma „zaštita interesa putativnog deteta“, budući da ono još nije začeto i rođeno, a da se sadržaj najboljeg interesa djeteta određuje prema pristupu zasnovanom na pravima djeteta koje ono stječe u trenutku rođenja. Vidjeti: Vlašković, V., *Osvrt na biomedicinsku uslugu posthumnog začeća kao izraza reproduktivne autonomije*, Zbornik radova sa Konferencije „Usluge i uslužna pravila“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016., str. 584.

16 Antić, O., *Nasledno pravo*, Beograd, 2011., str. 73. i 74.; Đurđević, *supra note 3*, str. 61.; Živojinović, D., *supra note 11*, str. 163. i 164.; Brox, H. - Walker, W-D., *Erbrecht*, München, 2016., str. 5.; Carpenter, C. B., *A Chip off the old iceblock: how cryopreservation has changed estate law, why attempts to address the issue have fallen short, and how to fix it*, Cornell Journal of Law and Public Policy, Vol 21, 2011, str. 429. i 430.; Greenfield, J., *Dad Was Born A Thousand Years Ago? An Examination of Post-Mortem Conception and Inheritance, with a Focus on the Rule Against Perpetuities*, MINN. J.L.SCI. & TECH., Vol. 8 (1), 2006, str. 301. i 302.

17 *Infra*: Poglavlje III. i IV.2.

manjem broju zemalja Evrope i ostatka svijeta,¹⁸ i to s nejednakim pravnim učincima, dok je u većini drugih zemalja ili izričito zabranjena ili uopće nije pravno uređena. Reproductivni turizam omogućava zaobilaznje ovakvih ograničenja.

Ovaj rad istražuje nasljednopravna dejstva postmortalne oplodnje, nastojeći pronaći odgovor na pitanje u kojoj su mjeri u komparativnom pravu zaštićena pojedina imovinska prava i interesi djeteta začetog i rođenog *post mortem*, prije svega pravo da naslijedi genetske roditelje i druge srodnike nakon čije smrti je začeto i rođeno.

Nakon osvrta na oblike i doktrinarnu sistematizaciju postmortalne oplodnje u drugom dijelu rada, u trećem će biti analizirana pozitivnopravna rješenja postmortalne oplodnje u zakonodavstvima pojedinih evropskih zemalja, uključujući i zemlje s prostora nekadašnje Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ), kao i stavovi doktrine i judikature o ovom pitanju. U četvrtom dijelu rada bit će istražena zakonska rješenja i sudska praksa Sjedinjenih Američkih Država vezana za postmortalnu oplodnju i njena nasljednopravna dejstva.

II. Pojam i sistematizacija postmortalne oplodnje

Ideja o postmortalnoj oplodnji datira još iz 1866. godine,¹⁹ ali njena praktična primjena započinje tek nakon usavršavanja i naučnog etabliranja metode krioprezervacije (kriokonzerviranja) reproductivnih ćelija 1949. godine.²⁰ Prvo postmortalno začće dogodilo se 1977. godine u Australiji.²¹ Danas se

18 O regulaciji postmortalne oplodnje u evropskim zemljama vidjeti: Infra, poglavlje III. Među zemlje iz drugih dijelova svijeta u kojima je postmortalna oplodnja dozvoljena spadaju Australija, Novi Zeland i Brazil. U Australiji je dopuštena u tri pokrajine, dok je u četvrtoj zakonom izričito zabranjena. Novozelandski zakon o medicinski pomognutoj oplodnji dozvoljava je kada se kumulativno ispune određeni uvjeti. Brazil nema poseban zakon kojim je to pitanje normirano, ali se postupci postmortalne oplodnje primjenjuju na temelju odluka sudova i tumačenja drugih propisa, počev od Ustava i Gradanskog zakonika. Za Australiju vidjeti detaljnije: Henky, H., *Donor Consent for Posthumous Reproduction: legal and Ethical Perspectives*, J Forensic Sci& Criminal Invest., 7 (4), 2018, str. 1-3. i Sabatello, M., *supra note 9*, str. 36.; Za Novi Zeland vidjeti: Sabatello, M., op. cit.; Za Brazil vidjeti: Eduardo, D. – Raposo, L. V., *Legal aspects of post-mortem reproduction: A Comparative perspective of French, Brazilian and Portugese lehal Systems*, Medicine and Law, 31, 2013, str.193-195.

19 Na ovu ideju došao je talijanski naučnik Montegazza, nakon što je otkrio mogućnost zamrzavanja spermatozoida. Zaključio je da bi takva metoda mogla biti izuzetno korisna ženama čiji muževi odlaze u rat, ako u ratu poginu. Vidjeti: Živojinović, D., *supra note 11*, str. 141.; Greenfield, J., *supra note 16*, str. 280.

20 Krioprezervacija (zamrzavanje) je postupak očuvanja gameta ili preembrija u kojem se reproductivne ćelije podvrgavaju dehidraciji i potom miješaju s pojedinim krioprotektantima (DMSO, glicerol, propanediol) na temperaturama do -40° C ili -80° C. Na kraju postupka smještaju se u tečni azot rashlađen na temperaturu -196° i tako zamrznute čuvaju za potencijalnu upotrebu u budućnosti. Proces odmrzavanja preembrija za implantaciju također je postepen. Vidjeti: Kindregan, P. C. Jr., *Dead dads: Thawing an heir from the freezer*, William Michell Law Review, Vol. 35, Iss. 2, 2009, str. 433.; Simon, S. M., „*Honey, I Froze the Kids*“: *Davis v. Davis and the Legal Status of Early Embryos*, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 23, Issue 1, 1991, str. 131.

21 Prvi postupak uzimanja spermatozoida iz tijela preminulog muškarca izveden je 1980. godine. Uzimanje i pohranjivanje jajnih ćelija mnogo je novijeg datuma. S obzirom na to da je odstranjivanje jajnih ćelija iz tijela žene medicinski znatno složeniji postupak u odnosu na uzimanje muškarčevih gameta,

krioprezervacija gameta i preembrija već rutinski obavlja širom svijeta, i u kombinaciji s drugim metodama medicinski pomognute oplodnje – *in vitro* začecem i vještačkom oplodnjom, sve se više upotrebljava za postmortalnu oplodnju.²² U tom kontekstu u doktrini je kreiran pojam „plodni pokojnik“ (*fertile decedent*),²³ pošto krioprezervacija može „umrlog čovjeka učiniti „plodnim“ za još jedan „životni vijek““.²⁴ Brojni razlozi motiviraju ljude da posežu za ovakvim vidom čuvanja i upotrebe genetskog materijala.²⁵ U pojedinim zemljama moguće je sačiniti tzv. biološki testament (*Biological Will*), u kojem osoba manifestira volju o upotrebi njenih gameta ili preembrija u cilju postmortalne oplodnje.²⁶

Postmortalna oplodnja se izvodi na dva načina: jedan je korištenje ranije zamrznutih spermatozoida preminulog muškarca ili njihova ekstrakcija neposredno nakon smrti,²⁷ a drugi je implantacija u matericu već stvorenog *in vitro* preembrija, koji je poslije stvaranja zamrznut do „upotrebe“. Kad je riječ o upotrebi zamrznutih ili *post mortem* ekstrakciji jajnih ćelija, prethodno je navedeno da zamrznute jajne

ćak i kad je u pitanju umrli muškarac, to je postalo moguće tek kasnih 70-ih godina 20. vijeka razvojem *in vitro* začeca. Prvi zabilježeni slučaj rođenja djeteta uz pomoć zamrznute jajne ćelije zbio se 1986. godine. Sabatello, M., *supra note 9*, str. 30. i 31.

22 Znanstvena istraživanja pokazuju da su zamrznuti spermatozoidi i preembriji nakon dugog razdoblja čuvanja u takvom stanju i dalje podobni za „upotrebu“. Usprkos tome što u postupku krioprezervacije bude uništen jedan dio spermatozoida, stopa njihovog „preživljavanja“ je na nivou 48% - 79%. Još nije precizno ustanovljeno maksimalno vrijeme u kojem oni ostaju upotrebljivi za oplodnju nakon zamrzavanja, ali je sigurno da mogu biti zamrznuti preko 12 godina, a prema određenim naučnim pretpostavkama, i do nekoliko stotina godina. Za preembrije je utvrđeno da se mogu koristiti i do 50 godina poslije zamrzavanja. Nasuprot tome, jajna ćelija ne pokazuje vrlo veliku sposobnost fertilizacije nakon odmrzavanja, ali joj se, sudeći po dosadašnjim istraživanjima, ta sposobnost postepeno povećava. Vidjeti: Greenfield, J., *supra note 16*, str. 281. i 282.; Doroghazi, J., *Gillett-Netting v. Barnhart and Unanswered Question's about Social Security Benefits for Posthumously Conceived Children*, Washington University Law Quarterly, Vol. 83, 2005, str. 1601.

23 Vidjeti: Kindregan P. C. Jr., *supra note 20*, str. 434.

24 Doroghazi, J., *supra note 22*.

25 Zamrzavanje gameta svojevremeno su koristili američki astronauti u prvim danima programa istraživanja Svemira, a potom vojnici koji su učestvovali u ratu u Perzijskom zaljevu. Danas se ova metoda redovno upotrebljava u vojsci SAD-a, Velike Britanije i Izraela. Osim njih, u želji da osiguraju potomstvo, zamrzavanju gameta vrlo često pribjegavaju pacijenti oboljeli od kancera, podvrgnuti tretmanima kemoterapije i radioterapije, zbog mogućeg steriliteta kao nuspojave ovih tretmana, te pacijenti u terminalnoj fazi bolesti. Vidjeti: Kindregan P. C. Jr., *supra note 20*, str. 436.; Kindregan, P. C., *Dead Soldiers and Their Posthumously Conceived Children*, Journal of Contemporary Health Law & Policy, Vol 31, Issue 1, 2015, str. 78.; Greenfield, J., *supra note 16*, str. 281.

26 Tako je u Izraelu. Tamo je advokatica Irit Rosenblum, osnivateljica organizacije Nova porodica (*New Family*), formirala Banku bioloških testamenata (*Biological Will Bank*) kao prvu instituciju na svijetu koja za svoje korisnike sastavlja i čuva ovakve izjave volje, smatrajući da time pomaže u ostvarenju njihovog prava na biološki kontinuitet i ostavljanje biološkog naslijeđa. Do 2014. godine potpisano je i u Banku pohranjeno više od 600 ovakvih dokumenata. Vidjeti detaljnije: *New Family, Biological Wills*, na: <http://www.newfamily.org.il/en/biological-wills/> (1. 3. 2018.); Sabatello, M., *supra note 9*, str. 37.

27 Prema medicinskim studijama, ekstrakcija spermatozoida treba biti izvršena u razdoblju do 24 sata nakon smrti, ali je praksa pokazala da je moguća uspješna oplodnja i spermatozoidima odstranjenim 36 sati nakon smrti, bez obzira na uzrok smrti i metodu ekstrakcije gameta. Detaljnije: Shefi S. et al., *Posthumous sperm retrieval: Analysis of time interval to harvest sperm*, Human Reproduction 21(11), 2006, str. 2890–2893.

ćelije pokazuju mnogo manju sposobnost oplodnje u odnosu na spermatozoide,²⁸ dok je uzimanje jajne ćelije iz tijela umrle žene izuzetno složen medicinski postupak. Osim toga, upotreba gameta preminule žene za oplodnju uključuje i surogat majku, što dodatno etički i pravno komplicira problem, jer je surogat majčinstvo u većini nacionalnih zakonodavstava zabranjeno.²⁹ U praksi su dosad veoma rijetki slučajevi rođenja djece uz pomoć ovog oblika postmortalne oplodnje, pri čemu je korištena metoda implantacije ranije stvorenih preembrija.³⁰ Judikatura je već imala priliku odlučivati o zahtjevu srodnika djevojke koju je zadesila moždana smrt za ekstrakcijom njene jajne ćelije radi oplodnje.³¹

Na osnovu slučajeva postmortalne oplodnje iz sudske prakse, u pravnoj teoriji je napravljena njena sistematizacija, ali se u tom pogledu stavovi pojedinih autora razlikuju.

Prema jednom stavu,³² postmortalna oplodnja obuhvaća rođenje ili začeće i rođenje djeteta poslije smrti jednog ili oba njegova genetska roditelja. Diferenciraju se tri njena oblika: prvi – do začeća dolazi prije smrti, ali se dijete rađa nakon smrti jednog ili oba roditelja;³³ drugi – i začeće i rođenje dešavaju se nakon smrti muškarca, genetskog oca djeteta, korištenjem njegovih zamrznutih spermatozoida; treći – oplodnja *in vitro* i zamrzavanje preembrija izvode se prije smrti genetskih roditelja, a ovi bivaju preneseni u matericu žene kod koje je izazvana trudnoća i dijete se rađa nakon smrti jednog ili oba genetska roditelja.

Prema drugom stavu,³⁴ postmortalna oplodnja se pojavljuje u tri situacije. Radi preciznosti ovdje bi ipak bilo bolje reći kako su to dvije situacije, a ne tri, samo što se jedna od njih manifestira u dvije varijante.

28 Supra, bilj. 22.

29 Vidjeti detaljnije regulaciju surogat majčinstva u pojedinim državama: Council of Europe, Committee on Bioethics (DH-BIO), *Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP), on the right to know about their origin for children born after MAP and on surrogacy (DH-BIO/INF(2016)4*, Strasbourg, 7 Septembre 2017.; Lederer, N., *Grenzenloser Kindermutterschaft im nationalen, europäischen und globalen rechtlichen Spannungsfeld*, Frankfurt am Mein, 2016., str. 37-117.

30 Prvo takvo rođenje dogodilo se u Izraelu 2011. godine. Surogat majka je rodila dijete iz preembrija, koji je bio stvoren od jajne ćelije i spermatozoida jednog para prije nego je partnerica preminula zbog tumora. Vidjeti: New Family, *Biological Wills*, supra note 26.

31 Radi se o slučaju 17-godišnje djevojke iz Izraela Chen Aida Ayash, nastradale u saobraćajnoj nesreći, čija je porodica zatražila i od suda dobila odobrenje za ekstrakcijom i zamrzavanjem njenog gameta. Porodica je prvobitno namjeravala izvršiti oplodnju tog gameta doniranim spermatozoidima te zamrznuti stvoreni preembrij, ali je sud dozvolio samo uzimanje jajne ćelije iz djevočinog tijela. Ovaj slučaj je izazvao veliku etičku raspravu, a pošto je bila u pitanju maloljetna djevojka, među ostalim se diskutiralo i o sposobnosti maloljetne osobe da iskaže pravno relevantnu volju za postmortalnom oplodnjom. Vidjeti detaljnije: Sabatello, M., supra note 9, str. 31. i 32.; CBS News, *Dead's girl family harvest her eggs: Was it unethical?*, na: <https://www.cbsnews.com/news/dead-girls-family-harvests-her-eggs-was-it-unethical/> (1.3.2018.).

32 Živojinović, D., supra note 11, str. 141.

33 Ovaj vid oplodnje reguliran je u pozitivnom uporednom pravu u skladu s fikcijom *o nasciturusu* i ne pobuđuje posebne moralne kontroverze i pravne probleme. Tako: Ibid.

34 Vidić, J., *Posthumna oplodnja i njena naslednopravna dejstva*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2011., str. 554-556.

Prvu situaciju imamo kada je genetski materijal partnera zamrznut tokom njihovog života, i tu se onda pojavljuju dvije moguće varijante. One su uvjetovane (ne)postojanjem saglasnosti za upotrebu zamrznutih gameta u cilju oplodnje *post mortem*. Može se desiti da su se partneri prilikom zamrzavanja gameta ili preembrija saglasili o tome da u slučaju smrti jednog od njih nadživjeli partner iskoristi ovaj genetski materijal radi dobijanja potomstva.³⁵ S druge strane, moguće je i to da se partneri prilikom izvođenja postupka medicinski pomognute oplodnje ne izjasne u pogledu postmortalnog začeća, ali njihov genetski materijal pritom biva zamrznut. Nakon smrti jednog partnera, nadživjeli zahtijeva da mu se omogući upotreba tog materijala u cilju oplodnje.³⁶ Osim navedenih, u praksi se dešavaju i slučajevi da treće osobe, koje nisu u emocionalnoj i pravnoj vezi s preminulom osobom, traže postmortalno korištenje zamrznutog genetskog materijala.³⁷

Druga situacija postoji u slučaju da gameti nisu prethodno zamrznuti, nego nadživjeli partner tj. partnerica ili srodnici preminule osobe neposredno nakon njene smrti zahtijevaju njihovu ekstrakciju u cilju oplodnje ili stvaranja preembrija. Najčešće se radi o zahtjevima za ekstrakcijom muških gameta³⁸, ali mogu biti u

35 Jedan od takvih slučajeva u SAD-u je dobio sudski epilog. U predmetu *Hecht v. Superior Court (Kane)* (1993) 16 Cal. App. 4th 836 [20 Cal. Rptr. 2d 275], Apelacioni sud Kalifornije udovoljio je zahtjevu D. E. Hecht, partnerice preminulog V. E. Kanea, da bude oplodena njegovim spermatozoidima. Taj zahtjev osporila su joj Kaneova djeca iz ranijeg braka, iako je njihov otac gamete deponovao u banku sperme mjesec dana prije samoubistva i potom ih testamentom ostavio svojoj partnerici upravo radi postmortalne oplodnje. Vidjeti detaljnije: *Justia US Law*, na: <http://law.justia.com/cases/california/caapp4th/16/836.html> (1. 3. 2018.); Doroghazi, J., *supra note 22*, str. 1597.; Šimonović, D., *supra note 5*, str. 93. i 94.; Cvejić-Jančić, O., *Aktuelni izazovi biomedicinski potpomognute oplodnje*, Pravni život br. 10/2010., str. 17.

36 Ovakav slučaj – *Parpalaix v. CECOS*, zbio se u Francuskoj 1984. godine i izazvao velike polemike i van granica te zemlje. Riječ je o sporu između banke sperme, u kojoj je A. Parpalaix pohranio svoje gamete spoznavši da boluje od tumora, pri čemu se nije izjasnio o načinu daljeg postupanja s njima, i njegove supruge, koja je zahtijevala da joj nakon muževlje smrti ovi budu predati u svrhu oplodnje. Zauzevši stav da je nužno utvrditi istinsku namjeru donora gameta, a da je u ovom slučaju ta namjera bila njihova pohrana u svrhu oplodnje, Sud je obavezao CECOS da ih preda supruzi A. Parpalaixa. Vidjeti detaljnije: Vidić, J., *supra note 34*, str. 555. i 556.; Kovaček-Stanić, G., *Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplodjenja u pravu Srbije i evropskim pravima*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke br. 131., 2010., str. 426.; Šimonović, D., *supra note 5*, str. 92. i 93.

37 Kao primjer ovdje može poslužiti australijski slučaj iz 1984. godine, u kojem je sud odlučivao o zahtjevu jednog para da im se dozvoli upotreba zamrznutih embrija bračnog para Rios, tragično stradalog u avionskoj nesreći. Sud je udovoljio njihovom zahtjevu, ali je naglasio da dijete koje se rodi neće imati pravo naslijediti imovinu para Rios. Vidjeti: Doroghazi, J., *supra note 22*, str. 1603.

38 U sudskoj praksi SAD-a već je raspravljano o više takvih slučajeva. U nekima su zahtjev podnijele supruge umrlih muškaraca (slučaj *Mirabel Baez* iz 1994. godine), a u drugima njihovi roditelji (slučaj *Pam Reno*). Vidjeti detaljnije: Doroghazi, J., *supra note 22*, str. 1597. i 1598.; Vidić, J., *supra note 34*, str. 556. I u judikaturi Izraela zabilježen je 2007. godine izuzetno zanimljiv slučaj zahtjeva roditelja za upotrebom gameta njihovog poginulog sina, uzetih i zamrznutih neposredno nakon njegove smrti, s ciljem da im žena koju oni odaberu začne i rodi unuča (slučaj *Cohen*). To se na kraju i ostvarilo – dijete je rođeno 2013., odnosno 11 godina nakon pogibije svog oca. Vidjeti: Lewis, C. B., *Dead Men Reproducing: Responding to the Existence of Afterdeath Children*, *Geo. Mason L. Rev.*, Vol 16, No 2, 2009, str. 404.; Kindregan, P. C., *supra note 25*, str. 78. i 79.; World Blog from NBC news, *IDF's Soldier Dream to Come True, After Death*, na: http://worldblog.nbcnews.com/_news/2007/01/18/4376591-idf-soldiers-dream-to-come-true-after-death (1. 3. 2018.); New Family, *Creating New Life from the Dead by Biological Will*, na: <http://www.newfamily.org.il/en/5041/creating-new-life-from-the-dead-by-bio>

pitanju i gameti žene.³⁹ Pojedini bioetičari i pravni teoretičari ovakve zahtjeve ocjenjuju vrlo negativno.⁴⁰

Na osnovu analize dvije izložene sistematizacije⁴¹ treba kao korektniju i precizniju označiti ovu drugu (kumulativno: začće i rođenje nakon smrti, a ne alternativno: rođenje ili začće i rođenje), jer sve definicije postmortalne oplodnje ukazuju na to da se njena suština i pravni problemi koje uzrokuje ogledaju upravo u okolnosti da je dijete začeto nakon smrti jednog ili oba genetska roditelja. Ako se želi biti do kraja precizan, onda se ovdje može dodati primjedba u pogledu slučaja izvođenja postupaka postmortalne oplodnje ranije zamrznutim preembrijima, pošto se tada čin začća, odnosno nastanak preembrija *in vitro* zaista dešava tokom života genetskih roditelja. Ipak, ovu primjedbu moguće je pobiti argumentom da se preembriji prenose u matericu žene kod koje je izazvana trudnoća tek nakon smrti jednog ili oba genetska roditelja, što je samo „druga faza“, odnosno svojevrsni „nastavak“ postupka oplodnje. Zbog toga i ovakve slučajeve bezuvjetno treba podvesti pod definiciju postmortalne oplodnje.

III. Postmortalna oplodnja u Evropi

S obzirom na složenost i osjetljivost pravnih pitanja koja otvara primjena postupaka postmortalne oplodnje, nacionalni zakonodavci se još uvijek tako lako ne upuštaju u njihovo reguliranje, a kada to i čine, pristup im je različit. U većini država na tlu Evrope ova metoda medicinski pomognute oplodnje je nedozvoljena ili uopće nije zakonski normirana. Samo u manjem broju država precizno su propisani uvjeti pod kojima ju je moguće primijeniti.⁴² Njihovo poređenje pokazuje da je u svim zakonodavstvima koja dozvoljavaju postmortalnu oplodnju ona uvjetovana pristankom davatelja gameta. U pojedinim zakonodavstvima kumulativno je propisan i uvjet njegovog pristanka za zasnivanjem roditeljskog odnosa s postmortalno začetim i rođenim djetetom. Osim ovoga, neka zakonodavstva izvođenje postupaka postmortalne oplodnje ograničavaju rokom. Kada je riječ o njenim nasljednopravnim dejstvima, iz analize relevantnih nacionalnih propisa može se zaključiti da to pitanje u svim ovim državama nije uređeno na adekvatan način. Norme nasljednog prava koje tretiraju položaj (začetog) nerođenog djeteta nisu usklađene s propisima o

logical-will-2/ (1. 3. 2018.).

39 Supra, bilj. 31.

40 Zahtjevi Mirabel Baez i Pam Reno (bilj. 38.) okarakterizirani su kao „svojevrsan oblik silovanja osobe koja je mrtva“. Vidjeti: Doroghazi, J., *supra note 22*, str. 1597.

41 U doktrini se pojavljuju i druge vrlo slične sistematizacije: podjela postmortalne oplodnje po kriteriju trenutka zamrzavanja genetskog materijala i kriteriju (ne)postojanja saglasnosti preminule osobe za korištenjem njenih gameta *post mortem* (vidjeti: Vlašković, V., *supra note 15*, str. 578. i 579.), te podjela koja je načinjena kombinacijom ova dva kriterija (vidjeti: Samardžić, S., *Porodičnopravni aspekti posthumne oplodnje*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 4/2013, str. 389. i 390.).

42 Pregled pravne regulacije ovog pitanja u zemljama članicama Vijeća Evrope i EU-a vidjeti u studijama: Council of Europe, Committee on Bioethics (DH-BIO), *supra note 29*; ESHRE, *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies* (SANCO/2008/C6/051), Belgium, 2010, str. 18. i 19., na: http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf (1. 3. 2018.).

postmortalnoj oplodnji i idu na štetu prava i interesa djeteta začetog i rođenog poslije smrti jednog ili oba genetska roditelja.

III.1. Zemlje koje dozvoljavaju postmortalnu oplodnju

Jedna od evropskih zemalja koja je zakonski uredila i dozvolila postmortalnu oplodnju je Velika Britanija. Zakonom o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 2008. godine određeni su uvjeti pod kojima će bračni ili vanbračni partner biti smatran ocem ovako začetog djeteta. Među ostalim, precizno je normirana obaveza pribavljanja njegovog pristanka kako za postmortalno korištenje njegovih gameta ili od njih stvorenih preembrija, tako i za uspostavljanje budućeg roditeljskog odnosa između njega i djeteta.⁴³ Ni prije stupanja na snagu Zakona iz 2008. oplodnja *post mortem* nije bila zabranjena, ali je Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. godine propisivao da se u tom slučaju muškarac čiji su gameti postmortalno iskorišteni za oplodnju (ili je implantiran embrij nastao fertilizacijom jajne ćelije njegovim spermatozoidima), neće smatrati ocem djeteta.⁴⁴ Pod utjecajem javnosti i stavova judikature ove odredbe su promijenjene.⁴⁵

I Španija dozvoljava postmortalnu oplodnju. Zakon o tehnikama medicinski pomognute oplodnje iz 2006. godine ovlašćuje ženu da za oplodnju upotrijebi spermatozoide svog preminulog supruga, ako je on na to izričito pristao u pismenoj formi na jedan od zakonom propisanih načina.⁴⁶ Dodatni uvjet je da ta oplodnja bude izvedena maksimalno 12 mjeseci poslije njegove smrti. U skladu s odredbama navedenog Zakona, dijete začeato i rođeno ovom metodom imat će bračni status. Isto pravo priznato je i neoženjenim muškarcima. Ako su gameti umrlog muškarca koji se nije izjasnio o fertilizaciji *post mortem* implantirani u tijelo žene nakon njegove smrti, nedozvoljeno je utvrđivanje očinstva i uspostavljanje bilo kakve pravne veze između tog muškarca i djeteta začetog putem medicinski pomognute oplodnje.⁴⁷

43 Kovaček-Stanić, G., *Comparative Analysis of ART in the EU: Cross-border Reproductive Medicine, Medicine, Law & Society*, Vol. 8, No 1, 2015, str. 8. i 9.

44 Ovakva regulacija usvojena je u Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. iz dva razloga: da bi se osiguralo raspoređivanje imovine tj. nasljednopravna dejstva s dozom konačnosti, te da se destimuliše fertilizacija *post mortem*, zbog mogućih dubokih psiholoških problema koje može izazvati kod djeteta i majke. Detaljnije: Kovaček-Stanić, G., *supra note 36*, str. 427.; Vidić, J., *supra note 34*, str. 559.

45 Među slučajeve koji su utjecali na promjenu Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. spada i slučaj *Diane Blood* iz 1995. godine. Radi se o ženi koja je uspjela ostvariti pravo na ekstrakciju sjemenih ćelija njenog supruga, nakon što je on pao u komu bez izgleda za preživljavanjem, a potom i pravo da ih upotrijebi za postmortalnu oplodnju, jer je prema Zakonu iz 1990. to bilo moguće samo uz prethodni pristanak muškarca od kojeg gameti potječu. Poslije rođenja dva sina, začeata muževim sjemenim ćelijama, ona je izvojevala još i pravnu bitku za priznanjem očinstva njenog supruga u odnosu na njene sinove. Vidjeti detaljnije o ovom slučaju: Sabatello, M., *supra note 9*, str. 29.; Samardžić, S., *Pravna pitanja biomedicinski asistirane reprodukcije: reproduktivni turizam*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2011., str. 510.; The Guardian, *Diane Blood law victory gives her sons their 'legal' father*, na: <http://www.theguardian.com/science/2003/sep/19/genetics.uknews> (1. 3. 2018.).

46 Izjava može biti data u specijalnoj ispravi, pred notarom, u testamentu ili u posebnom dokumentu s *post mortem* instrukcijama.

47 Vidjeti detaljnije: Cámara Lapuente, S., *New Developments in the Spanish Law of Succession*,

Premda navedene odredbe izričito ne određuju treba li budući zametak biti pravno tretiran na isti način kao *nasciturus* u čl. 29. Građanskog zakonika Španije, i smatrati se začetim u vrijeme smrti ostavitelja da bi mu bilo priznato pravo nasljeđivanja i druga prava pod uvjetom da se rodi živ, to je svakako najispravnije i najbolje tumačenje ove odredbe.⁴⁸

Holandski Zakon o embrijima iz 2002. godine normira da se zamrznuti preembriji neće čuvati u slučaju smrti donora sjemene ili jajne ćelije. Međutim, ako su te osobe prethodno sačinile pismenu izjavu o upotrebi njihovih gameta ili preembrija, onda se ovi mogu dalje čuvati i iskoristiti za postmortalno začeće.⁴⁹ Pošto Građanski zakonik Holandije u čl. 1:2 priznaje ostvarenje pravnih interesa već začetog djeteta pod uvjetom da se rodi živo, iz tumačenja ovog pravila proističe da dijete začeto *post mortem* ne može ostvariti pravo nasljeđivanja svojih genetskih roditelja.⁵⁰

Belgija također spada u grupu evropskih zemalja koje dopuštaju postmortalnu oplodnju. Shodno Zakonu o medicinski asistiranoj reprodukciji i raspolaganju prekobrojnim embrionima i gametima iz 2007. godine, embriji mogu biti iskorišteni za ovakvu oplodnju nakon smrti jednog od partnera, pod uvjetom da su oboje partnera o tome postigli sporazum u vidu ugovora, odnosno na to izričito pristali. Postupak oplodnje mora biti proveden u tačno određenom periodu, čiji je početak šest mjeseci od dana smrti partnera, a kraj dvije godine nakon tog datuma. Zakon dozvoljava i fertilizaciju *post mortem* uz pomoć zamrznutih gameta, u istom periodu koji je normiran za fertilizaciju uz pomoć embrija.⁵¹

U pravnom sistemu Grčke, postmortalna oplodnja žene – bračne ili vanbračne partnerice dozvoljena je samo ako su ispunjene dvije pretpostavke. Prva, da je njen partner prije smrti obolio od bolesti koja je praćena velikim rizikom njegovog steriliteta ili velikom izvjesnošću da će bolest rezultirati smrću. Druga, da je partner u formi notarske isprave pristao na ovu metodu oplodnje. Rok za njeno izvođenje jednak je onom u belgijskom pravu. Propisivanje roka dvojako je motivirano: zaštitom žene od preuranjenog donošenja takve odluke te zaštitom ostalih srodnika – potencijalnih nasljednika od predugog čekanja na ostvarenje njihovog prava na nasljeđe.⁵²

InDret 4/2007., str. 11., na: www.raco.cat/index.php/InDret/article/.../102424 (1. 3. 2018.); Vidić, J., *supra note 34*, str. 560.

48 Takvo pravilo izričito je propisano u građanskom pravu španskih pokrajina Katalonije i Aragona. Vidjeti: Cámara Lapuente, S., *supra note 47*, str. 11.

49 Detaljnije: Derckx, V. – Hondius, E., *The Rights of the Embryo and the Foetus under Dutch Law*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 6.4, str. 399., na: http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2007-0725-201505/hondius_02_therightsoftheembryo.pdf (1. 3. 2018.).

50 Ibid.

51 Vidjeti: Vidić, J., *supra note 34*, str. 560.

52 Kounougeri-Manoledaki, E., *Assisted Reproduction and Human Rights in Greece*, u: Lødrup, P. – Modvar, E. (Ed.), *Family Life and Human Rights*, Papers presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Law, Oslo, 2004., str. 376.; Leon, G. – Papetta, A. – Spiliopoulou, C., *Overview of the Greek Legislation Regarding Assisted Reproduction and Comparison with the EU*, Reproductive BioMedicine Online, Vol. 23. Issue 7, str. 821. na: <http://download.journals.elsevierhealth.com/pdfs/journals/1472-6483/PIIS1472648311004846.pdf> (1. 3. 2018.); Kovaček-Stanić, G., *supra note 43*, str. 9.

Od svih zemalja nastalih disolucijom SFRJ, samo Makedonija izričito dopušta oplodnju *post mortem*. Zakon o biomedicinski pomognutoj oplodnji iz 2008. godine normira mogućnost ovakve oplodnje genetskim materijalom muškarca, pod uvjetom da je na to prethodno iskazao pristanak u pismenoj formi. Oplodnja mora biti izvedena najviše godinu dana od dana njegove smrti. To pravo pripada kako bračnim i vanbračnim partnerima, tako i osobama koji ne žive u jednoj od ovih zajednica.⁵³ Navedeno zakonsko rješenje nije usklađeno s odredbama makedonskog Zakona o nasljeđivanju vezanim za nasljednopravni položaj zametka,⁵⁴ iz čijeg tumačenja proizilazi da postmortalno začeto dijete ne može biti nasljednik svog genetskog oca.

Analiza odredaba hrvatskog Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji iz 2012. godine ukazuje na to da je i u ovoj državi postmortalna oplodnja dopuštena u izvjesnom obliku ili preciznije kazano, na posredan način. U odredbi koja se odnosi na način i rokove čuvanja spolnih ćelija, tkiva i zametaka propisano je da zameci pohranjeni u cilju izvođenja postupka medicinski pomognute oplodnje, u slučaju smrti jedne ili obje osobe od kojih potječu, mogu biti poklonjeni drugom korisniku prava na medicinski pomognutu oplodnju radi oplodnje i rađanja djeteta. Osim toga, u odredbi kojom je regulirano pohranjivanje genetskog materijala i preembrija ista mogućnost, odnosno obaveza⁵⁵ normirana je u slučaju smrti muškarca i žene koji su zamrznuli svoje embrije za njihovo kasnije vlastito korištenje, ugroženi izvjesnošću da će zbog zdravstvenih razloga postati neplodni. Ovlaštenje na donaciju embrija ima zdravstvena ustanova kod koje su ovi pohranjeni.⁵⁶

III.2. Zemlje koje zabranjuju postmortalnu oplodnju

Izvjestan broj evropskih zemalja decidirano zabranjuje postmortalnu oplodnju.

Njemački Zakon o zaštiti embrija iz 1990. godine propisuje kaznu zatvora do tri godine ili novčanu kaznu za osobu koja svjesno oplodi jajnu ćeliju sjemenom ćelijom osobe koja više nije živa.⁵⁷ Ista sankcija propisana je za pokušaj vještačke oplodnje jajne ćelije koja potječe od umrle žene. Navedena zabrana ne odnosi se na slučaj kada muškarac, čiji su gameti upotrijebljeni za oplodnju, umre nakon što jajna ćelija bude oplodena.⁵⁸ Doktrina smatra kako je zabrana postmortalne oplodnje primarno motivirana nastojanjem zakonodavca da spriječi neovlaštenu oplodnju jajnih ćelija

53 Doktrina je iskazala ošto protivljenje ovakvom zakonskom rješenju, istakavši da je ono s više aspekata neusklađeno s rješenjima većine ostalih zakonodavstava koja dozvoljavaju postmortalnu oplodnju. Vidjeti detaljnije: Mickovic, D., *Posthumna reprodukcija i naslednoto pravo*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61 (2), 2011, str. 538-540.; Spirovik Trpenkovska, Lj. – Mickovic, D. – Ristov, A., *Nasledovanjeto vo Evropa*, Skopje, 2011., str. 58. i 59., prema: Vidić, J., *supra note 34*, str. 560.

54 *Supra*, bilj. 4.

55 Zakon u čl. 33. st. 4. upotrebljava termin “mogu”, a čl. 34. st. 4. “obavezna je”.

56 Za razliku od embrija, pohranjene spolne ćelije i tkiva moraju biti uništene u roku od 30 dana od saznanja za smrt osobe od koje potječu (čl. 33. i čl. 34. Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji).

57 Sankcije pogađaju liječnika koji izvede ovakvu oplodnju, dok žena kojoj je preembrij transferiran neće biti kažnjena (§. 4 (1) 3. Zakona o zaštiti embrija). Vidjeti detaljnije: Müller-Terpitz, R., *Surrogacy and post mortem reproduction – Legal situation and recent discussion in Germany*, str. 77. i 78., na <https://ejournals.lib.auth.gr/culres/article/download/4953/4918> (1. 3. 2018.).

58 U tom smislu glasi odluka Višeg Regionalnog Suda u Rostocku. Vidjeti: *Ibid*, str. 78.

bez saglasnosti donora spermatozoida, odnosno da osigura zaštitu prava (preminulog) muškarca na samoodređenje. Osim toga, zakonodavac ovakvim rješenjem želi zaštititi interese potencijalnog djeteta, koji bi mogli biti ugroženi činjenicom njegovog rođenja i odrastanja bez genetskog oca te nemogućnošću da spozna od koga potječe. Pojedini autori također navode psihološke probleme koje bi to dijete moglo imati saznanjem da je njegov genetski otac već bio mrtav u trenutku kada je ono začeto. Manji broj njih čak navodi i argument da u slučajevima postmortalne oplodnje dolazi do povrede ljudskog dostojanstva, a neki i taj da donor spermatozoida, budući da je mrtav, ne može biti smatran pravnim ocem djeteta, što rezultira ne samo okolnošću da je dijete lišeno psihološke uloge koju roditelj ima u njegovom životu nego i svog prava na izdržavanje.⁵⁹ Nasuprot stavovima u prilog općoj zabrani postmortalne oplodnje *de lege lata*, njemačka doktrina pronalazi i argumente koji bi opravdali dopuštanje njenog izvođenja uz ispunjenje strogo propisanih uvjeta.⁶⁰

Švicarsko pravo izričito zabranjuje korištenje embrija ili gameta poslije smrti osobe od koje ovi potječu.⁶¹

Identično rješenje sadrži i slovenačko pravo. Zakon o liječenju neplodnosti i biomedicinski pomognutoj oplodnji Slovenije iz 2000. godine obavezuje liječnika da prije unosa gameta ili preembrija u tijelo žene u cilju oplodnje utvrdi jesu li njihovi darovatelji još uvijek živi.⁶²

Ni francusko zakonodavstvo ne dozvoljava postmortalnu oplodnju. Zakonom 94-654 iz 1994. godine propisano je da muškarac i žena, bračni ili vanbračni partneri od kojih potječu gameti, moraju biti živi u trenutku provođenja postupka medicinski pomognute oplodnje. Osim ovoga, moraju biti i zadovoljeni uvjeti koji se tiču njihove životne dobi, saglasnosti s transferom embrija ili inseminacijom i postojanja bračne/vanbračne zajednice.⁶³ Prije stupanja na snagu ovog Zakona, u sudskoj praksi je raspravljano nekoliko slučajeva u kojima su sudovi zauzeli oprečna stajališta o postmortalnom transferu preembrija.⁶⁴

Uvjet da su oboje partnera od kojih potječe reproduktivno tkivo živi u vrijeme izvođenja fertilizacije normiran je i u pravu Italije Zakonom br. 40 iz 2004. godine.⁶⁵

59 Vidjeti više: Ibid, str. 78. i 79.

60 Müller-Terpitz, R., supra note 57, str. 80.; Krüger, M., *The Prohibition of post-mortem-fertilization, legal situation in Germany and European Convention on Human Rights*, Revue internationale de droit pénal, vol. 82, 1/2001, str. 63.

61 Kovaček-Stanić, G., supra note 36, str. 426.

62 Čl. 28. st. 3. Zakona o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (ZZNPOB). Detaljnije o rješenjima ovog zakona vidjeti: Znidaršič, Viktorija, *The Law on Infertility Treatment and Bio-medically assisted procreation in Slovenia*, u: *Family Life and Human Rights*, Papers presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Law, Oslo, 2004., str. 1017-1036.

63 Kovaček-Stanić, G., supra note 36, str. 426.; Eduardo, D. – Raposo, L. V., supra note 18, str.186. i 187.

64 Eduardo, D. – Raposo, L. V., supra note 18, str. 190-192.

65 Čl. 5. Zakona br. 40/2004.

Prije njegovog donošenja, u sudskoj praksi je udovoljavano pojedinim zahtjevima za izvodenjem postmortalne oplodnje.⁶⁶

Portugalski Zakon 32/2006 također zabranjuje postmortalnu oplodnju. Dozvoljena je jedino postmortalna implantacija preembrija u matericu, pod uvjetom da preembrij bude stvoren prije smrti muškarca od kojeg potječu gameti. Ako taj uvjet nije ispunjen, nakon njegove smrti ne smije se provesti postupak oplodnje, čak ni kada je on izrazio želju za time.⁶⁷

Srbija je donošenjem novog Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji 2017. godine otklonila dileme izazvane nepreciznošću ranijeg zakonskog rješenja pitanja dopuštenosti postmortalne oplodnje⁶⁸ i time se nedvojbeno svrstala u grupu evropskih zemalja koje je ne dopuštaju. Ovaj Zakon decidirano propisuje da je u postupku medicinski pomognute oplodnje dozvoljeno upotrebljavati reproduktivne ćelije i embrije davatelja koji su živi,⁶⁹ a u dijelu koji normira vrijeme čuvanja gameta i preembrija određuje da se gameti po isteku propisanog roka za čuvanje uništavaju, a preembriji razgrađuju i uništavaju. Prije njihovog uništavanja, zdravstvena ustanova koja ih čuva dužna je u pismenoj formi zahtijevati od osobe od koje potiču gameti ili preembriji da se izjasni o njihovom daljem korištenju – ta osoba je ovlaštena darovati ih drugim osobama za oplodnju, donirati ih u znanstvenoistraživačke svrhe ili zahtijevati njihovo uništavanje.⁷⁰

Na teritoriju Bosne i Hercegovine ne postoji poseban zakon kojim je uređeno pitanje medicinski pomognute oplodnje.⁷¹ Aktivnosti vezane za njegovu izradu i usvajanje u jednom dijelu države – Federaciji Bosne i Hercegovine traju već više od šest godina. Trenutno se provodi faza javne rasprave Nacrta Zakona o liječenju

66 Jedan od zahtjeva s takvim ishodom je presuda Tribunala u Palermu od 8. januara 1999. godine. Radi se o slučaju šefa sicilijanske mafije i njegove supruge, koji su ugovorili postupak *in vitro* oplodnje njihovim gametima u Centru za reproduktivnu medicinu u Palermu, budući da se on nalazio u zatvoru i nije mogao ostvarivati neposredne kontakte sa suprugom. Samo nekoliko dana nakon prve neuspješne implantacije preembrija u njenu matericu, suprug je preminuo. Centar je odbio nastaviti postupak oplodnje preostalim preembrijima, pozivajući se na kodeks deontologije i druge interne propise. Supruga se obratila sudu zahtijevajući da Centar u potpunosti izvrši svoju preuzetu „profesionalnu obavezu“. Zanimljivo je da ju je Centar u ovome podržao, očekujući kako će mu sud nametnuti obavezu da nastavi započeti postupak te ga time osloboditi eventualne moralne ili pravne odgovornosti. Sud je usvojio postavljeni zahtjev, navodeći „kako je šteta prouzrokovana odrastanjem djeteta bez oca mnogo manja i potpuno neusporediva sa štetom kada dijete ne bi bilo niti rođeno“. Navedena presuda je dobila znatan publicitet i postala predmet opsežnih doktrinarnih analiza. Vidjeti detaljnije: Miranda, A., *Post-mortem artificial insemination in Italy: A Case study*, u: Bainham, A. (ed.), *The International survey of family law*, 2003 edition, str. 243-249.; Eduardo, D. – Raposo, L. V., *supra note 18*, str. 191.

67 Eduardo, D. – Raposo, L. V., *supra note 18*, str. 192.

68 O rješenjima prethodno važećeg Zakona o liječenju neplodnosti i postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja iz 2009. godine vidjeti: Krstić, N., *Naslednopravna dejstva post mortem reprodukcije*, Zbornik radova s Međunarodne naučne konferencije „Pravni sistem i zaštita od diskriminacije“, Kosovska Mitrovica, 2015., str. 264-267.

69 Čl. 41. Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

70 Čl. 51. st. 4-6. Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

71 Ovo pitanje tretirano je jedino u okviru porodičnog zakonodavstva, u odredbama koje normiraju majčinstvo i očinstvo djeteta začetog medicinski potpomognutom oplodnjom. Vidjeti: Bubić, Suzana – Traljić, Nerimana, *supra note 2*, str. 96-98.

neploidnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom⁷², usvojenog u Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine u aprilu 2017. godine. Ovaj Nacrt ne sadrži posebne odredbe o postmortalnoj oplodnji, ali iz odredaba kojima su normirani uvjeti za ostvarenje prava na liječenje primjenom postupaka medicinski pomognute oplodnje te odredaba o pohranjivanju, načinim i rokovima čuvanja gameta i preembrija zaključuje se kako ona nije dozvoljena.⁷³

IV. Postmortalna oplodnja u Sjedinjenim Američkim Državama

IV.1. Zakonska regulacija

Način reguliranja postmortalne oplodnje nije istovjetan na cijelom teritoriju Sjedinjenih Američkih Država. U većem broju saveznih država SAD-a ne postoje posebni zakoni koji precizno i potpuno uređuju ovu metodu medicinski pomognute oplodnje i njena pravna dejstva, nego su u tamošnjim zakonodavstvima tretirani samo pojedini aspekti – neke savezne države usmjerile su se na reguliranje porodičnog statusa postmortalno začete djece, dok su se druge fokusirale na njihov nasljednopravni položaj.⁷⁴ Među državama još uvijek ne postoji konsenzus o tome na koji način tretirati ovu djecu ili koje kriterije uzeti pri definiranju očinstva kada je o njima riječ. Premda je oblast socijalnog osiguranja uređena na federalnom nivou Zakonom o socijalnom osiguranju (*Social Security Act*) iz 1935. godine (te kasnije višekratno usvajanim amandmanima), zbog nedostatka dosljednosti pojedinih država u rješavanju ovog pitanja, podobnost postmortalno začelog djeteta da ostvari beneficije iz socijalnog osiguranja⁷⁵ na temelju veze s genetskim roditeljem varira od jedne do druge savezne države.⁷⁶

72 Verzija Nacrta Zakona o liječenju neploidnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom Federacije Bosne i Hercegovine iz marta 2017. godine dostupna je na:

http://www.parlamentfbih.gov.ba/dom_naroda/v2/userfiles/file/Materijali%20u%20proceduri_2017/Nacrt%20zakona%20BMPO%20b_.pdf (1. 3. 2018.).

73 Čl. 28., 31., te čl. 48-52. Nacrta Zakona o liječenju neploidnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom.

74 Zafran, R., *Dying to Be a Father: Legal Paternity in Cases of Posthumous Conception*, Houston Journal of Health Law & Policy, 4/29/2008, str. 57-63.

75 U pitanju je tzv. *Social Security survivors' benefits* – skup zaštitnih mjera namijenjenih porodici koje je Kongres SAD-a dodao Zakonu o socijalnom osiguranju amandmanom iz 1939. godine. Cilj je bio izbjeći da veliki broj građana postane ovisan o državnoj pomoći, nakon što umre član porodice koji je privređivao i izdržavao ih. Amandmanom su propisane mjesečne novčane naknade i druge beneficije za pojedine članove porodice preminulog osiguranika (ugovaratelja osiguranja). Dijete je podobno za ostvarenje ovih beneficija ako se uklapa u definiciju „djeteta“ prema navedenom Zakonu te ispunjava druge kriterije u pogledu životne dobi, bračnog statusa, ovisnosti o roditelju itd. Detaljnije: Brown, K., *Posthumously Conceived Children and Social Security Survivors' Benefits*, University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class, Vol 13, Issue 2, 2013, str. 263-269.; Durkin Stewart, C., *Legal Inconsistencies after Astrue v. Caputo: When Children are Conceived Postmortem, Does Society Have an Obligation to Support Those Children?*, J. Marshall L. Rev., Vol 47, Issue 3, 2014, str. 1104-1105.

76 Ibid, str. 258. i 262.

Prve smjernice za uniformno rješavanje pitanja porodičnog statusa postmortalno začete djece sadržavao je federalni Zakon o jednoobraznom položaju djece začete medicinski pomognutom oplodnjom (*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*) iz 1989. Njime je bilo propisano da osoba koja je umrla prije početka postupka medicinski pomognute oplodnje nije pravni roditelj tako začetog djeteta.⁷⁷ Zamijenio ga je Jednoobrazni zakon o roditeljstvu (*Uniform Parentage Act*) iz 2000., izmijenjen 2002. godine, koji u članu pod naslovom „Roditeljski status umrle osobe“ malo drugačije pristupa ovom pitanju. Stavljajući naglasak na volju preminulog genetskog roditelja, odredba kaže da osoba koja se saglasila biti roditeljem djeteta rođenog uz pomoć medicinski pomognute oplodnje neće steći takav status ako umre prije provođenja postupka začeća ili implantacije preembrija. Ipak, smatrat će se roditeljem u slučaju da se izričito izjasnila u prilog postmortalnoj oplodnji i svom roditeljstvu.⁷⁸

Odredene smjernice za rješavanje ovog pitanja sadrži i Jednoobrazni zakonik o ostavinskom postupku (*Uniform Probate Code*) iz 1969. godine, koji je u amandmanima 2010. godine precizno definirao status djeteta začetog poslije smrti genetskog roditelja, s aspekta provođenja ostavinskog postupka i određivanja zakonskih nasljednika. Shodno tim odredbama, dijete začeto poslije smrti genetskog oca smatrat će se njegovim djetetom ako su ispunjenje dvije pretpostavke: prva, da je genetski otac pristao na postmortalnu oplodnju žene koja je rodila to dijete (ovdje su isključene surogat majke), i pritom iskazao saglasnost da bude tretiran kao njegov otac; druga, dijete mora biti začeto, odnosno zametak se mora naći u materici najkasnije 36 mjeseci nakon očeve smrti ili dijete biti rođeno najkasnije 45 mjeseci nakon tog događaja.⁷⁹ Ovaj Zakon dosad je usvojilo manje od polovine ukupnog broja saveznih država SAD-a.⁸⁰

Nekoliko saveznih država SAD-a zakonom je uredilo pitanje prava nasljeđivanja postmortalno začete djece, dok se u ostalima na to pitanje primjenjuju pravila precedentnog prava.⁸¹ U prvu grupu država, između ostalih, spadaju California, Louisiana, Colorado, Delaware, Florida, North Dakota, Texas, Virginia, Washington i Wyoming,⁸² koje djeci priznanju ovo pravo, te nasuprot njima Georgia, Idaho,

77 Vidjeti detaljnije: Kindregan, P. C., *supra note 20*, str. 437.

78 Ibid, str. 437. i 438.

79 § 2–120 Jednoobraznog zakona o ostavinskom postupku. Propisivanje ovako dugog roka za provođenje postupka postmortalne oplodnje zakonodavac, između ostalog, obrazlaže potrebom da se ožalošćenju supruzi/partnerici ostavi dovoljno vremena da razmisli i odluči hoće li se podvrći takvom postupku i ako to učini, dovoljno vremena da taj postupak bude uspješno okončan trudnoćom i rođenjem djeteta. Vidjeti detaljnije: Carpenter, C. B., *supra note 16*, str. 373. i 374.

80 Vidjeti podatke na: Uniform Law Commission, <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Probate%20Code> (1. 3. 2018.).

81 Živojinović, D., *supra note 11*, strana 155.

82 Pet od deset nabrojanih država – Colorado, Delaware, Texas, Washington i Wyoming preuzele su odredbe Jednoobraznog zakona o roditeljstvu koje se odnose na roditeljski status umrle osobe. U pravu Virginie ovako začeto dijete može postati zakonski nasljednik svoga oca, pod uvjetom da je on dao pismeni pristanak na postmortalnu inseminaciju. Takvo rješenje ima i pravo država Texas, Colorado, Washington i Louisiana. Dodatni uvjet koji se zahtijeva u Louisiani je da je dijete rođeno najviše tri godine nakon očeve smrti. U North Dakoti postmortalno začeto dijete nikako ne može biti zakonski nasljednik svog genetskog oca, ali iz tumačenja zakonskih odredaba proizilazi da ono može biti njegov

Minnesota, South Carolina and South Dakota, koje su revidirale svoje propise kako bi to pravo izričito isključile.⁸³

IV.2. Sudska praksa

Judikatura SAD-a obiluje predmetima u kojima je raspravljano o zahtjevima postmortalno začete djece da im se prizna pravo nasljeđivanja, odnosno pravo da na osnovu genetske/roditeljske veze s ostaviteljem ostvare pogodnosti iz socijalnog osiguranja. Analiza tih predmeta pokazuje da su sudovi u pojedinim slučajevima s vrlo sličnim činjeničnim stanjem često donosili dijametralno suprotne odluke, upuštajući se pritom u tumačenje motiva i ciljeva zakonodavca prilikom reguliranja ovog pitanja. Temeljni kriterij kojim su se sudovi rukovodili u presuđivanju je (ne)postojanje saglasnosti preminule osobe za postmortalnom upotrebom njenog genetskog materijala u cilju oplodnje te (ne)postojanje volje za zasnivanjem roditeljskog odnosa s tako začetim djetetom. U predmetima u kojima su postmortalno začetoj i rođenoj djeci priznata ova prava, sudovi su ekstenzivno tumačili važeće propise, pravdajući to zaštitom ljudskih prava, odnosno prava djeteta i zaštitom njegovog najboljeg interesa.

Prvi predmet u judikaturi SAD-a vezan za prava postmortalno začete djece je *Hart v. Shalala* iz 1994. godine.⁸⁴ Nastao je povodom zahtjeva Nancy Hart za priznanjem prava na beneficije iz socijalnog osiguranja kćeri koju je začela zamrznutim gametima svog supruga nakon njegove smrti. Njen zahtjev je odbijen na prvostepenom i drugostepenom nivou, ali je nadležni organ socijalne zaštite ipak odlučio promijeniti svoj stav pa je djevojčici priznao to pravo.⁸⁵

Vrhovni sud New Jerseya raspravljao je 2000. godine u slučaju *In re estate of Kolacy*⁸⁶ o pitanju jesu li blizanke začete u postupku *in vitro* oplodnje nasljednice svog oca, budući da su rođene 18 mjeseci poslije njegove smrti.⁸⁷ Sud je na to pitanje pozitivno odgovorio. Utvrdio je kako postoje jasni i nedvosmisleni dokazi da je ostavitelj genetski otac djevojčica, koji je usto pismeno očitovao pristanak na roditeljstvo djeteta začetog *post mortem* njegovim spermatozoidima. Iz tog pristanka iščitava se i postojanje njegove želje da djeca ostvare sva prava koja im pripadaju na osnovu činjenice da im je roditelj. Sud je konstatirao da je namjera zakonodavca zaštititi prava čovjeka u najvećem mogućem stepenu, vodeći pritom računa da se nepravredno ne zadre u interese drugih osoba. Zato pravo djeteta na nasljeđivanje

testamentarni nasljednik. U Floridi je izričito normirano ovo pravo djeteta u pogledu testamentarnog nasljeđivanja. Vidjeti: Goodwin, E. J., *Not All Children are Created Equal: A Proposal to Address Equal Protection Inheritance Rights of Posthumously Conceived Children*, Conn. Pub. Int. L.J., Vol. 4., No 2, 2005., str. 233-236.; Kindregan, P. C. – McBrien, M., *supra note 12*, str. 9-12.

83 Carpenter, C. B., *supra note 79*, str. 378.

84 *Hart v. Shalala*, No. 94-3944 (E.D. La. filed Dec. 12, 1994).

85 Vidjeti detaljnije o slučaju: Greenfield, J., *supra note 16*, str. 284.; Doroghazi, John, *supra note 22*, str. 1603.

86 *In re estate of Kolacy*, 753 A.2d 1257 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2000).

87 Zakonodavstvo države New Jersey propisuje da zakonski nasljednici mogu biti samo osobe žive u trenutku smrti ostavitelja ili osobe već začete u tom trenutku, a rođene u roku od 300 dana nakon toga.

treba imati prednost u odnosu na restriktivno, doslovno tumačenje zakona.⁸⁸ Značajna je u ovom kontekstu i konstatacija Suda da treba ustanoviti nasljednopravni odnos između preminulog oca i postmortalno začetog djeteta, čak i u situaciji kada iza oca nije ostala imovina koju bi ono moglo naslijediti, jer će taj status omogućiti djetetu da u budućnosti naslijedi očeve srodnike.⁸⁹

Među najpoznatije slučajeve ove vrste u judikaturi SAD-a, čijoj analizi veliku pažnju posvećuje i njena pravna teorija, spada slučaj *Woodward v. Commissioner of Social Security* iz 2002. godine.⁹⁰ U pitanju je zahtjev majke dviju blizanki da se djevojčicama prizna pravo da naslijede svog genetskog oca i prava iz socijalnog osiguranja. Blizanke su rođene dvije godine nakon očeve smrti, a začete njegovim zamrznutim gametima koje je pohranio zbog mogućeg steriliteta kao nuspojave medicinskog tretmana u borbi protiv leukemije. Vrhovni sud Massachusettsa je donio odluku u korist djevojčica, našavši da postmortalno začeto dijete može biti zakonski nasljednik svog preminulog oca, odnosno da tamošnje zakonodavstvo ne uskraćuje ovoj djeci pravo nasljeđivanja, niti u tom smislu postoji razlika u odnosu na djecu začetu prije ostaviteljeve smrti. Da bi djetetu začetom *post mortem* to pravo bilo priznato, ono mora dokazati da su ostvarene dvije pretpostavke: postojanje „genetske veze između djeteta i ostavitelja“ i izričiti pristanak ostavitelja na takvu oplodnju, uz njegovo osiguranje materijalne podrške tom djetetu.⁹¹ Argumentirajući svoju odluku, Sud je naveo da u ovom slučaju postoje tri značajna interesa: najbolji interes djece, interes države za efikasnom raspodjelom ostavine te reproduktivna prava preminulog bračnog partnera. Sud je smatrao kako je njegova uloga „harmonizacija ovih interesa u cilju ostvarenja osnovne namjere zakonodavca.“⁹²

Slučaj sa sličnim okolnostima i jednakim ishodom kao *Woodward* je i slučaj *Gillett-Netting v. Barnhart* iz 2004. godine.⁹³ Nakon postmortalne oplodnje spermatozoidima svog preminulog supruga, koji ih je pohranio kada je obolio od tumora, te rođenja blizanaca, njihova majka je zatražila da se djeci prizna pravo na beneficije iz socijalnog osiguranja na temelju roditeljskog odnosa s preminulim. Odbijena je od nadležne institucije socijalne zaštite te prvostepenog i drugostepenog suda, s obrazloženjem da se prema odredbama federalnog Zakona o socijalnom

88 Vidjeti detaljnije: Doroghazi, J., *supra note* 22, str. 1604.; Lewis, C. B., *supra note* 38, str. 413-416.

89 Kindregan, P. C. – McBrien, *supra note* 12, str. 12. i 13.

90 *Woodward v. Commissioner of Social Security*, 760 N.E.2d 257, 435 Mass. 536 (2002). Bio je to prvi slučaj u kojem je jedan američki sud posljednje instance razmatrao pitanje nasljednih prava postmortalno začete djece. Vidjeti: Doroghazi, J., *supra note* 22, str. 1605.

91 U judikaturi Massachusettsa ovo je kasnije nazvano “*Woodward*-testom“. Vidjeti: *Ibid.*, str. 1606.

92 U vezi s pitanjem najboljeg interesa djeteta Sud je istakao da i zakonodavstvo i judikatura moraju posvetiti posebnu brigu potrebi djece za uživanjem istih prava, neovisno o okolnostima njihovog začeća i rođenja. Zakonodavnom politikom treba osigurati priliku roditeljima da izdržavaju svoju djecu, kad god je to moguće, a ne da ona ovise o socijalnoj pomoći. Kada je riječ o efikasnoj podjeli ostavine, Sud je naglasio da priznanje prava nasljeđivanja postmortalno začetog djetetu, bez obzira na nesumnjivo veliki značaj zaštite njihovih prava i interesa, iziskuje određivanja vremenskih granica čekanja na provođenje postupka za raspravljanje ostavine, kako bi njihovo pravo nasljeđivanja zaista moglo biti efektivno zaštićeno. Sud ipak nije odredio ove granice, prepuštajući taj zadatak zakonodavcu. Vidjeti detaljnije: Doroghazi, J., *supra note* 22, str. 1605. i 1606.; Greenfield, J., *supra note* 16, str. 285.; Lewis, C. B., *supra note* 38, op. cit., str. 416-420.; Kindregan, P. C. – McBrien, *supra note* 12, str. 14-16.

93 *Gillett-Netting v. Barnhart*, 371 F.3d 595 (9th Cir. 2004).

osiguranju ova djeca ne mogu smatrati potomcima preminulog Nettinga. Najviša sudska instanica usvojila je njen zahtjev, konstatirajući da su blizanci, shodno zakonodavstvu države Arizona, zaista njegova zakonita djeca i da zadovoljavaju uvjete za ostvarenje tih prava.⁹⁴

Slučaj *In re Martin B.* iz 2007. godine⁹⁵ specifičan je u odnosu na ostale navedene po dvije karakteristike: prvo, sud se tu nije bavio pitanjem prava postmortalno začete djece na ostvarenje beneficija iz socijalnog osiguranja, nego isključivo pitanjem njihovog prava da budu zakonski nasljednici, i drugo, to pravo nasljeđivanja odnosilo se na njihovog djeda, a ne genetskog roditelja. Radilo se o dva dječaka, začeta nekoliko godina poslije smrti njihovog genetskog oca, spermatozoidima koje je on pohranio upravo u tu svrhu. Nakon što je začela i rodila jednog pa drugog dječaka, njegova supruga je dozvolila uništenje preostalih gameta. Budući da je nedugo po sinovljevoj smrti preminuo i njegov otac, djed ovih dječaka, postavilo se pitanje imaju li djeca koja nisu bila niti začeta u vrijeme očeve/djedove smrti pravo da kao zakonski nasljednici učestvuju u raspodjeli imovine koja potječe od djedovih trustova. Sud je presudio u korist dječaka, istakavši da djeci, koja su na osnovu pristanka njihovih roditelja začeta *post mortem* uz pomoć novih tehnologija, pripadaju ista prava kao i djeci začetoj za života njihovih roditelja.⁹⁶ Sud je svoju odluku poentirao stavom da „ljudska želja za djetetom zavređuje poštovanje, baš kao i prava djece rođene zahvaljujući naučnim dostignućima.“⁹⁷

Za razliku od navedenih slučajeva u kojima su sudovi priznali pravo nasljeđivanja i prava iz socijalnog osiguranja postmortalno začetoj djeci, u slučaju *Khabbaz v. Commissioner, Social Security Administration* iz 2007. godine⁹⁸ sud je postupio sasvim suprotno. Spor je nastao povodom zahtjeva postmortalno začete djevojčice, čiji je otac zamrznuo svoje gamete nakon saznanja da je obolio od smrtonosne bolesti i ovlastio suprugu da ih iskoristi za oplodnju *post mortem*, uz izjavu da želi biti priznat kao otac budućeg djeteta. Njen zahtjev za priznanjem prava nasljeđivanja, odnosno beneficija iz socijalnog osiguranja odbijen je na svim nivoima, pa i na konačnoj apelacionoj instanci – Vrhovnom sudu države New Hampshire. Ne priklanjajući se pravnom stajalištu zauzetom u slučaju *Woodward*, Sud je presudio da se postmortalno začeto dijete, u smislu nasljednopravnih propisa ove države, ne može podvesti pod kategoriju „nadživjele“ djece podobne da naslijede oca. Da bi se dijete moglo smatrati „nadživjelim“, ono mora biti začeto u trenutku očeve smrti.

94 Sud je pritom konstatirao da postoji razlika u procjeni porodičnog statusa postmortalno začete djece u pogledu ostvarenja prava iz socijalnog osiguranja i ostvarenja njihovog prava da kao zakonski nasljednici naslijede očevu imovinu. Vidjeti detaljnije o ovom slučaju: Doroghazi, J., *supra note 22*, str. 1600., 1612-1614.; Greenfield, J., *supra note 16*, str. 286.; Kindregan, P. C. – McBrien, *supra note 12*, str. 16.

95 *In re Martin B.*, 841 N.Y.S. 2d 207 (n. Y. Sur. Ct. 2007).

96 Sud je argumentirao svoju odluku, među ostalim, i činjenicom da je ostatak gameta nakon rođenja dva dječaka uništen, čime je definitivno okončano pitanje kruga nasljednika, te tumačenjem ostaviteljeve volje iskazane u pogledu raspolaganja imovinom iz njegovih trustova, iz kojeg proizilazi ostaviteljeva želja da sva njegova unučad bude tretirana na jednak način, odnosno da njegova imovina pripadne svima podjednako. Vidjeti: Lewis, C. B., *supra note 38*, str. 425.

97 Detaljnije o slučaju vidjeti: *Ibid*, str. 423-426.

98 *Khabbaz v. Commissioner, Social Security Administration*, 930 A.2d 1180 (N.H. 2007).

Zbog toga u ovom slučaju volja i izričito očitovanje oca djevojčice u pogledu njenog statusa nisu prihvaćeni kao relevantni.⁹⁹

Kao još jedan primjer slučajeva u kojima je odbijen zahtjev za priznanjem imovinskih prava postmortalno začetog djeteta može se navesti i slučaj *Burns v. Astrue* iz 2012. godine.¹⁰⁰ Okolnosti slučaja slične su onima iz slučaja *Khabbaz*, ali je argumentacija Vrhovnog suda države Utah ovdje nešto drugačija. Mada je dječakov genetski otac prilikom pohranjivanja svojih gameta iskazao pristanak da ih njegova žena upotrijebi za postmortalnu oplodnju, Sud je zauzeo stav kako takav pristanak nije dovoljan da bi se on smatrao dječakovim ocem, sa svim pravnim posljedicama koje proizlaze iz tog odnosa. Prema navodima Suda, pravo Utaha zahtijeva da davatelj sperme izričito očituje saglasnost u pismenoj ili elektronskoj formi da se ima smatrati ocem eventualnog djeteta, začetog i rođenog u postupku postmortalne oplodnje, tako da činjenica ostavljanja gameta na raspolaganje supruzi sama po sebi ne dodjeljuje davatelju gameta status roditelja postmortalno začetog djeteta.¹⁰¹

Zbog odluke da postmortalno začetom djetetu ne prizna beneficije iz socijalnog osiguranja te kriterija kojima se sud pritom rukovodio, izuzetno veliku pažnju američke doktrine i prakse izazvao je i slučaj *Astrue v. Capato ex rel. B.N.C.* iz 2012. godine.¹⁰² Zanimljivo je da je u ovom slučaju krajnja instanca odlučivanja bio Vrhovni sud SAD-a. Slučaj se zasnivao na sljedećem činjeničnom stanju: Nakon što su supružnici Capato odlučili da suprug pohrani svoje spermatozoide, zbog steriliteta kao eventualne posljedice kemoterapije kojoj je trebao biti podvrgnut, pa je to i učinjeno, nenadano su začeli dijete prirodnim putem. Poslije toga, a prije nego su uspjeli dobiti još djece, suprug je preminuo. Budući da su oduvijek planirali imati više djece, supruga je iskoristila njegove zamrznute gamete za postmortalnu oplodnju. Po rođenju blizanaca, zatražila je da svo troje djece dobiju pogodnosti iz socijalnog osiguranja na temelju pravne veze s njihovim ocem. Nadležni organ socijalnog osiguranja prihvatio je ovaj zahtjev u pogledu prvorodenog djeteta, a odbio u pogledu postmortalno začetih i rođenih blizanaca, s obrazloženjem da zakonodavstvo savezne države Floride u kojoj je suprug imao domicil u trenutku smrti ne priznaje postmortalno začetoj djeci pravo da budu zakonski nasljednici. Ovakvu odluku potvrdio je jednoglasno i Vrhovni sud SAD-a, uzimajući pravila nasljednog prava Floride kao odlučujući kriterij u procjeni smatra li se postmortalno začeto dijete „djetetom“ u smislu odredaba federalnog Zakona o socijalnom osiguranju, te je li ono kao takvo podobno ostvariti prava korisnika osiguranja, odnosno nadživjelog člana porodice preminulog osiguranika.¹⁰³ Ako se stav Vrhovnog suda SAD-a pretoči u precedent, to znači da postmortalno začeto dijete može ostvariti beneficije iz socijalnog osiguranja isključivo u slučaju da je podobno biti nasljednik prema

99 Detaljnije o slučaju vidjeti: Lewis, C. B., *supra note 38*, str. 420-423.

100 *Burns v. Astrue*, 2012 UT 71, Utah Supreme Court, October 12, 2012.

101 Vidjeti odluku Suda na: <http://www.utcourts.gov/opinions/supopin/Burns1271101212.pdf> (1. 3. 2018.).

102 *Astrue v. Capato ex rel. B.N.C.*, 132 S. Ct. 2021 (2012).

103 Vidjeti detaljnije: Brown, K., *supra note 75*, str. 263-271.; Kim, C., *Posthumously Conceived Children And Their Social Security Benefits Based On State Intestacy Law: How Astrue v. Capato Changes Future Social Security Benefits As Technology Advances*, Loyola of Los Angeles Law Review, 4-1-2013, str. 1141-1149.

odredbama nasljednog prava pojedine savezne države SAD-a. Ovakvo rješenje otvara mogućnost nejednake primjene federalnog Zakona o socijalnom osiguranju na pojedine građane i povrede njihovih prava.¹⁰⁴ U doktrini je ova odluka ocijenjena kao „značajna prepreka“ u reguliranju statusa postmortalno začete djece. Šta više, prema stavu pojedinih autora, od te djece je „stvorena „potklasa“ djece, prisiljene ovisiti o nedosljednostima zakonodavstva saveznih država prilikom ocjene jesu li podobna za određene beneficije i prava“. Doktrina naglašava da je, usprkos svemu, broj postmortalno začete djece svakodnevno sve veći, odnosno da se radi o „rastućoj klasi“ u SAD-u, a budući da ta djeca sama ne mogu birati trenutak u vremenu u kojem će biti začeta, odredbe važećeg zakonodavstva moraju bit izmijenjene kako bi dobila adekvatnu zaštitu.¹⁰⁵

V. Zaključna razmatranja

Premda postmortalna oplodnja više ne predstavlja nikakvo „medicinsko čudo“, jer se ovi postupci uspješno izvode već nekoliko decenija, pravo još nije uspjelo pronaći odgovore na sva pitanja i dileme koje ona otvara. Imajući u vidu da njena primjena dovodi do preispitivanja tradicionalnog koncepta porodice i roditeljstva, jasno je zbog čega je tako teško normirati sve promjene koje izaziva u društvenim odnosima.

U brojna kompleksna pravna pitanja vezana za postmortalnu oplodnju spada i pitanje njenih nasljednopravnih dejstava. Treba li postmortalno začetom djetetu priznati nasljednopravni status, odnosno pravo da naslijedi genetskog roditelja ili srodnike nakon čije smrti je začeto i rođeno ili ostvari druga imovinska prava (prava iz socijalnog osiguranja, pravo na penziju itd.)? Odgovori na to pitanje *de lege lata* variraju od države do države, pri čemu su prvenstveno uvjetovani stajalištem nacionalnog zakonodavca u pogledu postmortalne oplodnje. Čak ni u svakoj od država koja je izričito dozvoljava, odredbe nasljednog prava nisu modernizirane i usklađene s odredbama o postmortalnoj oplodnji, nego se i dalje primjenjuje tradicionalno pravilo o *nasciturusu*.

Ipak, neovisno o prihvaćanju ili odbijanju ove metode medicinski pomognute oplodnje u pojedinim nacionalnim pravnim sistemima, činjenica je da se rađaju djeca začeta poslije smrti jednog ili oba genetska roditelja. Želja za roditeljstvom i dobivanjem potomstva nadvladava zakonske zabrane i državne granice. Postojanje ove djece ne može se ignorirati. Priznavanjem im jednake mogućnosti nasljeđivanja kao i djeci začetoj prirodnim putem ili drugim metodama medicinski pomognute oplodnje bez sumnje se štiti njihov najbolji interes.

S druge strane, ne smiju se zanemariti niti interesi ostalih, već postojećih nasljednika, koji ne mogu bezgranično čekati na ostvarenje svog prava nasljeđivanja. I država ima interes da se efikasno provede ostavinski postupak i odrede osobe na koje prelaze prava i obaveze umrlog. Zadatak je zakonodavca da balansira sve navedene interese.

104 Kim, C., *supra note 103*, str. 1142.

105 Brown, K., *supra note 75*, str. 271., 276. i 277.; Kim, C., *supra note 103*, str. 1157. i 1158.

Dr. sc. Maja Čolaković, Associate Professor
Faculty of Law, University of „Džemal Bijedić“ Mostar
Dr. sc. Marko Bevanda, Associate Professor
Faculty of Law, University of Mostar

THE INHERITANCE LAW EFFECTS OF POSTHUMOUS CONCEPTION

Summary

The possibility of using frozen gametes for posthumous conception opens numerous ethical, moral, legal and social issues. The paper focuses on one of the very complex legal issues – the consequences of posthumous conception on the rights of inheritance. By the recognition of inheritance right or other property rights (social security rights, the right to a pension, etc.) to a posthumously conceived child, his best interests are protected. It also eliminates any discrimination based on the circumstances of child's conception and birth. At the same time, waiting for posthumous conception and birth to occur might lead to several negative effects on legal certainty and an effectiveness of probate proceedings of the inheritance as well as the position of the other heirs and the rights of third parties.

Keywords: *nasciturus*, conception, death, inheritance

Dr. sc. Rebeka Kotlo, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Dr. sc. Amra Jašarbegović, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

ZAŠTITA IMOVINSKIH PRAVA I INTERESA DJETETA KROZ OSTVARENJE PRISTUPA PRAVDI – BESPLATNU PRAVNU POMOĆ

Autorice u ovom radu analiziraju pravni okvir i praksu djelovanja u oblasti zaštite imovinskih prava i interesa djeteta kroz ostvarenje pristupa pravdi – besplatnu pravnu pomoć, fokusirajući se na pozitivnopravni okvir kojim se uređuje pristup pravdi – ostvarenje prava na besplatnu pravnu pomoć u Bosni i Hercegovini, preispitujući njegovu (ne)usaglašenost sa međunarodnim pravnim aktima i standardima i neharmoniziranosti pravnog okvira važećeg na teritoriju Bosne i Hercegovine te potom daju rezimiranu analizu stanja i preporuke za unaprjeđenje pravnog okvira i prakse djelovanja u navedenoj oblasti. Zaštita prava i interesa djeteta u velikoj mjeri zavisi i od institucija koje sa aspekta svojih ovlaštenja, odgovarajućih nadležnosti i obaveza postupanja, mogu značajno doprinijeti pravnoj zaštiti djeteta te je, imajući na umu navedeno, ovim radom obuhvaćena i analiza državnog mehanizma zaštite prava djeteta, pravnog položaja i nadležnosti relevantnih institucija, nedostataka u pravnom okviru i njihovom funkcionisanju, sa fokusom na pružaoce besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini i pravni okvir i praksu njihovog djelovanja.

Ključne riječi: imovinska prava i interesi djeteta, pristup pravdi – pravo na besplatnu pravnu pomoć, pružaoce besplatne pravne pomoći (vladini i nevladini), međunarodni standardi, pravni akti i unutrašnje pozitivno pravo u oblasti zaštite prava i interesa djeteta i prava na besplatnu pravnu pomoć

Uvod

Pravo na besplatnu pravnu pomoć u BiH, kao oblik ostvarivanja jednakog pristupa pravdi za sve, bez obzira na bilo koji mogući osnov razlikovanja i sa ciljem pružanja profesionalne i blagovremene pravne pomoći osobama slabijeg imovnog stanja, svoje izvorište nalazi u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa pratećim protokolima (član 6. – pravo na pravično suđenje), najdjelotvornijem regionalnom dokumentu za zaštitu ljudskih prava, navedenom već u normativnom dijelu, u članu II Ustava Bosne i Hercegovine, sa posebnim ustavnim tretmanom i direktnom primjenom u Bosni i Hercegovini. Mnogim međunarodnim

pravnim dokumentima o ljudskim pravima, koji su inkorporirani u pravni sistem Bosne i Hercegovine, određuju se obaveze pružanja besplatne pravne pomoći od strane državnih organa državljanima, građanima i osobama koja se nađu na njenoj teritoriji (tražioci azila, izbjeglice, lica pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, apatridi, žrtve trgovine ljudima i dr). Bosna i Hercegovina, kao država članica Vijeća Evrope, ima obavezu osigurati besplatnu pravnu pomoć, kada je to neophodno za efikasnu zaštitu građanskih prava i obaveza, neovisno o mogućnosti stranke da se sama zastupa.

Međutim, iako je ostvaren znatan napredak donošenjem pravnih akata – zakona i uspostavljanjem zavoda, kancelarija, centara, ureda za besplatnu pravnu pomoć (na nivou Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, Brčko distrikta Bosne i Hercegovine i u većini kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine), oblast pružanja besplatne pravne pomoći još uvijek nije adekvatno, sveobuhvatno i ujednačeno normirana na području cijele Bosne i Hercegovine niti su usluge besplatne pravne pomoći jednako dostupne svih građanima koji imaju pravo na besplatnu pravnu pomoć na cijelom području Bosne i Hercegovine. Materija besplatne pravne pomoći uređena je različito i odredbe pojedinih zakona o pružanju besplatne pravne pomoći različito normiraju opseg pravne materije i postupaka koji su obuhvaćeni besplatnom pravnom pomoći, ograničavaju uživanje prava na besplatnu pravnu pomoć s obzirom na prebivalište u određenom kantonu/entitetu, oslobađanje od plaćanja sudskih i administrativnih taksi, utvrđivanje statusa potrebnog da bi lice moglo ostvariti pravo na besplatnu pravnu pomoć, određivanje rokova u kojem nadležno tijelo odlučuje o odobravanju besplatne pravne pomoći i rokova za žalbu na donesenu odluku kao i osnova za uskraćivanje besplatne pravne pomoći. Usvojen je i na snazi je skup propisa o materiji besplatne pravne pomoći koji nije u dovoljnoj mjeri međusobno povezan, nedovoljno je efikasan i djelotvoran i dovodi do različitog postupanja prema najugroženijim kategorijama stanoništva u istim ili bitno sličnim predmetima ili okolnostima tako kršeći temeljna ljudska prava, stvarajući pravnu nesigurnost i kršeći princip vladavine prava. Osim *lex specialis* propisa koji su uredili pitanje pružanje besplatne pravne pomoći na svim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini, izuzev Srednjo-bosanskog kantona, gdje ova oblast nije uređena posebnim zakonom, izvore pravnih normi koje tretiraju oblast besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini nalazimo i u drugim zakonskim propisima: krivičnom zakonodavstvu, zakonima o zaštiti od nasilja u porodici, zakonima o parničnom postupku, zakonima o upravnom postupku, zakonima o advokaturi, zakonima o sudskim taksama te kodeksima advokatske etike.

Prava djeteta zagantovana su brojnim međunarodnim pravnim dokumentima, prije svega Konvencijom o pravima djeteta, ustavima i zakonima entiteta, a uslovi, način i postupak njihovog ostvarivanja uređeni su odgovarajućima zakonskim i podzakonskim aktima i propisima. Međutim, ostvarivanje različitih prava i interesa djeteta, i pored pravnog normiranja i predviđene pravne zaštite i institucionalne podrške, znatno ovisi o materijalnim i finansijskim prilikama i stanju djeteta i njegovih roditelja. Naročito je važan institut izdržavanja djeteta, jer od njega značajno ovisi i stvaranje osnove za ostvarivanje ostalih prava i uopšte razvoj

djeteta. Uz neophodnost adekvatnog pravnog normiranja i efikasne pravne zaštite i uređenja u oblasti imovinskopravnih odnosa roditelja i djeteta, prava roditelja na imovini djeteta, mjera zaštite imovinskih prava djeteta, odgovornosti roditelja za štetu, posebnu pažnju potrebno je posvetiti i jednom od najvažnijih prava djeteta: pravu djeteta na održavanje, odnosno njemu korelativnoj dužnosti roditelja (i, pod određenim uslovima, drugih srodnika) jer ono ima neposredan materijalno-finansijski značaj za položaj djeteta i predstavlja čest pravni problem koji zahtijeva pružanje usluga besplatne pravne pomoći.¹

1. Međunarodni pravni okvir i standardi u oblasti pristupa pravdi – pružanja besplatne pravne pomoći

“Pružanje pravnih savjeta i pomoći, u okviru sistema pravne pomoći, od ključne je važnosti za obaveze i dužnosti koje države u članstvu Vijeća Evrope preuzimaju u vezi sa osiguravanjem prava svakog čovjeka na pošteno i javno suđenje, u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristrasnim sudom osnovanim po zakonu prema članu 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima.”² Komitet ministara Vijeća Evrope također preporučuje državama postepeno primjenjivanje sistema pravne pomoći: na način koji obuhvata sve odgovarajuće osobe, što znači fizičke osobe državljanke bilo koje zemlje-članice i sve druge fizičke osobe s uobičajenim boravištem (npr. glavnim mjestom boravka) na teritoriju države-članice – to uključuje strane osobe i osobe bez državljanstva, kao i osobe bez finansijskih sredstava za plaćanje pravnih savjeta i pomoći³, na način koji obuhvata sve odgovarajuće predmete (tj. socijalne, porezne, građanske, upravne i trgovačke)⁴, na način da pravne usluge pružaju neovisni advokati koje istodobno treba podsticati na pružanje pravne pomoći osobama u ekonomski lošem položaju uz podršku države i zajednice u cjelini, uključujući nevladine organizacije i advokatske komore, a u skladu s propisanim postupkom (npr. omogućavanjem podnošenja zahtjeva za preispitivanje odluke ako je zahtjev za besplatnu pravnu pomoć odbijen).⁵ U Evropskoj uniji Poveljom o osnovnim pravima (Nica, 17. decembar 2000.) “reafirmišući, poštujući ovlaštenja i zadatke Zajednice i Unije i princip subsidiarnosti, prava koja proističu, naročito iz ustavnih tradicija i međunarodnih obaveza koje su zajedničke za države članice, iz Ugovora o Evropskoj Uniji, ugovora Zajednice, Evropske Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, društvenih povelja koje je usvojila Zajednica i Vijeće Evrope i iz slučajeva iz sudske prakse Suda pravde Evropskih Zajednica i Evropskog suda

1 Vidjeti više: Radić, D., „Zaštita imovinskih prava i interesa djeteta“ u Zbornik radova Treći međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava, Godina III, broj 3, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2015., str. 85.

2 Preporuke za modificiranje i unaprjeđenje predloženog Prijedloga Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, Istraživački sektor Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, Broj: 03/10-50-3-96-9/10, Istraživanje broj 083, Sarajevo, 25.6.2010., str. 49.

3 Vidjeti Preporuku (93) 1 o djelotvornom pristupu pravdi na osnovu zakona i pravosuđu vrlo siromašnih građana.

4 U skladu s Rezolucijom (78) 8 o pravnoj pomoći i savjetovanju.

5 Vidjeti Preporuku (2000) 21 o slobodi obavljanja odvjetništva.

za ljudska prava”, u Poglavlju VI – Pravda, članom 47. garantovano je pravo na efikasan pravni lijek i na pravično suđenje, na način da se normira sljedeće: “Svako onaj čija se prava i slobode garantovane propisima Unije krše, ima pravo na efikasnu pravnu zaštitu pred sudovima u skladu sa uslovima koji su predviđeni u ovom članu. Svako ima pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom koji je zakonski ustanovljen. Svakom treba pružiti mogućnost da bude savjetovan, branjen i zastupan. Onima koji nemaju dovoljno sredstava, mora se učiniti dostupnom pravna pomoć u tolikoj mjeri koja je neophodna da bi im se obezbijedio efikasan pristup pravdi.” Član 48. Povelje – Pretpostavka nevinosti i pravo na odbranu, propisuje da će svaki optuženi biti smatran nevinim dok se u skladu sa zakonom ne dokaže da je kriv te da svakom optuženom mora biti garantovano pravo na odbranu. U svim zemljama Evropske unije uspostavljen je sistem pružanja besplatne pravne pomoći, sa jednakim ciljem svih da se osigura efikasan pristup pravdi građanima pojedine zemlje. Besplatna pravna pomoć predviđena je u nacionalnim zakonodavstvima zemalja članica i u međunarodnim konvencijama na osnovu kojih se prava mogu ostvariti i na teritoriji druge zemlje, ukoliko su ispunjeni specifični uslovi za korištenje besplatne pravne pomoći. Sistemi pravne pomoći u Evropskoj uniji, pod određenim uslovima, omogućavaju: oslobađanje ili pomoć pri plaćanju sudskih troškova u cijelosti ili djelimično, asistenciju advokata koji pruža besplatnu pravnu pomoć prije pokretanja postupka i, ukoliko je to potrebno, zastupanje pred sudom bez naknade ili uz minimalnu naknadu. Dokumenti Vijeća Evrope kojima se normira pitanje pružanja pravne pomoći u EU su i: Rezolucija (76) 5 o pružanju pravne pomoći u građanskim, komercijalnim i administrativnim stvarima, Rezolucija (78) 8 o pružanju pravne pomoći i savjeta, Preporuka (81) 7 Komiteta ministara državama članicama o mjerama koje omogućavaju pristup sudu, Preporuka (84) 5 Komiteta ministara državama članicama o načelima građanskog postupka za unaprijeđenje ostvarivanja pravde, Preporuka (93) 1 Komiteta ministara državama članicama o efektivnom pristupu pravdi za siromašne, Preporuka (2000) 21 o slobodi obavljanja advokature.⁶ U Evropskoj uniji pravo na pravnu pomoć van zemlje boravišta utvrđeno je Evropskim sporazumom o dostavljanju molbi za pravnu pomoć iz 1977. godine.⁷ Sve članice Evropske unije, sa izuzetkom Njemačke, potpisnice su Sporazuma, a Bosna i Hercegovina je ratificirala ovaj sporazum, koji je na snazi u našoj zemlji od 31. 5. 2009. godine. Ovaj sporazum normira da svaki pojedinac koji ima boravište na teritoriji jedne od zemalja potpisnica, a koji želi predati zahtjev za pravnu pomoć u građanskim, privrednim ili upravnim postupcima na teritoriji druge države potpisnice može predati zahtjev u zemlji u kojoj boravi, a obaveza je te zemlje da zahtjev proslijedi onoj državi u kojoj se pravo ostvaruje.

Konvencija o međunarodnom pristupu pravdi⁸ koja je potpisana u Hagu 1980. godine, predviđa dostavu zahtjeva za pravnu pomoć između potpisnica u formi koja je među njima dogovorena, te da državljani i građani s boravištem u zemlji koja je potpisnica Konvencije imaju pravo na pravnu pomoć u drugoj državi potpisnici pod

6 http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/textes/ListeRecRes_en.asp (preuzeto 2.3.2018.)

7 <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/092.htm> (preuzeto 2.3.2018.)

8 <http://www.hech.net/upload/conventions/txt29en.pdf> 11 (preuzeto 2.3.2018.)

istim uvjetima kao da imaju boravište u toj zemlji. Konvenciju nisu ratificirale sve članice Unije, a Bosna i Hercegovina je preuzela ovu konvenciju 1993. godine.

Sa ciljem poboljšanja pristupa pravdi uspostavom minimalnih zajedničkih pravila koja se odnose na pravnu pomoć, a budući da se pristup sudu smatra osnovnim ljudskim pravom, Evropska komisija je dala prijedlog Direktive za pravnu pomoć koju je usvojilo Vijeće Evrope u januaru 2003.⁹ Odredbe ove direktive primjenjuju se na "cross-border" (prekogranične) građanske postupke, odnosno kada podnosilac zahtjeva za pravnu pomoć ne živi u državi koja je nadležna za odlučivanje u sporu. Direktiva sadrži princip prema kojem lica koja nemaju dovoljno sredstava da ostvaruju svoja prava, imaju pravo na odgovarajuću pravnu pomoć. Stoga Direktiva izričito utvrđuje: usluge koje moraju biti pružane kako bi se pravna pomoć mogla smatrati zadovoljavajućom (pristup savjetima prije pokretanja postupka, pravno zastupanje, oslobađanje ili asistencija s plaćanjem sudskih troškova, uključujući troškove koji su vezani za međunarodnu prirodu spora) i uslove koje podnosilac zahtjeva mora ispuniti u pogledu finansijskih mogućnosti ili prirode spora na osnovu kojih se dodjeljuje pravna pomoć. Direktiva reguliše da pravna pomoć mora biti odobrena, pod određenim uslovima, i licima koja prihvate alternativne metode rješavanja sporova.

Evropska komisija predviđa dvije Direktive za pravnu pomoć: Direktiva 2000/43 (o provođenju načela jednakog postupanja prema svim osobama neovisno o rasnom i etničkom porijeklu) u kojoj se određuje potreba dijaloga između država članica i nevladinih organizacija, odnosno civilnog sektora, kada država zbog nedovoljnih finansijskih i ljudskih kapaciteta nije u mogućnosti zadovoljiti potrebe građana za besplatnom pravnom pomoći¹⁰ i

Direktiva 2002/8 (za olakšanje pristupa pravosuđu u međudržavnim sporovima uspostavljanjem minimalnih zajedničkih pravila za pravnu pomoć u takvim sporovima) koja se odnosi na slučajeve u kojima se pravo na besplatnu pravnu pomoć daje stranci koja ima prebivalište u jednoj državi članici, a parnični ili izvršni postupak vodi pred sudom u drugoj državi članici¹¹. Pored navedenih, i mnogim drugim međunarodnim pravnim dokumentima o ljudskim pravima, koji su inkorporirani u pravni sistem Bosne i Hercegovine, određuju se obaveze pružanja besplatne pravne pomoći od strane državnih organa državljanima, građanima i osobama koja se nađu na njenoj teritoriji (tražioci azila, izbjeglice, lica pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, apatridi, žrtve trgovine ljudima i dr), poput: Konvencije o pravima djeteta iz 1989. godine¹² koja promovira pravo na posebnu zaštitu i pomoć države djetetu,

9 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0008:EN:NOT> (preuzeto 2.3.2018.)

10 Council Directive 2000/43 of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin objavljena u Official Journal of the European Communities, L 180/22 od 19.7.2000. (preuzeto 2.3.2018.)

11 Council Directive 2002/8 of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes) objavljen u Official Journal of the European Communities, L 26/41 od 31.1.2003. Vidi: Maršić, M., Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda) <http://hrcak.srce.hr/13279> (preuzeto 2.3.2018.).

12 Ratificirana je u Bosni i Hercegovini i sastavni je dio Aneksa I Ustava BiH.

kao i mjere koje treba da preduzme vlast radi zaštite djeteta u sudskim i drugim postupcima, Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (Hag, 25.10.1980. godine)¹³, Konvencije o ostvarivanju alimentacionih zahtjeva u inostranstvu (Njujork, 20.6.1956. godine,¹⁴ Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, sa pripadajućim međunarodnim Opcionim protokolima, kojima je predviđena jednakost svih pred sudovima i da svako ima pravo da zakonom određen nadležan, nezavisan i nepristrasan sud odluči o osnovanosti svake krivične optužbe koja je protiv njega podignuta ili o sporu o njegovim pravima i obavezama građanske prirode.¹⁵ Konvencije o nadležnosti izabranog foruma kod međunarodne kupoprodaje robe (1958), Konvencije o priznanju i izvršenju odluka koje se odnose na obavezu izdržavanja prema djeci (1958), Konvencije o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava (1961), Konvencije o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima (1965), Konvencije o priznavanju odluka o razvodu i rastavi (1970), Konvencije o priznavanju i izvršenju stranih presuda u građanskoj i trgovačkoj materiji (1971), Konvencije o priznavanju i izvršenju odluka koje se odnose na izdržavanje (1973), Konvencije o zaštiti djece i saradnji u materiji međunarodnog usvojenja (1993), Konvencije o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka koje se odnose na odgovornost roditelja i mjere zaštite djece (1996).¹⁶ U Preporukama Vijeća Evrope o uspostavi sistema pravne pomoći u Bosni i Hercegovini¹⁷ ističe se da “pravno zastupanje na sudu, da bi bilo djelotvorno, treba vršiti osoba koja je stručno kvalificirana da prakticira pravo u skladu sa zakonom, čime se, naravno, ne želi isključiti uloga NVO u pružanju pravnih usluga, te da bi se rad države na uspostavi i vođenju sistema pravne pomoći trebao odvijati, u bliskoj suradnji sa Advokatskom komorom, predstavnicima pravosuđa, kao i NVO i predstavnicim građanskog društva, kao i drugima koji posjeduju znanje okolnosti u kojima se nalaze osobe kojima je pravna pomoć potrebna, a u čemu bi trebao postojati integrirani zajednički pristup. Važno je imati na umu da pravna pomoć treba obuhvatati pravne savjete, pomoć i zastupanje ne samo u krivičnim predmetima, nego i u parničnim i administrativnim sporovima. U razvijanju sistema pravne pomoći, države članice Vijeća Evrope moraju razmotriti i progresivno implementirati standarde i principe sadržane u Preporukama i Rezolucijama Komiteta

13 „Službeni list SFRJ“- međunarodni ugovori, broj 7/91

14 „Službeni list FNRJ“ – Dodatak, br. 2/60.

15 Čl. 14. (1) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (Usvojen na skupštini Ujedinjenih naroda 16. 12. 1966. godine – rezolucija br. 2200 A/XXI, a stupio na snagu 23. 3. 1976. godine, dalje: Pakt). SFRJ je ratifikovala Pakt zakonom od 30. 1. 1971. godine („Službeni list SFRJ“, br. 7/1971). Uz Pakt su usvojena i dva protokola: Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima koji je stupio na snagu 23. 3. 1976. godine i Drugi opciona protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima koji je stupio na snagu 11. 7. 1991. godine. SFRJ je oba protokola ratifikovala 2001. godine (“Službeni list SRJ“- Međunarodni ugovori, br. 4/2001).

16 Vidjeti: Muminović, E., Procesno međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, str. 7.

17 Preporuke koje su pripremili, predstavili i diskutirali eksperti Vijeća Evrope David Gladwell (Ujedinjeno Kraljevstvo) i Merja Muli (Finska) tokom seminara Vijeća Evrope organiziranog u saradnji sa Ministarstvom pravosuđa Bosne i Hercegovine, http://www.coe.ba/web2/en/dokumenti/cat_view/56-judicial-system--sudstvopravosuđe/123-jptc-and-hjpc.html, (preuzeto: 25.4.2011.)

ministara za navedenu oblast, a dosta smjernica može se dobiti iz Plana akcije o sistemima pravne pomoći, koji je Vijeće Evrope usvojilo ranije 2003. godine.

2. Pristup pravdi – besplatna pravna pomoć u Bosni i Hercegovini

Posljednih godina intenzivirano je sveobuhvatno normiranje i reforma propisa o pristupu pravdi - pružanju besplatne pravne pomoći, što je uslovljeno, prije svega, postupkom harmonizacije propisa sa propisima Evropske unije (temeljem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, v. čl. 70. i 78.) te činjenicom da je BiH članica Vijeća Evrope¹⁸ i dužna je primjenjivati i odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, odnosno propisi koje donosi trebaju biti u skladu sa tom Konvencijom. Jedan od zahtjeva Evropske unije i Vijeća Evrope jeste i razvijanje sistema i strukture održivog pravnog savjetovanja i besplatne pravne pomoći, sa odgovarajućim prijedlogom i odgovorom zakonskog rješenja, pravnog okvira u ovoj oblasti, što predstavlja jednu od temeljnih odrednica zahtjeva Vijeća Evrope i obavezu koju smo prihvatili kao nužnu u području reforme pravosuđa. U Bosni i Hercegovini oblast pružanja besplatne pravne pomoći od vladinih i nevladinih pružoca besplatne pravne pomoći regulisana je na nivou Bosne i Hercegovine, Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine. Dakle, pored toga što je pružanje besplatne pravne pomoći na određeni način uređeno i procesnim zakonima, usvojeni su i posebni zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći.

2.1. Besplatna pravna pomoć u Bosni i Hercegovini

Cilj Zakona o pružanju besplatne pravne pomoći¹⁹ je da se svakom građaninu osigura djelotvoran i jednak pristup pravdi u postupku pred tijelima i institucijama Bosne i Hercegovine pred kojima se ostvaruju ili štite pojedinačna prava, obaveze i interesi, a navedeni cilj Zakona provodi se kroz uspostavljanje efikasnog i održivog sustava besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini.²⁰ Korisnik besplatne pravne pomoći može biti: državljanin Bosne i Hercegovine i druga

18 BiH je članica Vijeća Evrope od 24. januara 2002. godine.

19 Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći, „Službeni glasnik BiH“, broj 83/16

20 Besplatna pravna pomoć ostvaruje se kao pravo na: opće informacije o pravima i obavezama, pomoć u popunjavanju obrazaca, pravne savjete, pravnu pomoć pri sastavljanju svih vrsta podnesaka, zastupanje pred tijelima uprave i upravnim organizacijama i institucijama Bosne i Hercegovine, zastupanje pred Sudom Bosne i Hercegovine, sastavljanje apelacija, pravnu pomoć u postupcima mirnog rješavanja spora (medijacija) i sastavljanje podnesaka koji se dostavljaju međunarodnim tijelima za zaštitu ljudskih prava. Pravo na opće informacije o pravima i obavezama i pomoć u popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć imaju sve osobe bez obzira ispunjavaju li uslove propisane relevantnim članom ovog Zakona. Besplatna pravna pomoć pruža se korisnicima besplatne pravne pomoći u postupcima u kojima se ostvaruju i štite njihova prava i na zakonu zasnovani interesi: upravni postupak, upravni spor, parnični postupak, izvršni postupak, krivični postupak u skladu sa zakonima o krivičnom postupku. Pored toga, korisnici besplatne pravne pomoći ostvaruju pravo i u postupcima po vanrednim pravnim lijekovima, postupcima pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine i Evropskim sudom za ljudska prava, kao i postupcima pred drugim međunarodnim tijelima za zaštitu ljudskih prava, ako međunarodnim ugovorom nije drugačije regulisano.

fizička osoba koja ima boravište na teritoriju Bosne i Hercegovine, fizička osoba koja se nalazi na teritoriju Bosne i Hercegovine pod međunarodnom zaštitom u skladu s međunarodnim standardom, a osobito tražitelji azila, izbjeglice, osoba pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, osoba u postupku protjerivanja, apatridi, žrtve trgovine ljudima, u skladu s obvezama koje Bosna i Hercegovina ima prema međunarodnim konvencijama, osoba čija su prava zaštićena odredbama Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece i Konvencije o ostvarivanju alimentacijskih zahtjeva u inostranstvu, Konvencije o građanskom i sudskom postupku i Konvencije o olakšanju pristupa sudovima. Pravo na besplatnu pravnu pomoć na osnovu statusa ostvaruje: osoba koja prima socijalnu pomoć, dijete u skladu sa Konvencijom o pravima djeteta, osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost i duševno oboljela osoba, uživatelj penzije koja je niža od prosječne plate ostvarene na nivou Bosne i Hercegovine, osoba koja je nezaposlena i nema drugih redovnih primanja i prihoda, žrtva nasilja u porodici ili nasilja na osnovu spola, tražitelji azila, osoba pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, osoba u postupku protjerivanja, apatridi, žrtve trgovine ljudima. Pravo na besplatnu pravnu pomoć ostvaruje i osoba lošeg imovnog stanja kada to utvrdi nadležno tijelo za pružanje besplatne pravne pomoći.

2.2. Besplatna pravna pomoć u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine

Kancelarija za pravnu pomoć je samostalan i nezavisan organ Brčko distrikta Bosne i Hercegovine koja je odgovorna za pružanje pravnih savjeta i zastupanje građana slabog imovnog stanja na teritoriji Brčko distrikta Bosne i Hercegovine i preduzima sve radnje pred Osnovnim sudom Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, Apelacionim sudom Brčko distrikta Bosne i Hercegovine i Tužilaštvom Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Kancelarija preduzima sve radnje i učestvuje u svim fazama postupka do pravosnažnog okončanja postupka.²¹ Građanin Brčko distrikta Bosne i Hercegovine ima pravo na pravnu pomoć: ako ne posjeduje dovoljno sredstava da plati advokata i troškove zastupanja i ako ispunjava finansijske kriterije za zastupanje. Pravo na pravnu pomoć po finansijskom kriteriju imaju građani koji ispunjavaju sljedeće uslove: lice koje prima socijalnu pomoć, nezaposleni, bez drugih redovnih primanja ili prihoda, lica lošeg imovinskog stanja, djeca bez roditeljskog staranja i lica lošeg zdravstvenog stanja bez prihoda. Prema Zakonu o Kancelariji za pravnu pomoć Brčko distrikta Bosne i Hercegovine²² djeca sami po sebi nisu

21 Pravna pomoć je oblik ostvarivanja prava građana Distrikta na jednak pristup pravdi i pravu na pravično suđenje. Pravna pomoć se pruža osobama po međunarodnim konvencijama koje obavezuju Bosnu i Hercegovinu. Kancelarija zastupa građane Distrikta slabog imovinskog stanja u sljedećim postupcima: krivičnom, parničnom, vanparničnom, izvršnom, prekršajnom, upravnom, upravnim sporovima i drugim postupcima propisanim posebnim zakonima. Pravna pomoć ostvaruje se kao pravo na: usmene savjete o svim pravima i obavezama, pomoć u popunjavanju obrazaca, pravnu pomoć u popunjavanju svih vrsta pismena, zastupanje pred organom uprave, zastupanje na sudu, sačinjavanje apelacija i pravnu pomoć u postupku medijacije.

22 Zakon o Kancelariji za pravnu pomoć Brčko distrikta BiH, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ broj 19/07

kategorija lica koja direktno ostvaruje pravo na zastupanje besplatne pravne pomoći, nisu navedena u odredbama ovog zakona kao povlaštena kategorija, ali mogu da ostvare pravo na zastupanje iz besplatne pravne pomoći shodno odredbama članova 13., 14., 15. i 16. Zakona o Kancelariji za pravnu pomoć Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, po kojima svako lice koje ispunjava uslove za ostarivanje pravne pomoći može istu ostvariti. Dakle, po finansijskom kriteriju mogu ostvariti pravo na besplatnu pravnu pomoć, kao i po međunarodnim konvencijama koje obavezuju i Bosnu i Hercegovinu. Pravna pomoć se pruža osobama po međunarodnim konvencijama koje obavezuju Bosnu i Hercegovinu.

2.3. Besplatna pravna pomoć u Republici Srpskoj

U Republici Srpskoj je 2008. godine usvojen Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći²³, na osnovu kojeg je formiran Centar za pružanje besplatne pravne pomoći, sa osnovnim ciljem: pružanje besplatne pravne pomoći fizičkim licima, građanima Republike Srpske i drugim licima koja se nalaze na teritoriji Republike Srpske, identificiranim kao socijalno ugrožene kategorije, a koja nisu u situaciji da izmiruju troškove zastupanja u postupcima ostvarivanja svojih prava i na zakonu zasnovanih interesa pred sudovima.²⁴ Pravo na pravnu pomoć po finansijskom kriterijumu

23 Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, „Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 120/08, 89/13 i 63/14

24 Svoju zakonom predviđenu nadležnost a u cilju približavanja potencijalnim korisnicima besplatne pravne pomoći, Centar obavlja u četiri kancelarije sa sjedištima na teritoriji okružnih sudova i to Trebinje, Bijeljina, Istočno Sarajevo i Doboj. Navedeni Zakon u Republici Srpskoj utvrđuje osnovna prava i principe za ostvarivanje besplatne pravne pomoći, korisnike besplatne pravne pomoći, način ostvarivanja ove vrste pomoći, oblike ostvarivanja pomoći, te nadzor i kontrolu kvaliteta pružanja besplatne pravne pomoći. Ovim Zakonom je utvrđeno da je besplatna pravna pomoć oblik ostvarivanja prava isključivo fizičkih lica na pravedno suđenje i jednak pristup pravdi pred sudom i drugim organima čije troškove u cijelosti ili djelimično plaćaju organi koji su nadležni za provođenje ovog zakona. Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći garantuje minimum prava koji se drugim zakonima ne mogu umanjivati, da licu koje je ostvarilo pravo na besplatnu pravnu pomoć ne može biti uskraćeno bilo gdje na teritoriji Republike Srpske. Besplatna pravna pomoć podrazumijeva i pravo na oslobađanje od sudskih taksi. Pravo na besplatnu pravnu pomoć imaju državljani i građani Republike i druga fizička lica koja se nalaze na teritoriji Republike Srpske, a koja se identifikuju kao ugrožene kategorije, fizička lica na teritoriji Republike Srpske pod međunarodnom zaštitom u skladu sa međunarodnim standardom, a naročito izbjeglice, lice pod privremenim prihvatom, žrtve trgovine ljudima, a nisu u stanju da izmiruju troškove zastupanja, lica iz jedinstvenog registra štete, koja su pretrpjela materijalnu štetu izazvanu u poplavama u Republici Srpskoj u maju 2014. godine, bez obzira na propisane uslove, ako je zbog poplave privremeno ili trajno ugrožena njihova egzistencija. Korisnik prava na besplatnu pravnu pomoć ima pravo na: opšte informacije o pravima i obavezama, pravne savjete i pomoć u popunjavanju obrazaca, pravnu pomoć u sastavljanju svih vrsta pismena, zastupanje na sudu, sačinjavanje apelacija, pravnu pomoć u postupcima mirnog rješavanja spora (medijacija), a pruža se u parničnom, vanparničnom, izvršnom postupku i upravnom sporu. Ovaj zakon izričito predviđa i u kojim postupcima Centar za pružanje pravne pomoći ne pruža pravnu pomoć. Da bi lice ostvarilo pravo na besplatnu mora ispunjavati finansijske uslove (nezaposlena lica, lica lošeg imovnog stanja, korisnici starosne i invalidske penzije i žrtve nasilja u porodici čija primanja ne mogu biti viša od najniže prosječne neto plate ostvarene na nivou Republike Srpske u prethodnoj fiskalnoj godini) i uslove ličnog svojstva odnosno statusa pred državnim organom (korisnici socijalne zaštite), očigledne osnovanosti, i obaveznosti po drugim zakonima i međunarodnim konvencijama. Korisnici besplatne pravne pomoći ne smiju imati u vlasništvu ili suvlasništvu više od jedne stambene jedinice ili poslovni prostor.

ostvaruju lica koja se identifikuju kao ugrožene kategorije, i to: lica koja primaju socijalnu pomoć, nezaposleni, bez drugih redovnih primanja ili prihoda, lica lošeg imovinskog stanja, korisnici prava na starosnu i invalidsku penziju, žrtve nasilja u porodici, lica kojima je prije kratkog vremena u drugom predmetu utvrđeno pravo na dodjelu pravne pomoći. Djeca, u skladu sa izmjenama i dopunama Porodičnog zakona Republike Srpske²⁵ imaju pravo na zastupanje na sudu u sporovima izdržavanja.

2.4. Besplatna pravna pomoć u Federaciji Bosne i Hercegovine

Pravni okvir i sistem besplatne pravne pomoći u Federaciji Bosne i Hercegovine nije uspostavljen na nivou Federacije Bosne i Hercegovine. Uspostavljen je na nivou kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine BiH (Unsko-sanski kanton, Posavski kanton, Tuzlanski kanton, Zeničko-dobojski kanton, Bosansko-podrinjski kanton, Hercegovačko-neretvanski kanton, Zapadnohercegovačka županija, Kanton Sarajevo, Kanton 10). U tri kantona još uvijek nisu počeli sa radom zavodi za pravnu pomoć (U Kantonu 10 Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći je usvojen, Zavod treba da počne sa radom, u Srednjobosanskom kantonu nije usvojen ni Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći niti je uspostavljen Zavod za pravnu pomoć, u Hercegovačko-neretvanskom kantonu Zavod za pravnu pomoć još nije počeo sa radom, iako su prostorije za rad opremljene (kroz projekat i donaciju UNDP-a) u decembru 2014. godine.) Dvije nevladine organizacije: Vaša prava BiH i Centar za ljudska prava u Mostaru pružaju besplatnu pravnu pomoć za sve socijalno ugrožene kategorije stanovništva.

2.4.1. Pružanje besplatne pravne pomoći od kantonalnih Zavoda za pravnu pomoć u Federaciji Bosne i Hercegovine

2.4.1.1. Tuzlanski kanton

Skupština Tuzlanskog kantona je na sjednici dana 29.10.2008. godine donijela Zakon o pružanju pravne pomoći²⁶, kojim je osnovan Kantonalni zavod za pružanje pravne pomoći, nadležan za pružanje besplatne pravne pomoći.²⁷ Korisnik pravne pomoći je građanin sa prebivalištem na području Kantona, koji nema dovoljno imovine ili drugih sredstava da plati advokata i troškove zastupanja pod uslovom da ispunjava kriterije za zastupanje utvrđene zakonom. U krivičnom postupku pravo na odbranu i zastupanje imaju lica koja nemaju prebivalište na području Tuzlanskog kantona pod uslovima da nemaju dovoljno imovine ili drugih sredstava da plate

²⁵ Zakon o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona Republike Srpske, "Sluzbeni glasnik RS" broj 54/02, 41/08 i 63/14

²⁶ „Službene novine Tuzlanskog kantona“, broj 10., godina 15, od 6.11.2008. godine.

²⁷ Korisnici koji u zakonom predviđenom postupku ostvare pravo na besplatnu pravnu pomoć imaju pravo na: davanje usmenih pravnih savjeta, sastavljanje različitih podnesaka (tužbe, žalbe, molbe, zahtjevi, prigovori, predstavke i dr.), sastavljanje različitih isprava, odbranu u krivičnom postupku i zastupanje stranaka-fizičkih osoba u zakonom obuhvaćenim postupcima, preduzimanje drugih radnji u cilju zaštite prava i pravnih interesa korisnika pravne zaštite.

advokata i troškove zastupanja pod uslovom da ispunjavaju kriterije za zastupanje utvrđene zakonom. Po osnovu statusa pravo na besplatnu pravnu pomoć priznato je i licima bez imovine ako ostvaruju pravo na stalnu novčanu pomoć po osnovu socijalne zaštite, nezaposlenim licima, penzioner koji prima najnižu penziju ili srazmjernu INO penziju, koja zajedno sa samostalnom penzijom ne prelazi iznos najniže penzije kao i djeci bez roditeljskog staranja.

2.4.1.2. Srednjobosanski kanton

U Srednjobosanskom kantonu nije donesen zakon koji regulišu oblast pružanja besplatne pravne pomoći.

2.4.1.3. Hercegovačko-neretvanski kanton

Na osnovu člana 39. Ustava Hercegovačko-neretvanskog kantona (“Službene novine HNK”, broj: 2/98, 4/00 i 7/04), Skupština Hercegovačko-neretvanskog kantona je na sjednici održanoj 28.06.2013. godine, donijela Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći²⁸. Besplatna pravna pomoć se pruža sljedećim licima, ukoliko ispunjavaju uslove: da su državljani BiH i imaju prebivalište na području Kantona ili da imaju boravište na teritoriji BiH, da se to lice nalazi na teritoriji Bosne i Hercegovine pod međunarodnom zaštitom u skladu s međunarodnim standardom, a naročito tražilac azila, izbjeglica, lice pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, apatrid, žrtva trgovine ljudima, u skladu s obavezama koje Bosna i Hercegovina ima prema međunarodnim konvencijama i da su lica čija su prava zaštićena odredbama Konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece i Konvencije o ostvarivanju alimentacionih zahtjeva u inostranstvu. Pravo na besplatnu pravnu pomoć po osnovu statusa imaju: dijete bez roditeljskog staranja, lice kojem je oduzeta poslovna sposobnost i duševno oboljelo lice, žrtva nasilja u porodici ili nasilja na osnovu spola, korisnik stalne novčane pomoći ostvarene prema kantonalnom propisu o socijalnoj zaštiti, uživatelj najniže penzije pod uslovom da nema drugih članova porodičnog domaćinstva, član porodice šehida poginulog borca, ratni vojni

²⁸ Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći, Hercegovačko-neretvanski kanton, broj: 02-01-XXV-185/13 od 28.06.2013. godine. U skladu sa navedenim zakonom, besplatna pravna pomoć je oblik ostvarivanja prava fizičkog lica na pravično suđenje i jednak pristup pravdi pred sudom i drugim organima, čije troškove u cjelosti ili djelimično snosi nadležni organ za pružanje besplatne pravne pomoći. Pravo na besplatnu pravnu pomoć obuhvata i pravo na oslobađanje od taksi, koje se ostvaruje u skladu s propisima o taksama. U odredbi o stupanju na snagu normirano je da Zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u „Službenim novinama Hercegovačko-neretvanskog kantona“, a početak će se primjenjivati danom početka rada Zavoda. Zavod za pravnu pomoć još nije počeo sa radom. Besplatna pravna pomoć se ostvaruje kao pravo korisnika na: opće informacije o pravima i obavezama, pomoć pri popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć, pravne savjete, pravnu pomoć pri sastavljanju svih vrsta pismena, zastupanje pred organima uprave i drugim organima i institucijama, zastupanje na sudu, sačinjavanje apelacija, pravnu pomoć u postupcima mirnog rješavanja spora (medijacija), a ova pomoć se pruža u upravnom postupku, upravnom sporu, prekršajnom, parničnom, vanparničnom, izvršnom i krivičnom postupku, u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine.

invalid i dobitnik ratnih priznanja i odlikovanja, u stvarima zaštite i ostvarivanja njegovih prava po tim osnovama. Nezaposleno lice na Zavodu za zapošljavanje HNK-a sa statusom prognanika, izbjeglice, povratnika i demobilisanog borca, a ispunjava uslove iz člana 13. ovog Zakona, i lice pod međunarodnom zaštitom iz člana 9. tačka b) ovog Zakona. Pravo na besplatnu pravnu pomoć ostvaruje i lice lošeg imovinskog stanja kada to utvrdi nadležni organ.

Pravo na besplatnu odbranu i zastupanje u krivičnom postupku ima i lice koje nema prebivalište na području Kantona, pod uslovima propisanim zakonom kojim se reguliše krivični postupak u Federaciji Bosne i Hercegovine.

2.4.1.4. Posavski kanton

U Posavskom kantonu je 2010. godine donesen Zakon o pružanju pravne pomoći²⁹ kojim je osnovan Županijski zavod za pružanje pravne pomoći u cilju osiguranja ostvarivanja prava garantiranih ustavom, zakonima i drugim propisima građanima slabog imovinskog stanja. Pravo na pravnu pomoć ima svaki građanin slabog imovinskog stanja sa prebivalištem na području Kantona, koji nema dovoljno imovine ili drugih sredstava da plati advokata i troškove zastupanja pod uslovom da ispunjava kriterije za zastupanje utvrđene ovim zakonom, pravo na odbranu i zastupanje u krivičnom postupku imaju i građani koji nemaju prebivalište na području kantona pod uslovom da su slabog imovinskog stanja. Osim osoba slabog imovinskog stanja ovo pravo je zagarantovano, licima bez imovine (po osnovu statusa) ukoliko primaju stalnu novčanu socijalnu pomoć, ako su nezaposleni, ako su penzioneri sa najnižom penzijom i ako je dijete bez roditeljskog staranja te bez obzira na imovinsko stanje, ratnim vojnim invalidima³⁰, koji su status stekli do dana stupanja na snagu ovog Zakona, prema važećim propisima, u postupcima ostvarivanja odnosno zaštite stečenih prava, pred nadležnim tijelima uprave, odnosno sudovima na području Kantona, Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno Bosne i Hercegovine.³¹

29 Zakon o pružanju pravne pomoći, „Narodne novine Županije Posavske”, br. 3/10

30 Zakon o dopuni zakona o pružanju pravne pomoći od 28.2.2012. godine.

31 Prema odredbama Zakona o izmjenama i dopunama zakona o pružanju pravne pomoći (od 5.3.2013. godine) „Zavod je dužan pružati pravnu pomoć u smislu odredbi ovog Zakona, bez obzira na imovno stanje, braniteljima koji su status stekli do dana stupanja na snagu ovog Zakona prema važećim propisima u postupcima zaštite prava prema propisima iz oblasti braniteljsko-invalidske zaštite i povoljnijeg umirovljenja a čije korištenje podliježe kontroli zakonitosti temeljem Zakona o provođenju kontrole zakonitosti korištenja prava iz oblasti braniteljskoinvalidske zaštite pred nadležnim tijelima uprave, odnosno sudovima na području Županije, Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno Bosne i Hercegovine.” Zavod je dužan u smislu odredbi ovog Zakona, bez obzira na imovno stanje, pružati pravnu pomoć žrtvama nasilja u obitelji u zaštiti njihovog tjelesnog i duševnog integriteta, u vidu prijave počinjenog nasilja nadležnoj Policijskoj upravi, Centru za socijalnu skrb, Sudu i Tužiteljstvu te sastavljanjem pismenih podnesaka i zahtjeva za izricanjem zaštitnih mjera.” Lice koje ostvari pravo na besplatnu pravnu pomoć ima sljedeća prava – oblike ostvarivanja besplatne pravne pomoći: davanje usmenih pravnih savjeta, sastavljanje različitih podnesaka (tužbe, žalbe, molbe, zahtjevi, prigovori, predstavke i dr.), odbrane u krivičnom postupku i zastupanja stranaka – fizičkih osoba u postupcima pred nadležnim organima, poduzimanje drugih radnji u cilju zaštite prava i pravnih interesa korisnika pravne zaštite. Pravo na pravnu pomoć, ne podrazumijeva pravo na oslobađanje od plaćanja sudskih i administrativnih taksi. Besplatna pravna pomoć se pruža u krivičnom, parničnom, prekršajnom, upravnom postupku, kao i u postupcima propisanim posebnim zakonima. Prema Pravilniku o unutrašnjoj

2.4.1.5. Unsko-sanski kanton

Skupština Unsko-sanskog kantona je 18.7.2012. godine donijela Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći³². Prema Zakonu o pružanju besplatne pravne pomoći u Unsko-sanskom kantonu korisnik prava na besplatnu pravnu pomoć je svako fizičko lice, kojem je to pravo priznato po osnovu statusa ili imovinskog stanja. Pravna pomoć se pruža građanima po

međunarodnim konvencijama koje obavezuju Bosnu i Hercegovinu. Osobom lošeg imovinskog stanja smatra se osoba koja, prema svom općem imovinskom stanju i stanju članova svog porodičnog domaćinstva, nema sredstava da plati punomoćnika i/ili radnje punomoćnika, te troškove postupka, bez štete za nužno izdržavanje sebe i svoje porodice³³. Po osnovu statusa besplatnu pravnu pomoć ostvaruju sljedeća lica: korisnici stalne novčane pomoći po osnovu propisa o socijalnoj zaštiti, djeca bez roditeljskog staranja, lice kome je oduzeta poslovna sposobnost, duševno oboljelo lice smješteno u zdravstvenu ustanovu, ustanovu socijalne zaštite ili drugu specijaliziranu ustanovu, penzioner koji prima najnižu penziju ili srazmjerno INO penziju, koja zajedno sa samostalnom penzijom ne prelazi iznos najniže penzije, žrtva nasilja u porodici ili nasilja po osnovu spola.

2.4.1.6. Zapadnohercegovački kanton

Zakon o Županijskom zavodu za pravnu pomoć Zapadnohercegovačke županije donesen je 2008. godine, a pojedine odredbe su izmjenjene i dopunjene donošenjem Zakona o izmjeni i dopuni zakona o zavodu za pravnu pomoć iz 2009. godine i 2013. godine.³⁴ Prema Zakonu o Županijskom zavodu za pravnu pomoć, Zavod pruža usluge

organizaciji Županijskog zavoda za pružanje pravne pomoći (od lipnja 2011. godine), normirano je, pored ostalog, da u okviru posebne nadležnosti i ovlaštenja, Zavod osigurava pružanje pravnih savjeta, sastavljanje različitih podnesaka, odbrane i zastupanje građana slabog imovnog stanja te poduzima sve radnje u pojedincim postupcima.

32 Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći, „Službeni glasnik Unsko-sanskog kantona“, br. 22/12
33 Korisnik prava na besplatnu pravnu pomoć ima pravo na: opće informacije o pravima i obavezama, pomoć pri popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć, pravne savjete, pravnu pomoć pri sastavljanju svih vrsta podnesaka, zastupanje pred organima uprave i drugim organima i institucijama, zastupanje na sudu, sačinjavanje apelacija, pravnu pomoć u postupcima mirnog rješavanja spora (medijacija), a ova pomoć se pruža u upravnom postupku, upravnom sporu, prekršajnom, parničnom, vaparničnom, izvršnom i krivičnom postupku. Pravo na opće informacije o pravima i obavezama i pomoć u popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć imaju sva lica bez obzira na ispunjavanje uslova propisanih ovim zakonom.

34 Zakon o Županijskom zavodu za pravnu pomoć, „Narodne novine Županije Zapadno-hercegovačke“, br. 05/08, 04/09 i 20/13 Ovim zakonom osnovan je Zavod koji je nadležan za poduzimanje radnji u svim fazama postupka pred općinskim sudovima kantona, kantonalnim sudom, kantonalnim tužilaštvom i drugim tijelima.

Korisnik koji ostvari pravo na besplatnu pravnu pomoć ima sljedeća prava: na dobivanje pravnih savjeta, sastavljanje različitih podnesaka (tužbe, molbe, zahtjevi, predstavke, prigovori, prizivi i dr.), zastupanje stranaka – fizičkih osoba u svim parničnim, upravnim i ostalim postupcima pred sudovima i ostalim tijelima kantona, odbranu i zastupanje u krivičnom postupku, pravnu pomoć u postupcima mirnog rješavanja sporova (medijacija) i pružanje i drugih oblika pravne pomoći fizičkim osobama

isključivo osobama lošeg imovnog stanja: korisnici stalne socijalne pomoći, djeca bez oba roditelja, bračni odnosno vanbračni drugovi u predmetima nasljeđivanja, a čija imovina ne prelazi visinu minimalne penzije, druge osobe za koje direktor zavoda procijeni da nisu u mogućnosti snositi troškove zastupanja i postupka, te osobe za koje sud zbog slabog imovnog stanja u krivičnom postupku odredi da nisu u stanju snositi troškove odbrane.³⁵ Pravo na opće informacije o pravima i obavezama i pomoć u popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na pravnu pomoć imaju sve osobe bez obzira na ispunjavanje uvjeta za dobivanje pravne pomoći.

2.4.1.7. Kanton Sarajevo

Zakonom o pružanju besplatne pravne pomoći³⁶ normirano je da se besplatna pravna pomoć se pruža sljedećim licima ukoliko ispunjavaju zakonom predviđene uslove: da su državljani BiH i imaju prebivalište ili boravište na području Kantona Sarajevo ili da imaju boravište na teritoriji BiH, da se to lice nalazi na teritoriji Bosne i Hercegovine pod međunarodnom zaštitom u skladu s međunarodnim standardom, a naročito tražilac azila, izbjeglica, lice pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, apatrid, žrtva trgovine ljudima, u skladu s obavezama koje Bosna i Hercegovina ima prema međunarodnim konvencijama i da su lica čija su prava zaštićena odredbama Konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece i Konvencije o ostvarivanju alimentacionih zahtjeva u inostranstvu.³⁷ Po osnovu statusa besplatna pravna pomoć se pruža: djeci, licima kojima je oduzeta poslovna sposobnost i duševno oboljelim licima, žrtvama nasilja u porodici ili nasilja o osnovu spola, korisnicima stalne novčane pomoći prema kantonalnom propisu o socijalnoj zaštiti, ušivalac najniže penzije pod uslovom da nema drugih članova porodičnog domaćinstva, licima pod međunarodnom zaštitom, članovima porodice šehida-poginulog borca, ratnim vojnim invalidima, dobitnicima ratnih priznanja i odlikovanja u stvarima zaštite prava po tim osnovama i drugim licima sa invaliditetom u stvarima zaštite i ostvarivanja njegovih prava po osnovu invaliditeta, civilnim žrtvama rata, žrtvama ratnog seksualnog nasilja. Pravo na besplatnu pravnu pomoć ostvaruje i lice lošeg imovinskog stanja kada to utvrdi nadležni organ. Pravo na besplatnu odbranu i zastupanje u krivičnom postupku ima i lice koje nema prebivalište na području Kantona, pod uslovima propisanim zakonom kojim se reguliše krivični postupak u Federaciji Bosne i Hercegovine. Nadležni organ za pružanje besplatne pravne pomoći u Kantonu je Kantonalni zavod za pružanje besplatne pravne pomoći.

kako bi se zaštitila njihova prava i interesi.

35 Pravilnik o načinu i uslovima pružanja pravne pomoći, čl. 2.

36 Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći, „Službene novine Kantona Sarajevo“, br. 1/12 i 26/14

37 Korisnik besplatne pravne pomoći ima pravo na: opće informacije o pravima i obavezama, pomoć pri popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć, pravne savjete, pravnu pomoć pri sastavljanju svih vrsta pismena, zastupanje pred organima uprave i drugim organima i institucijama, zastupanje na sudu, sačinjavanje apelacija, pravnu pomoć u postupcima mirnog rješavanja spora (medijacija) i sačinjavanje podnesaka međunarodnim tijelima za zaštitu ljudskih prava, a ova pomoć se pruža u upravnom postupku, upravnom sporu, prekršajnom, parničnom, vanparničnom, izvršnom i krivičnom postupku. Pravo na besplatnu pravnu pomoć obuhvata i pravo na oslobađanje od taksi, koje se ostvaruje u skladu sa propisima o taksama.

2.4.1.8. Zeničko-dobojski kanton

Na nivou Zeničko-dobojskog kantona, Zakonom o kantonalnim ministarstvima i drugim tijelima kantonalne uprave,³⁸ uspostavljen je Zavod za pravnu pomoć, kao samostalna upravna organizacija, nadležan da obavlja poslove pružanja besplatne pravne pomoći licima koja zbog svog imovnog stanja nisu u mogućnosti angažovati punomoćnika i plaćati troškove postupka.³⁹ Korisnik besplatne pravne pomoći je fizičko lice kojem se pravna pomoć pruža prema uslovima, kriterijima i načinu ostvarivanja pravne pomoći propisanim navedenim zakonom i to: državljanin BiH koji ima prebivalište, odnosno boravište na teritoriji Kantona i drugo fizičko lice koje ima boravište na teritoriji BiH, fizičko lice koje se nalazi na teritoriji BiH pod međunarodnom zaštitom u skladu s međunarodnim standardom, a naročito tražioc azila, izbjeglica, lice pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, apatrid, žrtva trgovine ljudima, u skladu sa obavezama koje BiH ima prema međunarodnim konvencijama. Pravo na besplatnu pravnu pomoć na osnovu statusa ostvaruje: korisnik stalne novčane pomoći ostvarene prema kantonalnom propisu o socijalnoj zaštiti, dijete, lice kojem je oduzeta poslovna sposobnost i duševno oboljelo lice smješteno u zdravstvenu ustanovu, ustanovu socijalne zaštite ili drugu specijaliziranu ustanovu, penzioner koji prima najnižu penziju pod uslovom da nema drugih članova porodičnog domaćinstva koji ostvaruju redovna primanja i prihode, žrtva nasilja u porodici i nasilja u zajednici, žrtve silovanja tokom rata u BiH, član porodice šehida, poginulog borca, ratni vojni invalid i dobitnik ratnih priznanja i odlikovanja u stvarima zaštite i ostvarivanja njegovih prava po tim osnovama, lice pod međunarodnom zaštitom i civilne žrtve rata.

2.4.1.9. Bosansko-podrinjski kanton Goražde

Zakonom o pružanju besplatne pravne pomoći iz 2013 godine⁴⁰ na području Bosansko-podrinjskog kantona Goražde uspostavljen je Kantonalni zavod za pružanje besplatne pravne pomoći za obavljanje poslova pružanja besplatne pravne pomoći

38 Zakon o kantonalnim ministarstvima i drugim tijelima kantonalne uprave - Prečišćeni tekst, „Službene novine Zeničko-dobojskog kantona“ broj:13/08, 3/10, 6/12

39 Besplatna pravna pomoć je oblik ostvarivanja prava fizičkog lica na pravično suđenje i jednak pristup pravdi pred sudom i drugim organima, čije troškove u cijelosti, ili djelimično snosi nadležni organ za pružanje besplatne pravne pomoći. Besplatna pravna pomoć ostvaruje se kao pravo na: opće informacije o pravima i obavezama, pomoć pri popunjavanju obrazaca, pravne savjete, pravnu pomoć pri sastavljanju svih vrsta podnesaka, zastupanje pred organima uprave i drugim organima i institucijama, zastupanje na sudu, pravnu pomoć u postupcima mirnog rješavanja spora (medijacija). Prava na opće informacije o pravima, obavezama i pomoći u popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć imaju sva lica bez obzira na ispunjavanje uslova propisanih ovim zakonom. Postupci u kojima se pruža pravna pomoć su: parnični postupak, vanparnični postupak, izvršni postupak, krivični postupak, u skladu sa zakonom o krivičnom postupku u FBiH, prekršajni postupak, upravni postupak i upravni spor.

40 Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći, „Službene novine Bosansko-podrinjskog kantona Goražde“, broj 2/13

licima koja zbog svog imovnog stanja nisu u mogućnosti angažovati punomoćnika i plaćati troškove postupka.⁴¹ Besplatna pravna pomoć se pruža sljedećim licima ukoliko ispunjavaju uslove: da su državljani BiH i imaju prebivalište ili boravište na području Bosansko-podrinjskog kantona Goražde ili da imaju boravište na teritoriji Bosne i Hercegovine, da se to lice nalazi na teritoriji Bosne i Hercegovine pod međunarodnom zaštitom u skladu s međunarodnim standardom, a naročito tražilac azila, izbjeglica, lice pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, apatrid, žrtva trgovine ljudima, u skladu s obavezama koje Bosna i Hercegovina ima prema međunarodnim konvencijama i da su lica čija su prava zaštićena odredbama Konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece i Konvencije o ostvarivanju alimentacionih zahtjeva u inostranstvu. Po osnovu statusa besplatna pravna pomoć se pruža: djeci bez roditeljskog staranja, licima kojima je oduzeta poslovna sposobnost i duševno oboljelim licima smještenim u zdravstvenim ustanovama, žrtvama nasilja u porodici ili nasilja po osnovu spola za vrijeme dok je smještena u sigurnu kuću, korisnicima stalne novčane (socijalne) pomoći ostvarene prema kantonalnom propisu o socijalnoj zaštiti, uživaocima najniže penzije pod uslovom da nemaju drugih članova porodičnog domaćinstva koji ostvaruju dodatna primanja. Prava na opće informacije o pravima i obavezama i pomoć u popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć imaju sva lica bez obzira na ispunjavanje uslova propisanih ovim Zakonom. Pravo na besplatnu odbranu i zastupanje u krivičnom postupku ima i lice koje nema prebivalište na području Kantona, pod uvjetima propisanim zakonom kojim se reguliše krivični postupak u Federaciji Bosne i Hercegovine.

2.4.1.10. Kanton 10

Zakonom o pružanju besplatne pravne pomoći, koji je usvojila Skupština Hercegbosanske županije, normirana je besplatna pravna pomoć kao oblik ostvarivanja prava fizičke osobe na pravično suđenje i jednak pristup pravdi pred sudom i drugim tijelima, čije troškove u cijelosti ili djelimično snosi tijelo nadležno za pružanje besplatne pravne pomoći. Pravo na besplatnu pravnu pomoć obuhvata i pravo na oslobađanje od taksi.⁴² Besplatna pravna pomoć se pruža sljedećim

41 Korisnik besplatne pravne pomoći ima pravo na: opće informacije o pravima i obavezama, pomoć u popunjavanju obrazaca, pravne savjete, pravnu pomoć pri sastavljanju svih vrsta podnesaka, zastupanje pred organima uprave i drugim organima i institucijama, zastupanje na sudu, sačinjavanje apelacija, pravnu pomoć u postupcima mirnog rješavanja spora (medijacija), a besplatna pravna pomoć pruža se u parničnom, vanparničnom, izvršnom, krivičnom (u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine), prekršajnom i upravnom postupku te upravnom sporu. Ovaj zakon izričito propisuje postupke za koje se ne pruža besplatne pravne pomoći. Pravo na besplatnu pravnu pomoć obuhvata i pravo na oslobađanje od taksi, koje se ostvaruje u skladu sa propisima o taksama.

42 Korisnik besplatne pravne pomoći ima pravo na: opće informacije o pravima i obavezama, pomoć u popunjavanju obrazaca, pravne savjete; pravnu pomoć pri sastavljanju svih vrsta podnesaka, zastupanje pred organima uprave i drugim organima i institucijama, zastupanje na sudu, sačinjavanje apelacija, pravnu pomoć u postupcima mirnog rješavanja spora (medijacija), a besplatna pravna pomoć pruža se u parničnom, vanparničnom, izvršnom, krivičnom (u dijelu kojim se pravo na odbranu obezbjeđuje postavljanjem branioca

licima ukoliko ispunjavaju uslove: da su državljani BiH i imaju prebivalište na području Kantona 10 i druga fizička osoba koja se nalazi na teritoriji kantona 10 i identifikuje se kao ugrožena kategorija, fizička osoba koja se nalazi na teritoriji Bosne i Hercegovine pod međunarodnom zaštitom u skladu s međunarodnim standardom, a naročito tražilac azila, izbjeglica, lice pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, apatrid, žrtva trgovine ljudima, u skladu s obavezama koje Bosna i Hercegovina ima prema međunarodnim konvencijama i lica čija su prava zaštićena odredbama Konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece i Konvencije o ostvarivanju alimentacionih zahtjeva u inostranstvu. Po osnovu statusa besplatna pravna pomoć se pruža: djeci bez roditeljskog staranja, licima kojima je oduzeta poslovna sposobnost i duševno oboljelim licima za vrijeme dok su smješteni u ustanovu socijalne zaštite, žrtvama nasilja u porodici ili nasilja po osnovu spola u postupcima regulisanja prava i obaveza iz tog svojstva, korisnicima stalne novčane socijalne pomoći, penzionerima sa minimalnom penzijom ukoliko nemaju drugih članova porodičnog domaćinstva niti imovine iz koje se mogu podmiriti troškovi tražene pravne pomoći, lice pod međunarodnom zaštitom (u skladu s međunarodnim standardom, a naročito tražilac azila, izbjeglica, lice pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, apatrid, žrtva trgovine ljudima, u skladu s obavezama koje Bosna i Hercegovina ima prema međunarodnim konvencijama). Prava na opće informacije o pravima i obavezama i pomoć u popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć imaju sve osobe bez obzira na ispunjavanje uvjeta propisanih ovim zakonom

2.4.1.11. Pružanje besplatne pravne pomoći od strane nevladinih organizacija u Bosni i Hercegovini - članica Mreže za koordinaciju vladinih i nevladinih pružaoca besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini

Značajnu ulogu u pružanju besplatne pravne pomoći svakako imaju organizacije civilnog društva (OCD). Nevladine organizacije – članice Mreže za koordinaciju vladinih i nevladinih pružaoca besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini su: Centar ženskih prava (Zenica, i kancelarije u Kaknju, Tešnju i Žepču), Fondacija lokalne demokratije Sarajevo, Vaša prava BiH (Sarajevo, i kancelarije u Banja Luci, Bosanskom Petrovcu, Goraždu, Mostaru, Prijedoru, Srebrenici, Trebinju i Tuzli), Centar za ljudska prava u Mostaru, Centar informativno-pravne pomoći Zvornik (i kancelarija u Vlasenici) i Udruženje građana „Budućnost“ (Modriča).

zbog lošeg imovinskog stanja osumnjičenog ili optuženog), prekršajnom i upravnom postupku te upravnom sporu. Zakon navodi i postupke u kojima se ne pruža besplatna pravna pomoć. Pravo na besplatnu pravnu pomoć obuhvata i pravo na oslobođanje od taksi, koje se ostvaruje u skladu sa propisima o taksama.

3. Neusaglašenost zakona u oblasti pristupa pravdi - besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini i negativne refleksije na ostvarenje usluga besplatne pravne pomoći za djecu i ostvarenje i zaštitu imovinskih prava i interesa djece

Analizirajući pravne propise, zakone u oblasti pristupa pravdi – besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini može se zaključiti da pojedina lica nisu na isti način obuhvaćena svim zakonima te da nije isti imovinski cenzus na osnovu kojeg se procjenjuje loše (slabo) imovinsko stanje kako bi licu bilo odobreno pravo korištenja besplatne pravne pomoći.⁴³

Po osnovu statusa skoro svi zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći u Bosni i Hercegovini predviđaju sljedeća lica: djeca (uglavnom djeca bez roditeljskog staranja), lica kojima je oduzeta poslovna sposobnost i duševno oboljela lica, žrtve nasilja u porodici ili nasilja o osnovu spola, korisnici stalne novčane pomoći po propisima o socijalnoj zaštiti, uživaoci najniže penzije ukoliko nemaju drugih članova porodičnog domaćinstva koji ostvaruju redovna primanja i prihode, lica pod međunarodnom zaštitom.⁴⁴ Prema finansijskom kriteriju ili kriteriju lošeg (slabog) imovnog stanja zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći u Bosni i Hercegovini nisu ujednačeni. Zakoni nisu usaglašeni ni u pogledu osnove prema kojoj se procjenjuje loše (slabo) imovno stanje podnosioca zahtjeva pa je tako u pojedinim kantonima viši cenzus u odnosu na kantone u kojima je ta polazna osnova znatno niža.⁴⁵ Analizom

43 Da bi korisnici besplatne pravne pomoći bili u mogućnosti koristiti ovo pravo i da bi im navedeno pravo bilo odobreno moraju ispunjavati zakonom predviđene opšte uslove u pogledu državljanstva, prebivališta i boravišta, na određenom području kako je datim zakonom regulisano, da su lica pod međunarodnom zaštitom i da su lica koja ostvaruju prava po osnovu međunarodnih konvencija koje je država BiH ratifikovala.

Većina zakona predviđa ove opšte uslove (npr. zakoni o pružanju besplatne pravne pomoći Bosne i Hercegovine, Tuzlanskog kantona, Hercegovačko-neretvanskog kantona, Kantona Sarajevo, Zeničko-dobojskog kantona, Bosansko-podrinjskog kantona, Kantona 10, Republike Srpske), pojedini zakoni među kojima su npr. zakoni o pružanju besplatne pravne pomoći Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Posavskog kantona, Unsko-sanskog kantona, Hercegovačko-neretvanskog kantona propisuju da pravo na besplatnu pravnu pomoć ostvaruju lica/građani koji su slabog imovnog stanja. Pored navedenog, da bi lice ostvarilo pravo na besplatnu pravnu pomoć mora ispunjavati zakonom predviđene uslove u pogledu statusa ili lošeg imovinskog stanja.

44 Članovi porodice šehida, poginulog borca, ratni vojni invalidi, dobitnici ratnih priznanja i odlikovanja u stvarima zaštite prava po tim osnovama su obuhvaćeni zakonima o besplatnoj pravnoj pomoći Kantona Sarajevo, Posavskog kantona, Zeničko-dobojskog kantona i Hercegovačko-neretvanskog kantona. Zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći Zeničko-dobojskog kantona i Kantona Sarajevo predviđaju pružanje besplatne pravne pomoći i licima koja su civilne žrtve rata i žrtve silovanja tokom rata. U Kantonu Sarajevo i djeca, lica pod međunarodnom zaštitom i drugo lice sa invaliditetom u stvarima zaštite i ostvarivanja njegovih prava po osnovu invaliditeta imaju pravo na besplatnu pravnu pomoć.

45 Polazna osnova prema kojoj se procjenjuje loše imovno stanje podnosioca zahtjeva prema zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći u Republici Srpskoj je najniža neto plata u Republici Srpskoj u prethodnoj fiskalnoj godini dok Zakonom o pružanju besplatne pravne pomoći Brčko distrikta Bosne i Hercegovine i Zapadnohercegovačke županije nije predviđen iznos koji prosječni mjesečni prihodi po članu domaćinstva podnosioca zahtjeva ne smiju prelaziti da bi podnosilac zahtjeva mogao ostvariti pravo na besplatnu pravnu pomoć. Prema finansijskom kriteriju ili kriteriju lošeg (slabog) imovnog stanja zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći Bosne i Hercegovine i Kantona Sarajevo predviđaju da se osobom lošeg imovnog stanja smatra osoba čiji mjesečni prihodi po članu domaćinstva ne prelaze iznos od 40%

propisa pravne regulative besplatne pravne pomoći ustanovljeno je i da pojedini zakoni među kojima su zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći u Hercegovačko-neretvanskom kantonu, Unsko-sanskom kantonu, Zeničko-dobojskom kantonu, Bosansko-podrinjskom kantonu Goražde, Kantonu 10, Posavskom kantonu, Zapadnohercegovačkoj županiji, Brčko distriktu Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj ne propisuju uslugu pravne pomoći pred međunarodnim tijelima za zaštitu ljudskih prava, dok Zakon o pravnoj pomoći Republike Srpske ne predviđa zastupanje pred organima uprave, niti uslugu pružanja pravne pomoći u upravnom postupku, čime su lica sa ovog dijela teritorija Bosne i Hercegovine koji ostvaruju pravo na besplatnu pravnu pomoć u znatno nepovoljnijem položaju u odnosu na osobe koje pravo na besplatnu pravnu pomoć ostvaruju u kantonima, na nivou Brčko distrikta Bosne i Hercegovine i na nivou Bosne i Hercegovine. Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći na nivou Bosne i Hercegovine normira da se besplatna pravna pomoć ostvaruje i kao pravo na sastavljanje podnesaka koji se dostavljaju međunarodnim tijelima za zaštitu ljudskih prava i da, u skladu s odredbama ovoga zakona, korisnici besplatne pravne pomoći ostvaruju pravo i u postupcima po vanrednim pravnim

prosječne mjesečne neto plate isplaćene u prethodnoj fiskalnoj godini na nivou Bosne i Hercegovine, odnosno (za Kanton Sarajevo) zaposlenih u Federaciji Bosne i Hercegovine u prethodnoj kalendarskoj godini, a osobe nemaju nekretnine ili drugu imovinu kojom mogu podmiriti troškove postupka. Prema zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći u Bosansko-podrinjskom kantonu Goražde licem lošeg imovinskog stanja, koje ima pravo na besplatnu pravnu pomoć, smatra se lice čiji mjesečni prihodi po članu domaćinstva ne prelaze iznos od 35% prosječne isplaćene mjesečne neto plaće zaposlenih u Federaciji Bosne i Hercegovine u prethodnoj kalendarskoj godini, a nema nekretnine ili drugu imovinu kojom može podmiriti troškove postupka. U Zeničko-dobojskom kantonu, prema zakonu o pružanju besplatne pravne pomoći, licem lošeg imovinskog stanja smatra lice čiji mjesečni prihod i ukupan mjesečni prihod članova njegovog porodičnog domaćinstva ne prelazi iznos od 30% prosječne isplaćene mjesečne neto plate zaposlenih u Zeničko-dobojskom kantonu, u prethodnoj kalendarskoj godini za jednog člana, i po 10% za svakog narednog člana njegovog porodičnog domaćinstva, a nema nekretnine i/ili drugu imovinu koja može biti predmet izvršenja po Zakonu o izvršnom postupku koji se primjenjuje u Federaciji Bosne i Hercegovine. Prema zakonima o besplatnoj pravnoj pomoći u Tuzlanskom kantonu, Unsko-sanskom kantonu, Posavskom kantonu i Kantonu 10, građinom slabog imovnog stanja se smatra lice čija ukupna redovna primanja i prihodi po članu domaćinstva ne prelaze iznos od 25% prosječne isplaćene mjesečne neto plate zaposlenih u Federaciji Bosne i Hercegovine prema posljednjim objavljenim podacima Federalnog zavoda za statistiku, a nema imovinu koja može biti predmet izvršenja shodno odredbama Zakona o izvršnom postupku ("Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", br. 32/03, 52/03, 33/06 i 39/06). Ne smatra se građaninom slabog imovnog stanja lice koje živi u zajedničkom domaćinstvu sa punoljetnim članom svoje porodice, koji je takvog imovnog stanja da je u mogućnosti da snosi njegove troškove advokatskih usluga. Kod utvrđivanja slabog imovnog stanja građanina iz stava (1) ovog člana neće se uzimati u obzir prihod i imovina članova porodice korisnika pravne pomoći koji sa njim žive u zajedničkom domaćinstvu, a protivstranka su u postupku. U Hercegovačko-neretvanskom kantonu, prema zakonu o pružanju besplatne pravne pomoći, (1) Licem lošeg imovinskog stanja, koje ima pravo na besplatnu pravnu pomoć, smatra se lice čiji mjesečni prihodi po članu domaćinstva ne prelaze iznos od 25% prosječne isplaćene mjesečne neto plaće zaposlenih u Federaciji Bosne i Hercegovine u prethodnoj kalendarskoj godini, a nema nekretnine ili drugu imovinu kojom može podmiriti troškove postupka. Kod utvrđivanja lošeg imovinskog stanja lica iz stava (1) ovog člana, neće se uzimati u obzir prihod i imovina članova porodice korisnika koji s njim žive u zajedničkom domaćinstvu a protiv stranka su u postupku. Pod prihodima, nekretninom ili drugom imovinom lica iz stava 1. ovog člana podrazumijevaju se prihodi, nekretnine ili druga imovina koja je, kantonalnim Zakonom o socijalnoj zaštiti, propisana kao uslov za ostvarivanje prava na stalnu novčanu pomoć.

lijekovima, postupcima pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine i Evropskim sudom za ljudska prava, kao i u postupcima pred drugim međunarodnim tijelima za zaštitu ljudskih prava, ako međunarodnim ugovorom nije drugačije utvrđeno. Ono što je zajedničko, dakle, je da svi zakoni predviđaju pružanje usluga u parničnom, vanparničnom, izvršnom, krivičnom, prekršajnom, upravnom postupku i upravnom sporu, osim Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Srpske koji ne predviđa zastupanje u upravnom postupku, dok zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći na nivou Posavskog kantona i Zapadnohercegovačkog kantona ne propisuju izričito u kojim postupcima se pruža besplatna pravna pomoć, već normiraju samo da se besplatna pravna pomoć pruža pred Općinskim i Kantonalnim sudom te Kantonalnim tužilaštvom u svim fazama postupka. Osnovno pravo svakog pojedinaca je pravo na efikasan i djelotvoran pravi lijek. Analizom zakona evidentno je da lice koje podnese zahtjev za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć nema na čitavom području dijelu Bosne i Hercegovine jednako pravo u pogledu žalbe na rješenje kojim je takav zahtjev odbijen.⁴⁶ Korisnici besplatne pravne pomoći nisu u jednakom položaju ni u pogledu plaćanja taksi.⁴⁷ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći predviđa angažovanje vještaka i sudskih tumača od strane pravnih zastupnika kada je to neophodno za dati predmet. Međutim, ni ovo procesno pitanje nije dosljedno niti jednako riješeno.⁴⁸ Korisnici besplatne pravne pomoći su i u ovom pogledu u nejednakom položaju, jer propisi ne regulišu ove oblasti na jedinstven način te bi i navedene oblasti bilo neophodno harmonizirati. Primjetno je i da je izvor finansiranja ovih zavoda različito regulisan pa tako pojedini uredi imaju samostalan budžet, drugi u sklopu resornog ministarstva pravosuđa, a neki se finansiraju iz sredstava kantona i općina. Sve navedeno bi bilo potrebno u predstojećem periodu jedinstveno regulisati. „ Pozitivnopravna i ograničena uporednopravna analiza relevantnih propisa upućuje na zaključak da zakonodavstva u BiH - prevashodno porodičnopravna - sadrže

46 U pojedinim zakonima uopće nije predviđeno pravo žalbe na to rješenje (zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći u Tuzlanskom kantonu i Posavskom kantonu), dok drugi zakoni propisuju različite žalbene rokove kao i vrijeme koje je potrebno da se po žalbama odluči. Također, različito su normirani i rokovi za izjavljivanje žalbe nakon prijema rješenja kojim je odlučeno po podnesenom zahtjevu za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć.

47 Oslobođeni su taksi zakonima o besplatnoj pravnoj pomoći Hercegovačko-neretvanskog kantona, Unsko-sanskog kantona, Kantona Sarajevo, Zeničko-dobojskog kantona, Bosansko-podrinjskog kantona Goražde, Kantona 10, Republike Srpske, na nivou Bosne i Hercegovine ostvarenje prava na besplatnu pravnu pomoć je pretpostavka za ostvarenje prava na oslobođanje od taksi, dok zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći u Tuzlanskom kantonu i u Posavskom kantonu propisuju da pravo na besplatnu pravnu pomoć ne obuhvata pravo na oslobođanje od plaćanja sudskih i administrativnih taksi, a zakon o besplatnoj pravnoj pomoći u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine i Zapadno-hercegovačkoj županiji ne propisuju da li ostvareno pravo na besplatnu pravnu pomoć obuhvata i oslobođanje od sudskih i administrativnih taksi.

48 U pojedinim zakonima o besplatnoj pravnoj pomoći (npr. zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći na nivou Bosne i Hercegovine, u Tuzlanskom kantonu, Posavskom kantonu, Unsko-sanskom kantonu, Bosansko-podrinjskom kantonu Goražde) traži se saglasnost direktora zavoda, ureda, nadležnog organa za takvo angažovanje, dok se drugim zakonima o besplatnoj pravnoj pomoći (npr. zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći u Hercegovačko-neretvanskom kantonu, Kantonu Sarajevo, Kantonu 10) takvo odobrenje ne zahtijeva. Prema zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći na nivou Brčko distrikta Bosne i Hercegovine odluku donosi direktor kancelarije, a zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći u Zeničko-dobojskom kantonu i Republici Srpskoj ne regulišu ovu oblast.

solidna rješenja i odgovarajuće mehanizme zaštite imovinskih prava i interesa djeteta, predviđajući posebna ograničenja za njihove zakonske zastupnike (roditelje i staraoce) i priznajući maloljetnicima u određenim slučajevima ograničenu (djelimičnu) poslovnu sposobnost. Zakonom propisana forma pravnih poslova između roditelja i djece, odnosno roditelja kao zastupnika djeteta i trećeg lica, takođe doprinosi pravnoj zaštiti imovinskih prava i interesa djeteta, kao i pravnoj sigurnosti uopšte. Solemnizacijom navedenih pravnih poslova zahtijeva se postupanje organa starateljstva i promoviše pravna zaštita prava djeteta, odnosno provjerava se opravdanost posla sa stanovišta njegovih interesa. Budući da ostvarivanje prava na izdržavanje predstavlja veliki i značajan problem, nameće se potreba da se razmotre mogućnosti za unapređenje ili reformisanje postojećih zakonskih rješenja kojima bi se obezbijedila nužna efikasnost u ostvarivanju prava na izdržavanje.⁴⁹

Od posebnog značaja za oblast pružanja usluga besplatne pravne pomoći za djecu i ostvarenje prava i interesa djece je izvršiti dalju harmonizaciju, usklađivanje i upotpunjavanje pravnog okvira i prakse djelovanja u oblasti pristupa pravdi i pravde za djecu i zaštite prava i interesa korisnika usluga besplatne pravne pomoći i djece, upotpuniti, harmonizirati i uskladiti zakone o besplatnoj pravnoj pomoći, u skladu sa međunarodnim dokumentima i standardima normirati „dijete“ kao kategoriju korisnika po statusu u zakonima o besplatnoj pravnoj pomoći.

Zaključna razmatranja

Iz provedene analize pravnih propisa iz oblasti pristupa pravdi - pružanja besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini uočavaju se brojne neusaglašenosti i nejednakosti u pogledu prava korisnika, obima pravne pomoći, pružaoca besplatne pravne pomoći te statusa i načina rada Zavoda, Ureda, Kancelarija i Centara - subjekata ovlaštenih za pružanje besplatne pravne pomoći. Da bi se besplatna pravna pomoć pružala jednako, bez diskriminacije, profesionalno i transparentno na čitavoj teritoriji Bosne i Hercegovine, za sve građane koji ispunjavaju uslove za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć, neophodno je, pored ostalog: usaglasiti kako kategorije lica koja ostvaruju ovo pravo tako i imovinski cenzus na osnovu kojeg se procjenjuje da li je lice slabog imovnog stanja, kako bi ostvarilo ovo pravo, usaglasiti zakone u pogledu statusa korisnika ovog prava, jer zakoni po osnovu statusa različito regulišu kategorije lica koje ostvaruju pravo na besplatnu pravnu pomoć, da bi sva lica imala jednaka prava, pravne usluge koje se pružaju korisnicima ovog prava trebaju biti usaglašene, kao i jednako normirani postupci u kojima se pruža besplatna pravna pomoć, pravo na žalbu i pružaoci ovih usluga - pravni zastupnici, usaglasiti zakone u pogledu uslova koje pružaoci besplatne pravne pomoći moraju ispunjavati kako bi bili imenovani ili izabrani za direktore zavoda, centara, ureda, kancelarija i za pravne zastupnike, jer su zakoni različito regulisali godine iskustva koje su potrebne za ispunjavanje uslova za rad u zavodima, centrima, uredima, kancelarijama. Od posebnog značaja za oblast pružanja usluga besplatne pravne pomoći za djecu i ostvarenje prava i interesa djece je: izvršiti dalju

49 Radić, D., nav. rad, str. 97.

harmonizaciju, usklađivanje i upotpunjavanje pravnog okvira i prakse djelovanja u oblasti pristupa pravdi i pravde za djecu i zaštite prava i interesa korisnika usluga besplatne pravne pomoći i djece, upotpuniti, harmonizirati i uskladiti zakone o besplatnoj pravnoj pomoći, u skladu sa međunarodnim dokumentima i standardima, normirati „dijete“ kao kategoriju korisnika po statusu u zakonima o besplatnoj pravnoj pomoći⁵⁰, donijeti zakon o besplatnoj pravnoj pomoći na nivou FBiH, pratiti donošenje i primjenu pravnog okvira relevantnog za ostvarenje prava i interesa djece i predlagati izmjene i dopune, kao i aktivno učestvovati pri donošenju pravnih akata, kontinuirano educirati profesionalce koji pružaju usluge i odlučuju o pravima i interesima korisnika usluga besplatne pravne pomoći i djece, uključujući i sa fokusom na edukacije za pružaoce besplatne pravne pomoći iz oblasti unaprjeđenja pristupa pravdi i zaštite prava i interesa korisnika usluga besplatne pravne pomoći i djece, jačati saradnju, razmjenu informacija, iskustava i dobrih praksi u radu, kao i unaprjeđivati i usklađivati pravni okvir u oblasti normiranja i uživanja prava i interesa korisnika usluga besplatne pravne pomoći i djece, u raznim pravnim oblastima i postupcima, razvijati i unaprjeđivati multisektorski referalni mehanizam upućivanja stranaka u oblasti ostvarenja pristupa pravdi i pravde za djecu i unaprijediti evidentiranje, izvještavanje, praćenje i analiziranje u oblasti pružanja usluga besplatne pravne pomoći za djecu.

50 Zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći normiraju sljedeće: Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći BiH - dijete u skladu sa Konvencijom o pravima djeteta, u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine - djeca bez roditeljskog staranja, u Republici Srpskoj - djeca bez roditeljskog staranja, prema Zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći, djeca u skladu sa izmjenama i dopunama Porodičnog zakona RS (“Sluzbeni glasnik RS” broj 54/02, 41/08 i 63/14) imaju pravo na zastupanje na sudu u sporovima izdržavanja, Tuzlanski kanton - djeca bez roditeljskog staranja, Srednjobosanski kanton (U Srednjobosanskom kantonu nije donesen zakon koji reguliše oblast pružanja besplatne pravne pomoći.), Hercegovačko-neretvanski kanton - dijete bez roditeljskog staranja (Zavod za pravnu pomoć nije počeo sa radom), Posavski kanton - dijete bez roditeljskog staranja, Unsko-sanski kanton - djeca bez roditeljskog staranja, Zapadnohercegovački kanton - djeca bez oba roditelja, Kanton Sarajevo - djeca, Zeničko-dobojski kanton - dijete, Bosansko-podrinjski kanton - djeca bez roditeljskog staranja, Kanton 10 - djeca bez roditeljskog staranja.

Dr. sc. Rebeka Kotlo, Associate Professor
Faculty of Law, University of „Džemal Bijedić“ Mostar
Dr. sc. Amra Jašarbegović, Associate Professor
Faculty of Law, University of „Džemal Bijedić“ Mostar

PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS AND INTERESTS OF THE CHILD THROUGH ABILITY TO ACCESS JUSTICE – THE RIGHT TO FREE LEGAL AID

Summary

In this paper authors analyze the legal framework and practice in the field of protection of property rights and interests of the child through the realization of access to justice - free legal aid, focusing on the positive legal framework that regulates access to justice - the realization of the right to free legal aid in Bosnia and Herzegovina, its (non)compliance with international legal acts and standards and the (non)harmonization of the legal framework applicable in the territory of Bosnia and Herzegovina, and then provide a summary analysis of the situation and recommendations for improving the legal framework and practice in access to justice for children. The protection of the rights and interests of child depends to a large extent on the institutions which, in terms of their powers, the respective competencies and obligations, can significantly contribute to the legal protection of child and, bearing in mind the above, this paper also includes the analysis of the state mechanism for the protection of the rights of child, the position and competence of the relevant institutions, the deficiencies in the legal framework and their functioning, with a focus on free legal aid providers in Bosnia and Herzegovina and the legal framework and practice.

Keywords: property rights and interests of the child, access to justice - the right to free legal aid, governmental and non-governmental free legal aid providers, international standards, legal acts and internal positive law in the field of protection of rights and interests of child and the right to free legal aid

PRETHODNO SAOPĆENJE

Dr. sc. Anita Duraković, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

MEĐUNARODNI IMOVINSKOPRAVNI ODNOSI U BRAČNOJ I REGISTRIRANOJ ZAJEDNICI U EUROPSKOJ UNIJI

Donošenjem Uredbe (EU) Vijeća 2016/1103 od 24. 6. 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, te Uredbe (EU) Vijeća 2016/1104 od 24. 6. 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstava, u državama članicama koje sudjeluju u pojačanoj suradnji, primjenom jedinstvenih pravila olakšat će se odlučivanje u stvarima imovinski odnosa u bračnoj i registriranoj zajednici s međunarodnim elementom. Također, očekuje se jednostavnija primjena ostalih akata Europske unije iz područja europskoga međunarodnog porodičnog prava u postupcima razvoda braka i ostavinskim postupcima. S obzirom da Bosna i Hercegovina ima obavezu svoje zakonodavstvo uskladiti s onim u Europskoj uniji, važno je istaći njihov značaj te se upoznati sa sadržajem obaju Uredbi.

Ključne riječi: bračnoimovinski režim, imovinske posljedice registriranih partnerstava, mjerodavno pravo, nadležnost, priznanje i izvršenje.

1. Uvodna razmatranja

U junu 2016. godine europski zakonodavca usvojio je dvije uredbe koje se odnose na imovinske odnose: Uredbu (EU) Vijeća 2016/1103 od 24. 6. 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima (u daljem tekstu: Uredbe 2016/1103)¹ i Uredbu (EU) Vijeća 2016/1104 od 24. 6. 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstava (u daljem tekstu: Uredbe 2016/1104).² Proces njihovog donošenja nije bio jednostavan i trajao je dugi niz godina. Zahtjeve za uspostavljanje jedinstvenog sistema međunarodnog privatnog prava imovinskopravnih odnosa nalazimo već u Bečkom akcionom planu iz 1998. godine.³ U Programu mjera za provedbu temeljnog principa uzajamnog priznanja sudskih odluka u građanskoj i trgovačkoj materiji (2000)⁴

1 Službeni list EU, L 183/1 od 8. 7. 2016.

2 Službeni list EU, L 183/30 od 8. 7. 2016.

3 ABL. C 19, od 23. 01. 1999, str.1.

4 ABL. C 12, od 15. 01. 2001, str. 1.

predviđena je izrada pravnog instrumenta kojim bi se uredilo pitanje nadležnosti i priznanja i izvršenja odluka o bračnim imovinskim odnosima i o imovinskopravnim posljedicama separacije nevjenčanih parova. U Haškom programu za jačanje prostora slobode, sigurnosti i pravde u Evropskoj uniji (2004)⁵, u kojem je provedba ovih mjera navedena kao prioritet, od Evropske komisije zatraženo je da pristupi izradi „Zelene knjige o reguliranju kolizionog prava u oblasti bračnih imovinskih odnosa, uključujući pitanje nadležnosti i uzajamnog priznanja“ najkasnije do 2011. godine. U Štokholmskom programu (2009)⁶ Evropsko vijeće zahtijevalo je proširenje temeljnog principa uzajamnog priznanja i na one oblasti koje se odnose na svakodnevni život građana, a kao primjer navedeni su, između ostalog, bračno imovinsko pravo i imovinskopravne posljedice prestanka zajednice života.

Rad na izradi ovih Uredbi započeo je 2003. godine s uporednopravnim studijom ASSER – UCL Consortium,⁷ u kojoj su istraživani praktični i pravni problemi internacionalnih parova prilikom svakodnevnih raspolaganja i upravljanja imovinom i prilikom podjele imovine kao posljedice razdvajanja parova ili smrti jednog partnera. Na osnovu studije, Evropska komisija 17. 7. 2006. godine predstavila je Zelenu knjigu o kolizionim normama u imovinskopravnim odnosima, posebno uzimajući u obzir nadležnost i uzajamno priznanje odluka.⁸ Održano je niz konsultacija, a Evropska komisija osnovala je Ekspertnu grupu – PRM-III⁹ sa zadatkom razrade ovoga prijedloga. U septembru 2009. godine održana je javna rasprava na kojoj je istaknuta potreba za unifikacijom pravila o imovinskopravnim odnosima na europskom nivou, koja bi obuhvaćala nadležnost, mjerodavno pravo i priznanje i izvršenje odluka. U martu 2011. godine europski zakonodavac predstavio je dva prijedloga uredbi koja se odnose na imovinskopravna odnose: Prijedlog Uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu i priznanju i izvršenju odluka u oblasti bračnih imovinskopravnih odnosa¹⁰ i Prijedlog Uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu i priznanju i izvršenju odluka u oblasti imovinskopravnih odnosa osoba u registriranoj zajednici.¹¹ Na zasjedanju Vijeća za pravdu i unutarnje poslove, 6. – 7. 12. 2012.

5 ABl. C 53, od 03. 03. 2005, str. 1.

6 Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienst und zum Schutz der Bürger, ABl. EU 2010 C 115/1.

7 Uporednopravna studija Consortium ASSER – UCL po nalogu Evropske komisije o imovinskopravnim odnosima vjenčanih i nevjenčanih parova (Study in comparative law on the rules governing conflicts of jurisdiction and laws on matrimonial regimes and the implementation for property issues of the separation of unmarried couples in the Member States, 2003), KOM (2011) 127 endg. (Fn. 2), str. 3.

8 Grünbuch zu den Kollisionsnormen im Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung der gerichtlichen Zuständigkeit und der gegenseitigen Anerkennung vom 17. 07. 2006, KOM (2006), 400 endg.

9 Programme of measures for implementation of mutual recognition of decision in civil and commercial matters.

10 Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts vom 16. 03. 2011, KOM (2011), 126 endg. Auch Bundesrats-Drucksache 157/11 vom 18. 03. 2011.

11 Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Güterrechts eingetragener Partnerschaften vom 16. 03. 2011, KOM (2011) 127 endg. Auch Bundesrats-Drucksache 158/11 vom 18. 03. 2011.

godine, dogovorene su političke smjernice vezane za oba Prijedloga Uredbi.¹² U odnosu na Prijedlog Uredbe o imovinskim odnosima bračnih partnera, zahtijevalo se usklađivanje pravila o međunarodnoj nadležnosti s onim koji su propisani u Uredbi 650/2012¹³ i Uredbi 2201/2003.¹⁴ Time bi se postiglo da u postupku nasljeđivanja u kojemu se nadležnost suda određuje prema Uredbi 650/2012 ili u postupku odlučivanja o razvodu braka u kojemu se nadležnost suda određuje prema odredbama Uredbe 2201/2003, usklađenim pravilima osigura da nadležni sud odlučuje i o bračnoimovinskom režimu bračnih drugova povezanim s tim predmetom. U odnosu na Prijedlog Uredbe o imovinskopravnim odnosima osoba u registriranoj zajednici, zatražene su dodatne konsultacije kako bi se provjerilo u kojoj mjeri je moguće smjernice predviđene za bračnoimovinski režim slijediti i u oblasti imovinskih odnosa registriranih partnera. Zakonodavna kompetencija Evropske unije za njihovo donošenje proizlazi iz čl. 81. st. 3. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije, koji se odnosi na međunarodno porodično pravo i zahtijeva jednoglasno postupanje Vijeća nakon savjetovanja s Europskim parlamentom. U godinama koje su slijedile, rad na Prijedlozima Uredbi bio je intenzivan i obilovao brojnim idejama kojima se nastojalo doći do rješenja prihvatljivog za sve države članice.¹⁵ Za vrijeme talijanskog predsjedavanje Europskom unijom razrađeni su tzv. „kompromisni prijedlozi“ koji se tiču međunarodne nadležnosti u predmetima bračnoimovinskih režima, a imali su za cilj prevazići otpor, koji su pojedine države članice imale vezano za činjenicu da bi se rješenja Uredbe primjenjivala i na imovinske odnose istospolnih bračnih partnera. Sličan prijedlog dat je i u oblasti imovinskih odnosa registriranih partnera.¹⁶ S obzirom da se nije moglo pronaći jednoobrazno rješenje, Vijeće je odlučilo napraviti pauzu te nastaviti s aktivnostima tek u 2016. godini. Međutim, za vrijeme luksemburškog predsjedavanja Europskom unijom, u drugoj polovini 2015. godine, nastavilo se intenzivno raditi na usuglašavanju stavova kako bi se započeti posao okončao i usvojile Uredbe.¹⁷ Na žalost, na sastanku održanom 3. 12. 2015. godine Vijeće je ocijenilo da nisu postignuti uvjeti za uspostavljanje suradnje između svih država članica u pogledu bračnoimovinskih režima i imovinskih posljedica registriranih partnerstava.¹⁸ Ipak, 18 država članica izrazilo je spremnost za uspostavljanje

12 Kohler, Ch., Pintens, W., *Entwicklung im europäischen Personen- und Familienrecht 2012-2013*, FamRZ 18, 2013., str. 1437-1438.

13 Uredba Europskog parlamenta i Vijeća (EU) br. 650/2012 od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju, Službeni list EU L 201, 27.7.2012.

14 Uredba Vijeća (EZ) br. 2001/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, Službeni list EU L 338/1, 23.12.2003.

15 Kohler, Ch., Pintens, W., *Entwicklung im europäischen Personen- und Familienrecht 2013-2014*, FamRZ 18, 2014., str. 1498-1500.

16 Kohler, Ch., Pintens, W., *Entwicklung im europäischen Personen- und Familienrecht 2014-2015*, FamRZ 18, 2015., str. 1537-1538.

17 Mansel, H.P., Thorn, K., Wagner, R., *Europäisches Kollisionsrecht 2015: Neubesinnung*, IPRax 1., 2016., str. 6.

18 Vidi Preambula (10) Uredbe 2016/1103 i Uredbe 2016/1104.

pojačane suradnje u području imovinskih odnosa bračnih i registriranih parova.¹⁹ S tim u vezi, Vijeće je 9. 6. 2016. godine donijelo Odluku (EU) 2016/954 o odobrenju pojačane suradnje između tih 18 država članica.²⁰ Premda bi se Uredba 2016/1103 i Uredba 2016/1104 trebale izravno primjenjivati od 29. 1. 2019. godine samo u državama članicama koje sudjeluju u pojačanoj suradnji, to ne sprječava druge države da se nakon njezinog uspostavljanja ili bilo kojem naknadnom trenutku odluče sudjelovati u suradnji, pri čemu će se u tim državama članicama primjenjivati od trenutka donošenja odluke. Odredba o vremenskom važenju Uredbi diferencirana je prema oblastima koje su njima uređene.²¹ Tako je u čl. 69. st. 1. Uredbe 2016/1103 i Uredbe 2016/1104 propisano da se Uredba primjenjuje samo na pravne postupke koji su započeti, na javne isprave koje su službeno sastavljene ili registrirane i na sudske nagodbe koje su odobrene ili sklopljene 29. 1. 2019. godine ili nakon tog datuma. Ako je postupak u državi članici porijekla započeo prije 29. 1. 2019. godine, odluke donesene nakon tog datuma priznaju se i izvršavaju u skladu sa odredbama Uredbi, sve dok su primijenjena pravila o nadležnosti koju su predviđena Uredbama (čl. 69. st. 2.). Pravila o mjerodavnom pravu primjenjuju se samo na bračne/registirane partnere koji stupe u brak/registiranu zajednicu ili koji odrede mjerodavno pravo na imovinske odnose bračne/registirane zajednice nakon 29. 1. 2019. godine (čl. 69. st. 3.). To znači da će se pravila međunarodnog privatnog prava država članica koja reguliraju ovu oblast primjenjivati na stare slučajeve te samim tim duži period biti od značaja.

Cilj ovih Uredbi jeste kompatibilnost s drugim usvojenim uredbama.²² Navest ćemo neke od njih: Uredba 4/2009²³, odnosno Haški protokol o izdržavanju,²⁴ Uredba Rim III,²⁵ Uredba 44/2001.²⁶ Posebno je naglašena potreba usklađenosti Uredbe 2016/1103 s Uredbom 2201/2003 i Uredbom 650/2012 kako bi se pravilima o koncentraciji nadležnosti osiguralo da sud nadležna za razvod braka prema pravilima

19 Među državama članicama koje su izrazile želju da sudjeluju u pojačanoj suradnji u području imovinskih odnosa bračnih i registriranih parova su Belgija, Grčka, Slovenija, Španjolska, Francuska, Portugal, Italija, Malta, Luxemburg, Njemačka, Republika Češka, Nizozemska, Austrija, Bugarska, Finska, Cipar. Interesantno je da su se države mogle odlučiti da učestvuju u mehanizmu pojačane suradnje samo za obje Uredbe, a ne jednu. Nakon neuspješnih pregovora između svih država članica, ovaj broj se smatra uspjehom, posebno uzimajući u obzir da Uredba Rim III, jedini akt koji je do sada usvojen u okviru mehanizma pojačane suradnje, obuhvata 16 država članica. Mansel, H.P., Thorn, K., Wagner, R., *Europäisches Kollisionsrecht 2016: Brexit ante portas*, IPRax 1., 2017., str. 5.

20 Vidi Preambula (12) Uredbe 2016/1103 i Uredbe 2016/1104.

21 Mansel, H.P., Thorn, K., Wagner, R., *Europäisches Kollisionsrecht 2016: Neubesinnung*, IPRax 1., 2017., str. 5.

22 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Klärung der Vermögensverhältnisse bei internationalen Paaren, KOM (2011) 125, od 16. 03. 2011., str. 4

23 Uredba (EG) Vijeća br. 4/2009 od 18. 12. 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i zajedničkom radu u oblasti izdržavanja, Službeni list EU 2009 L 7/1.

24 Haški protokol o mjerodavnom pravu za obavezu izdržavanja od 23. 11. 2007, Službeni list EU 2009 L 331/19.

25 Uredba (EU) Vijeća br. 1259/2010 o provođenju pojačane saradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka, Službeni list EU 2011 L 343/10.

26 Uredba (EG) Vijeća br. 44/2001 od 22. 12. 2000. o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskom i trgovačkim predmetima, Službeni list EG 2001 L 12/1.

Uredbe 2201/2003 ili sud nadležna u ostavinskom postupku prema pravilima Uredbe 650/2012, odlučuje i o imovinskom pitanjima bračnih partnera povezanim s tim predmetom.²⁷ S istim ciljem ističe se potreba usklađenosti Uredbe 2016/1104 s Uredbom 650/2012 – u postupku nasljeđivanja u kojemu se nadležnost suda određuje prema pravilima Uredbi 650/2012, pravilima o koncentraciji nadležnosti osigurava se da nadležni sud odlučuje i o imovinskim posljedicama registriranih partnerstava.²⁸ Kada sud odlučuje samostalno o bračnoimovinskom režimu ili imovinskim posljedicama registriranih partnerstava u postupcima s međunarodnim elementom, Uredba 2016/1103, odnosno Uredba 2016/1104 predviđa hijerarhijski strukturirane kriterije za utvrđivanje međunarodne nadležnosti, pri čemu se polazi od uobičajenog boravište bračnih ili registriranih partnera u trenutku pokretanja postupka.

Za Bosnu i Hercegovinu kao potpisnicu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju,²⁹ čiji je jedan od ciljeva podržati njene napore u razvijanju ekonomske i međunarodne suradnje, uključujući i usklađivanje njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice (čl. 1. st. 2. tač. d), važno je upoznati se sa sadržajem ovih Uredbi.³⁰ Pored toga, veliki broj naših građana danas živi na području Europske unije te postaje jasno od kolikog su značaja procesi usklađivanja domaćeg prava s europskim. Ovo usklađivanje, u sadržajnom smislu i u praksi, za Bosnu i Hercegovinu ponajprije znači prihvaćanje, usvajanje europskog prava, odnosno njegove pravne stečevine kao pretpostavke koju su morale ispuniti i druge države koje su pristupile Europskoj uniji. U trenutku stupanja u članstvo mora postojati visok stupanj kompatibilnosti s pravom Europske unije.

2. Uredba 2016/1103 – bračnoimovinski režim

Pitanja vezana za imovinske odnose bračnih partnera kompleksna su, a kada se tome doda međunarodni element, problemi se usložnjavaju. To možemo najbolje vidjeti na sljedećem primjeru:

Grčko-mađarski par se vjenčao u Grčkoj i ostao živjeti tamo tri godine. Nakon toga, par se odlučio preseliti se u Mađarsku. Nakon što su dvije godine živjeli u Mađarskoj, brak je razveden. Za imovinske odnose bračnih partnera mjerodavno je prema grčkim kolizionim pravilima grčko pravo kao pravo njihovog zajedničkog uobičajenog prebivališta u momentu zaključenja braka. Prema mađarskim kolizionim pravilima mjerodavno je mađarsko pravo kao pravo njihovog zajedničkog

²⁷ Vidi Preambula (32) Uredbe 2016/1103.

²⁸ Vidi Preambula (32) Uredbe 2016/1104.

²⁹ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europske zajednice i njenih država, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane, potpisan je 16. 6. 2008., a stupio na snagu 1. 6. 2015. Cijeloviti tekst Sprazuma na web-stranici Vijeća ministara BiH, http://www.dei.gov.ba/bih_i_eu/ssp/default.aspx?id=1172&langTag=bs-BA. (20. 2. 2018.)

³⁰ Međutim, i prije potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, čak prije otpočinjanja procesa stabilizacije i pridruživanja (pregovori su započeli 2006. godine), u vrijeme kada na međunarodnoj razini nije postojala obaveza preuzimanja *acquis communautaire*, na nacionalnoj razini 2003. godine uvedena je obveza za organe Bosne i Hercegovine da prilikom izrade novih propisa vode računa o suglasnosti s europskom pravnom stečevinom. Odluka o procedurama u postupku harmonizacije zakonodavstva BiH sa *acquis communautaire*, Službeni glasnik BiH, 44/2003.

uobičajenog prebivališta u momentu razvoda braka. Prema kojim kriterijima se određuje međunarodna nadležnost? Par je živio u Grčkoj, ali i u Mađarskoj. Jesu li grčki ili mađarski sudovi nadležni za rješavanje pitanja njihovog bračnoimovinskog režima? U ovom primjeru, mađarski supružnik može podnijeti tužbu mađarskom sudu, što je moguće prije, kako bi ishodio primjenu mađarskog prava koje je za njega povoljnije. Govorimo o tzv „žurenju na sud“. Prema postojećim pravilima, bolje informirani supružnik može prvi pokrenuti postupak i biti u boljoj početnoj poziciji na štetu drugog bračnog partnera.³¹

Ovaj slučaj pokazuje uspješan pokušaj jednog bračnog partnera da svoj predmet iznese pred onaj sud, odnosno postupak za rješenje imovinskih odnosa pokrene pred onim sudom koji će donijeti za njega povoljniju odluku. Uredbom 2016/1103 nastojalo se ponuditi rješenje koje je predvidljivo i pravično, a doprinosi slobodnom kretanju osoba unutar Europske unije. Ako uzmemo da od 122 miliona bračnih parova koji žive u Europskoj uniji, njih 16 miliona nemaju isto državljanstvo i žive u državi koja nije država njihovog porijekla,³² jasno nam je da problematika bračnoimovinskog režima nije marginalna. Svojim unificiranim pravilima o međunarodnoj nadležnosti, mjerodavnom pravu i priznanju i izvršenju odluka, Uredba 2016/1103 pokušala je riješiti bar dio njih.

2.1. Područje primjene

Uredba 2016/1103 se odnosi na bračnoimovinski režim. Prema čl. 3. st. 1. tač. a. bračnoimovinski režim obuhvata skup pravila koja se tiču imovinskih odnosa između bračnih partnera i u njihovim odnosima s trećim stranama, kao rezultat braka ili njegova razvrgnuća. Pojam „bračnoimovinski režim“ tumači se autonomno i uključuje ne samo imperativna pravila od kojih bračni partneri ne smiju odstupati, nego i sva fakultativna pravila koja su bračni partneri dogovorili u skladu s mjerodavnim pravom, kao i sva dispozitivna pravila mjerodavnog prava. On ne uključuje samo imovinske aranžmane koji su posebno i isključivo osmišljeni u određenim nacionalnim pravnim sistemima u slučaju braka, nego i sve imovinske odnose između bračnih partnera i u njihovim odnosima s trećim stranama koji izravno proizlaze iz bračnog odnosa ili njegova razvrgnuća.³³ Dakle, sveobuhvatni opis odnosi se ne samo na bračnoimovinski režim *sensu stricto*, nego na imovinskopravne posljedice braka koje su obuhvaćene općim dejstvima braka (*régime primaire*).³⁴ Ovo je u mnogim pravnim sistemima slučaj sa zaštitom bračnog doma³⁵ i odgovornost za kućne dugove i dugove za odgoj djece.³⁶ Uredba 2016/1103 ne daje odgovor na pitanje koje se u pravilu može javiti kao prethodno pitanje, a to je pitanje postojanja, valjanosti i priznavanja braka. Ono je i dalje pokriveno nacionalnim pravo država

31 Primjer naveden u Mitteilung (Fn. 22), str. 2 i 3.

32 Mitteilung (Fn. 22), str. 2.

33 Preambula (18).

34 Kohler, Ch., Pintens, W., Entwicklung im europäischen Personen- und Familienrecht 2010-2011, FamRZ 18, 2011., str. 1435.

35 Pogledati npr. u francuskom pravu čl. 215. *Code civile*.

36 Pogledati npr. u njemačkom pravu čl. 1357 BGB.

članica, uključujući njihova pravila međunarodnog privatnog prava.³⁷ Također, Uredba 2016/1103 ne definira „brak”, koji je definiran nacionalnim pravom država članica.³⁸ To znači, da se njena pravila primjenjuju ne samo na tradicionalni heteroseksualni brak već i na homoseksualni brak u državama koje ga poznaju i dozvoljavaju. Iz područja primjene Uredbe 2016/1103 isključena su, također, pitanja opće pravne sposobnosti, obaveze izdržavanja koje je uređeno Uredbom 4/2009, nasljeđivanja ostavine umrlog bračnog partnera koje je uređeno Uredbom 650/2012, pitanja socijalne sigurnosti, određena pitanja vezana za penziju, prirodu stvarnih prava povezanih s imovinom, te bilo koje upisivanje u registre prava na nepokretnoj i pokretnoj imovini (čl. 1. st. 2.).

2.2. Nadležnost i postupak

Uredbom 2016/1103 europski zakonodavac je nastojao centralizirati postupak i uskladiti rješenja s onima u Uredbi 650/2012 i Uredbi 2201/2003. Tako je u čl. 4. predviđeno da kada je pred sudom države članice pokrenut postupak u stvarima nasljeđivanja bračnog partnera u skladu s Uredbom 650/2012 o nasljeđivanju, sud te države članice biti će nadležan za odlučivanje o stvarima bračnoimovinskog režima povezanim s tim predmetom nasljeđivanja. S obzirom da je u pojedinim državama pored suda i notar ovlašten za provođenje ostavinskog postupka,³⁹ potrebno je osvrnuti se na rješenja Uredbe 2016/1103 i njena interpretativna pravila iz Preambule u dijelu u kojemu određuje pojam “sud”. Iz čl. 3. st. 2. te Preambule (29) Uredbe 2016/1103 proizlazi da pojam “sud” osim sudova koji izvršavaju sudske funkcije, obuhvaća i javne bilježnike koji u stvarima bračnoimovinskog režima izvršavaju sudske funkcije poput sudova ili te funkcije izvršavaju na temelju ovlasti koje im je prenio sud. Iz toga se može zaključiti da će ako je sud odnosno notar nadležan za odlučivanje o nasljeđivanju prema Uredbi 650/2012, isti taj sud odnosno notar moći će odlučivati i u stvarima bračnoimovinskog režima prema Uredbi 2016/1103.⁴⁰ U čl. 5. propisano je da kada je pred sudom države članice pokrenut postupak za odlučivanje o zahtjevu za razvod, zakonsku rastavu ili poništenje braka na temelju Uredbe 2201/2003, sudovi te države nadležni su za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima povezanim s tim zahtjevom. Međutim, za to je potreban sporazum bračnih partnera. Nadležnost u stvarima bračnoimovinskih režima podliježe sporazumu bračnih partnera ako je sud pred kojim je pokrenut postupak za odlučivanje o zahtjevu za razvod, zakonsku rastavu ili poništenju braka: (a) sud države članice u kojoj podnositelj zahtjeva ima uobičajeno boravište te je podnositelj zahtjeva tamo boravio najmanje godinu dana neposredno prije podnošenja zahtjeva, u skladu s čl. 3. st. 1.

37 Preambula (21).

38 Preambula (17).

39 Takva situacija je i u dijelu Bosni i Hercegovini. Pogledati Zakon o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 80/14 i Zakon o nasljeđivanju Brčko Distrikta BiH, Službene novine Brčko Distrikta BiH, broj 36/2017.

40 Više o situaciju u hrvatskom pravu u: Poretti, P., Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1., 2017., str. 449-474.

t. a. petom alinejom Uredbe 2201/2003; (b) sud države članice čije državljanstvo ima podnositelj zahtjeva i podnositelj zahtjeva tamo ima uobičajeno boravište te je tamo boravio najmanje šest mjeseci neposredno prije podnošenja zahtjeva, u skladu s čl. 3. st. 1. t. a. šestom alinejom Uredbe 2201/2003; (c) sud pred kojim je pokrenut postupak na temelju čl. 5. Uredbe 2201/2003 u slučajevima konverzije zakonske rastave u razvod; ili (d) sud pred kojim je pokrenut postupak na temelju čl. 7. Uredbe 2201/2003 u slučajevima supsidijarne nadležnosti. Ako ne postoji sporazum bračnih partnera, nadležnost se određuje prema čl. 6. Uredbe 2016/1103, koji se odnosi na sve ostale slučajeve koji su vezani za bračni spor. Ova nadležnost identična je onoj iz Uredbe 2201/2003 i vezuje se za zajedničko uobičajeno boravište, odnosno posljednje zajedničko uobičajeno boravište bračnih partnera, uobičajeno boravište protustranke i zajedničko državljanstvo (čl. 6.). Za razliku od Uredbe 2201/2003 ne radi se o alternativni postavljenim kriterijima već obavezujućem redosljedu.⁴¹ Čl. 7. omogućen je sporazumni izbor nadležnog suda, ali je sloboda ugovaranja ograničena na sud države članice čije je pravo mjerodavno na temelju čl. 22. ili 26. st. 1. t. a. ili b. ili sud države članice u kojoj je brak sklopljen. Osim navedenih kriterija, nadležan je sud države članice čije je pravo mjerodavno na temelju spomenutih članova, a pred kojim se tuženik upusti u postupak (čl. 8.). To pravilo ne vrijedi ako se tuženik upustio u postupak kako bi osporio nadležnost ili u slučajevima obuhvaćenima čl. 4. ili čl. 5. st. 1. Iznimno, ako sud države članice koji ima nadležnost na temelju navedenih članova odluči da se na osnovu međunarodnog privatnog prava te države dotični brak ne priznaje u svrhu postupka o bračnoimovinskim režimima, on se može proglasiti nenadležnim (čl. 9. st. 1.). Govorimo o alternativnoj nadležnosti, koja je kreirana s namjerom da Uredbi 2016/1103 pristupe što veći broj država članica, uključujući i one koje ne poznaju homoseksualne brakove. Na ovaj način, država članica nije „prisiljena“ odlučivati o imovinskim odnosima proisteklim iz braka koji ne priznaje. U tom slučaju, nadležan je sud neke druge države članice prema spomenutim kriterijima ili sud države članice u kojoj je brak sklopljen (čl. 9. st. 2.). Uredbom 2016/1103 regulirana je i supsidijarna nadležnost. Kada nijedan sud države članice nije nadležan na temelju spomenutih članova, sud države članice ima nadležnost ako se nepokretna imovina jednog ili obaju bračnih partnera nalazi na državnom području te države članice (čl. 10.). U tom slučaju sud je nadležan za odlučivanje samo u pogledu dotične nepokretne imovine. Pravila o nadležnosti zaokružena su rješenjem iz čl. 11. koji se odnosi na nadležnost iz nužde (*forum necessitatis*): Kada nijedan sud države članice nije nadležan na temelju spomenutih članova, sud države članice iznimno može odlučivati o predmetu bračnoimovinskog režima ako u trećoj državi s kojom je slučaj blisko povezan, postupak nije moguće pokrenuti ili provesti u razumnim okvirima ili bi bio nemoguć. Predmet mora u dovoljnoj mjeri biti povezan s državom članicom suda pred kojim je pokrenut postupak. Za protuzahjev nadležan je sud koji je nadležan i za sam zahtjev, ako protuzahjev ulazi u područje primjene Uredbe 2016/1103 (čl. 12.).

Uredbe 2016/1103 sadrži i odredbe koje se tiču samog postupka, a kojima se nastoji ukloniti problem donošenja dvaju nespojivih odluka u dvije države članice.

⁴¹ Kohler, Ch., Pintens, W., FamRZ 18, 2011., str. 1436.

Radi se o odredbama koje se odnose na pokretanje postupka – čl. 14., ispitivanje nadležnosti – čl. 15., ispitivanje dopustivosti – čl. 16., dvostruka međunarodna litispendencia – čl. 17., povezani postupci – čl. 18. i privremen mjere – čl. 19.

2.3. Mjerodavno pravo

Uredba 2016/1103 polazi od načela univerzalnosti i jedinstva mjerodavnog prava te stavlja akcenat na voljni izbor mjerodavnog prava. Mjerodavno pravo primjenjuje se bez obzira na to je li to pravo države članice (čl. 20.), i primjenjuje se na svu imovinu koja podliježe tom režimu, bez obzira na to gdje se ta imovina nalazi (čl. 21.). *Dépeçage* je isključen, što je u neku ruku za žaljenje, jer izbor prava mjesta nalaženja određene imovine npr. nepokretnosti, može biti korisno rješenje, kao što je to predviđeno u Haškoj konvenciji o zakonu koji se primjenjuje na bračnoimovinski režim iz 1978. godine. Pravo izbora mjerodavnog prava je ograničeno te bračni partneri ili budući bračni partneri mogu sporazumno odrediti ili promijeniti pravo mjerodavno za svoj bračnoimovinski režim, pod uvjetom da se radi o jednom od sljedećih prava: (a) pravu države u kojoj oni ili jedan od njih ima uobičajeno boravište u trenutku kada je sporazum sklopljen; ili (b) pravu države čije državljanstvo ima jedan od njih u trenutku kada je sporazum sklopljen (čl. 22. st. 1.). Promjena prava mjerodavnog za bračnoimovinski režim djeluje tek u budućnosti, osim ako se bračni partneri drukčije dogovore (čl. 22. st. 2.). Važno je napomenuti da svaka retroaktivna promjena mjerodavnog prava ne smije imati štetan učinak na prava trećih strana koja proizlaze iz tog prava (čl. 22. st. 3.). Sporazum o izboru mjerodavnog prava mora biti sastavljen u pisanom obliku, datiran i potpisan od bračnih partnera, s tim da vrijedi i svaka komunikacija elektroničkim sredstvima koja osigurava trajni zapis sporazuma (čl. 23. st. 1.). Pored spomenutih, traže se i dodatni zahtjevi vezani za formu sporazuma: Ako su pravom države članice u kojoj bračni partneri imaju uobičajeno boravište u trenutku sklapanja sporazuma predviđeni dodatni formalni zahtjevi, ti se zahtjevi moraju zadovoljiti (čl. 23. st. 2.).⁴² Voljni izbor mjerodavnog prava bazira se na sporazumu stranaka, pa je razumljivo da i sam taj sporazum, odnosno njegova valjanost može biti uzrokom sukoba zakona. Pitanje kojem pravi podvrgnuti ocjenu njegove valjanosti riješeno je u čl. 24. st. 1. koji kao mjerodavno određuje pravo na koje se sam izbor odnosi (*lex autonomiae voluntatis*). Međutim, bračni partner se može, radi utvrđivanja da nije dao suglasnost, pozvati na pravo države u kojoj ima uobičajeno boravište u trenutku kada je pred sudom pokrenut postupak ako iz okolnosti proizlazi da ne bi bilo razumno odrediti učinak njegova ponašanja u skladu s pravom navedenim u st. 1. (čl. 24. st. 2.). Ukoliko bračni partneri nisu izabrali mjerodavno pravo, Uredba 2016/1103 u čl. 26. predviđa tri objektivne tačke vezivanja: a) prvo zajedničko uobičajeno boravišta bračnih partnera nakon sklapanja braka ili, u suprotnome; (b) zajedničko državljanstva bračnih partnera u trenutku sklapanja braka ili, u suprotnome; (c) načelo najtješnje veze, odnosno pravo s kojim su bračni partneri zajedno najbliže povezani u trenutku sklapanja braka, uzimajući

⁴² Za formalnu valjanost bračnoimovinskog sporazuma predviđena su ista rješenja kao i za formalnu valjanost sporazuma o izboru mjerodavnog prava (čl. 25.).

u obzir sve okolnosti.⁴³ Europski zakonodavac predvidio je i jedno odstupanje od mjerodavnog prava i to samo iznimno i na zahtjev jednog bračnog partnera. Nadležni sud može odlučiti da bračnoimovinski režim podvrgne pravu države koja nije država prvog zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih partnera ako podnositelj zahtjeva dokaže da su bračni partneri imali posljednje zajedničko uobičajeno boravište u toj drugoj državi tijekom znatno duljeg razdoblja te da su se oba bračna partnera oslanjala na pravo te druge države u uređivanju ili planiranju svojih imovinskih odnosa (čl. 26. st. 3.). Pravo te druge države primjenjuje se od sklapanja braka, osim ako se tome usprotivi jedan bračni partner i ako njegova primjena nema štetan učinak na prava trećih osoba.

Pravom mjerodavnim za bračnoimovinski režim uređuje se, među ostalim, sljedeće: (a) razvrstavanje imovine jednog ili oba bračna partnera po različitim kategorijama tijekom i nakon braka; (b) prijenos imovine iz jedne kategorije u drugu; (c) odgovornost jednog bračnog partnera za obveze i dugove drugog bračnog partnera; (d) ovlasti, prava i obveze jednog ili oba bračna partnera u odnosu na imovinu; (e) razvrgnuće bračnoimovinskog režima te podjela, distribucija ili likvidacija imovine; (f) učinci bračnoimovinskog režima na pravni odnos između bračnog partnera i trećih strana i (g) materijalna valjanost bračnoimovinskog sporazuma (čl. 27.). Međutim, bračni partner se ne može pozvati na ovo pravo protiv treće strane u sporu između treće strane i jednog ili oba bračna partnera osim ako je treća strana znala ili je, postupajući s dužnom pažnjom, trebala znati za to pravo.⁴⁴ Na ovaj način, Uredba 2016/1103 nastoji zaštititi treću savjesnu stranu.

Uredba 2016/1103 sadrži posebne odredbe koje se odnose na norme neposredne primjene i javni poredak kao razloge za odstupanje od primjene mjerodavnog prava. Tako je u čl. 30. propisana primjena normi neposredne primjene sadržanih u pravu države pred čijim se sudom vodi postupak u mjeri u kojoj ih je moguće primijeniti, bez obzira na pravo koje je inače mjerodavno za bračnoimovinski režim. Također, nadležni sud može odstupiti od primjene mjerodavnog prava ako je takva primjena očigledno nespojiva s domaćim javnim poretком (čl. 31.). Isključeno je uzvrćanje i upućivanje na dalje pravo (čl. 32.).

2.4. Priznanje i izvršenje odluka

Uredba 2016/1103 je pri uređenju pitanja priznanja i izvršenja stranih odluka slijedila koncept prihvaćen u postojećim uredbama. Prihvaćen je sistem

43 Ako bračni partneri imaju više od jednog zajedničkog državljanstva u trenutku sklapanja braka, primjenjuju se samo t. (a) i (c) iz stavka 1. (čl. 26. st. 2.).

44 Smatra se da treća strana poznaje pravo mjerodavno za bračnoimovinski režim ako je: (a) to pravo: i. pravo države čije je pravo mjerodavno za transakciju između bračnog partnera i treće strane; ii. pravo države u kojoj bračni partner koji sklapa ugovor i treća strana imaju svoje uobičajeno boravište; ili iii. pravo države u kojoj se nalazi imovina, u slučajevima koji uključuju nepokretnu imovinu; ili (b) jedan bračni partner zadovoljio zahtjeve koji se primjenjuju za objavu ili registraciju bračnoimovinskog režima kako je utvrđeno pravom: i. države čije je pravo mjerodavno za transakciju između bračnog partnera i treće strane; ili ii. države u kojoj bračni partner koji sklapa ugovor i treća strana imaju svoje uobičajeno boravište; ili iii. države u kojoj se nalazi imovina, u slučajevima koji uključuju nepokretnu imovinu (čl. 28. st. 2.).

automatskog priznanja odluka: odluka donesena u nekoj državi članici priznaje se u drugoj državi članici bez potrebe za bilo kakvim posebnim postupkom (čl. 36. st. 1.). Svaka zainteresirana osoba može zahtijevati priznanje te odluke. Predviđena je i mogućnost incidentnog priznanja: ako se pitanje priznanja u jednom sudskom postupku pojavi kao prethodno pitanje, o priznanju može, kao o prethodnom pitanju, odlučivati sud koji odlučuje o glavnom pitanju – čl. 36. st. 3. U čl. 37. Taksativno su navedeni razlozi za odbijanje priznanja strane odluke: a) ako je njezino priznavanje u očiglednoj suprotnosti s javnim poretkom u državi članici u kojoj se zahtijeva priznavanje; (b) ako je donesena jer se tuženik nije upustio u postupak, a nije mu pravodobno dostavljeno pismeno o započinjanju postupka ili istovrijedno pismeno i na način koji mu omogućuje da pripremi svoju odbranu, osim ako tuženik nije započeo postupak za pobijanje odluke kada je za to imao mogućnost; (c) ako je nespojiva s odlukom koja je donesena u postupku između istih stranaka u državi članici u kojoj se zahtijeva priznavanje; (d) ako je nespojiva s ranijom odlukom donesenom u drugoj državi članici ili u trećoj državi o istom predmetu i između istih stranaka, ako ranija odluka ispunjava uvjete potrebne za priznavanje u državi članici u kojoj se zahtijeva priznavanje. Uredbe 2016/1103 sadrži i odredbe koje imaju za cilj ograničiti kontrolu domaćeg suca na minimum, a koje bismo mogli podvesti pod naziv „zabrane suda priznanja“: zabrana naknadne provjere nadležnosti suda države donošenja odluke (čl. 39.) i zabrana revizije iz osnova (čl. 40.). Odluka donesena u jednoj državi članici, koja je u toj državi i izvršna, smatra se izvršnom i u drugim državama članicama, ako je na zahtjev bilo koje zainteresirane strane tamo proglašene izvršnom u skladu s postupkom predviđenim Uredbom 2016/1103 (čl. 42.). Odluka se proglašava izvršnom odmah po zadovoljenju formalnosti navedenih u čl. 45.⁴⁵ bez bilo kakvih provjera iz čl. 37. Stranka protiv koje se zahtijeva izvršenje u toj fazi postupka nema pravo davanja bilo kakvih prigovora na zahtjev (čl. 47.). Uredbom 2016/1103 uređen je i postupak po žalbi na odluku o zahtjevu za proglašenje izvršnom (čl. 49.) i postupak osporavanja odluke po žalbi (čl. 50.).

2.5. Javne isprave i sudske nagodbe

Uredba 2016/1103 se posebno bavi pitanjem priznanja javnih isprava i sudskih nagodbi. U čl. 58. st. 1. i 2. propisano je da javna isprava sastavljena u državi članici ima jednaku dokaznu snagu u drugoj državi članici kao što ima u državi članici porijekla, pod uvjetom da to nije u očiglednoj suprotnosti s javnim poretkom u dotičnoj državi članici te da nije osporena njena vjerodostojnost pred sudovima države članice porijekla prema pravu te države. Bilo kakvo osporavanje pravnih akata ili pravnih odnosa zabilježenih u javnoj ispravi provodi se pred sudovima koji imaju nadležnost na temelju Uredbe 2016/1103 i o njemu se odlučuje prema

45 Čl. 45.: 1. Postupak podnošenja zahtjeva uređuje pravo države članice izvršenja. 2. Podnositelj zahtjeva ne mora imati poštansku adresu ili opunomoćenog zastupnika u državi članici izvršenja. 3. Zahtjevu se prilažu sljedeće isprave: (a) primjerak odluke koji ispunjava uvjete potrebne za utvrđivanje njezine vjerodostojnosti; (b) ovjera koju izdaju sud ili nadležno tijelo države članice porijekla na obrascu uspostavljenom u skladu sa savjetodavnim postupkom iz čl. 67. st. 2., ne dovodeći u pitanje čl. 46.

pravu mjerodavnom prema njenim odredbama (čl. 58. st. 3.). Posebno je regulirana izvršnost javnih isprava. Javne isprave koje su sastavljene i izvršne u jednoj državi članici smatraju se izvršnim i u drugim državama članicama, s tim da sud kojem je podnesena žalba može odbiti donijeti odluku o izvršnosti ili je ukinuti, ako bi izvršnost bila u očitoj suprotnosti s javnim poretkom države u kojoj se izvršenje traži (čl. 59.). Sudska nagodba, izvršiva u državi članici u kojoj je sklopljena, izvršna je i u drugoj državi članici u kojoj se traži njeno izvršenje, na zahtjev zainteresirane osobe i pod istim uvjetima kao da je riječ o javnoj ispravi (čl. 60.).

3. Uredba 2016/1104 – imovinske posljedice registriranih partnerstava

Uredbe 2016/1104 se isključivo bavi imovinskim posljedice registriranih partnerstava i predstavlja značajnu novost.⁴⁶ Njeno donošenje reakcija je na činjenicu da se sve veći broj osoba istog ili različitog spola odlučuje da stupi u neki oblik vanbračne zajednice života. Te zajednice života, u posljednje vrijeme, sve češće sadržavaju strani element. Uslijed pojačane mobilnosti stanovništva unutar Europske unije, sve je veći broj prekograničnih registriranih zajednica, odnosno zajednica života osoba različitog državljanstva ili osoba koje žive u državi čije državljanstvo ne posjeduju. Različitost nacionalnih rješenja dodatno komplicira već složenu situaciju. Stoga je europski zakonodavac, svjestan svih ovih problema, učinio dodatne napore te usvojio, u okviru pojačane suradnje, Uredbu 2016/1104 koja regulira oblast imovinskih posljedica registriranih partnerstava s međunarodnim elementom.

3.1. Područje primjene

Uredbe 2016/1104 se odnosi na imovinskopravne posljedice registriranih partnerstava. Prema čl. 3. st. 1. t. a. „registrirano partnerstvo“ znači režim koji uređuje zajednički život dvoje ljudi koji je predviđen zakonom, čije je registriranje obvezno prema tom zakonu i koji zadovoljava pravne formalnosti koje se zahtijevaju tim zakonom za njegovu uspostavu. Ovo je samo okvirna definicija, dok je bliže određenje pojma „registrirano partnerstvo“ prepušteno nacionalnom zakonodavcu (Preambula 17). Postavljeni okviri daju odgovor na dva pitanja. Prvo, Uredbom 2016/1104 pokrivene su homoseksualne i heteroseksualne registrirane zajednice, čime su uzete u obzir specifičnosti pojedinih pravnih sistema, npr. francuskog i belgijskog, koja registrirana partnerstva definira spolno neutralno.⁴⁷ Također, evropski zakonodavac je eliminirajući različitost spolova kao pretpostavku za stupanje u registriranu zajednicu, želio odrednicu spol ukloniti kao potencijalno diskriminatorni faktor.⁴⁸ Drugo, „jednostavne“ vanbračne zajednice života nisu obuhvaćene Uredbe 2016/1104, čak ni kada su u većoj ili manjoj mjeri zakonski

⁴⁶ U Uredbi 2201/2003 registrirana zajednica isključena je iz polja primjene. Uredba 4/2009 ne spominje posebno registriranu zajednicu, ali se smatra da je obuhvaćena, kako bi se izbjegla diskriminacija. D. Martiny, IPRax, 2011, str. 454.

⁴⁷ Pogledati čl. 48. st. 2. belgijskog zakona o međunarodnom privatnom pravu, Kohler. Ch., Pintens, W., FamRZ 18, 2011., str. 1437.

⁴⁸ Pogledati čl. 21. Povelje Evropske unije o ljudskim pravima, Mitteilung (Fn. 21), str. 7.

regulirane, ali nisu ili ne moraju biti registrirane kod nadležnog državnog organa.⁴⁹ Dakle, rješenja Uredbe 2016/1104 primjenjuju se samo u odnosu na zajednice života registrirane kod državnih organa, što znači da *de facto* zajednice života nisu obuhvaćene. Uredba 2016/1104, međutim, ne daje odgovor na pitanje koje se u pravilu javlja kao prethodno pitanje, a to je pitanje postojanja, valjanosti i priznavanja registriranog partnerstva.⁵⁰ Smatra se da su razlike među državama po ovom pitanju još uvijek značajne, čak bi se moglo reći i nepremostive s obzirom na to da pojedine države članice uopće ne poznaju institut registriranog partnerstva, niti priznaju učinke stranog registriranog partnerstva.⁵¹ S obzirom na ovakvu situaciju, ostaje otvoreno kako riješiti prethodno pitanje valjanosti strane registrirane zajednice. Odgovor bi trebalo potražiti u nacionalnom pravu država članica, uključujući njihova pravila međunarodnog privatnog prava (Preambula 21). Valjanost strane registrirane zajednice cijenila bi se prema kolizionim normama domaćeg foruma, koja se odnose na registriranu zajednicu, npr. čl. 17b njemačkog EGBGB-a.⁵²

Prema čl. 3. st. t. b. „imovinske posljedice registriranog partnerstva” znači skup pravila koja se tiču imovinskih odnosa partnera, između sebe i u njihovim odnosima s trećim stranama, kao rezultat pravnog odnosa stvorenog registriranjem partnerstva ili njegovim raskidom. Obuhvaćeni su, dakle, kako aspekti vezani za svakodnevno upravljanje imovinom partnera, tako i likvidaciju te imovine, a osobito kao rezultat rastave para ili smrti jednog partnera. Opća dejstva registrirane zajednice nisu obuhvaćena ovim Uredbom 2016/1104. Također, iz polja primjene isključene su određene oblasti koje su predmetom drugih već postojećih uredbi, npr. obaveza izdržavanja (Uredba 4/2009), pokloni između partnera (Uredba Rim I), nasljednopravni zahtjevi preživjelog partnera (Uredba 650/2012), ali i druga pitanja kao pravna i poslovna sposobnost partnera, trgovačka društva između partnera i vrste stvarnih prava na predmetu i publicitet tih prava.

49 P. Finger, *Güterrechtliche Rechtsbeziehungen mit Auslandsbezug – geplante Neuregelung durch europ. VO für Lebenspartner bzw. Eheleute, Familie und Recht 1*, 2012, str. 16.

50 U ranijem neobjavljenom prednactu Evropske komisije čitavo jedno poglavlje bavilo se pitanjem „priznanja koncepta registrirane zajednice“. U čl. 3. Prednacta bilo je propisano da se valjano osnovana registrirana zajednica u jednoj državi članici smatra valjanom i proizvodi dejstvo i u svim ostalim državama članicama („A partnership validly registered in a State is considered valid in the Member States“). U st. 2 ovoga člana navedeni su neki razlozi zbog kojih bi se u jednoj državi članici moglo odbiti priznanje strane registrirane zajednice (postojanje ranijeg braka ili registrirane zajednice jednog partnera, srodstvo itd.). Prednact nije ima pretenzije da formira jednu opću kolizionu normu za status registrirane zajednice. H. P. Mansel, K. Thorn, R. Wagner, *Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?*, IPRax, 2011, str. 5.

51 CIEC – Konvencija o priznanju registrirane zajednice od 05. 9. 2007. priznata je samo u Španjolskoj i Portugalu. D. Martiny, *Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrechte sowie für das internationale Güterrechte eingetragener Partnerschaften*, IPRax, 2011, str. 454.

52 AG Münster, Urteil v. 20. 01. 2010, FamRZ, 2010, str. 1580, Isto, IPRax, 2011, str. 269; VG Berlin, Urteil v. 15. 06. 2010, IPRax, 2011, str. 270.

3.2. Nadležnost i postupak

Europski zakonodavac je nastojao, 3usklađivanjem rješenja Uredbe 2016/1104 s onima u Uredbi 650/2012, koncentrirati nadležnost i centralizirati postupak.⁵³ Tako da će sud, nadležan za vođenje ostavinskog postupka (automatski), biti nadležan i za odlučivanje u stvarima imovinskih posljedica registriranog partnerstva povezanim s tim predmetom nasljeđivanja (čl. 4.). Također, sud nadležan za prestanak registrirane zajednice (prema dogovoru stranaka), biti će nadležan i za, s tim povezanim, imovinskopravna pitanja (čl. 5.). Nadležnost u ostalim slučajevima, propisana čl. 6., dolazi u obzir kada se nadležnost ne može zasnovati primjenom ranije spomenutih čl. 4. i 5. Čl. 6. navodi više kriterija za zasnivanje međunarodne nadležnosti. Kao primarni kriterij javlja se zajedničko uobičajeno boravište partnera u trenutku pokretanja postupka pred sudom (čl. 6. st. 1. t. a). Slijede posljednje zajedničko uobičajeno boravište partnera ako jedan od njih još uvijek tamo boravi u trenutku pokretanja postupka pred sudom, uobičajeno boravište protustranke u trenutku pokretanja postupka pred sudom i zajedničko državljanstvo partnera u trenutku pokretanja postupka pred sudom (čl. 6. st. 1. t. b., c. i d.). U krajnjoj liniji, može biti nadležan sud države u kojoj je uspostavljeno registrirano partnerstvo (čl. 5. st. 1. t. e.). Mjesto uspostavljanja registriranog partnerstva kao kriterij dolazi u obzir posebno u situacijama kada su se sudovi u drugim državama članicama oglasili nenadležnim jer njihovo pravo ne poznaje institut registriranog partnerstva. Naime, ako pravni sistem države članice kojoj sud pripada ne poznaje institut registrirano partnerstvo, sud nadležan prema spomenutim kriterijima može se oglasiti nenadležnim (čl. 9.). U ovom slučaju govorimo o alternativnoj nadležnosti, koja je kreirana s namjerom da Uredbi 2016/1103 pristupe što veći broj država članica, uključujući i one koje pravno ne uređuju registrirana partnerstva. Na ovaj način, država članica nije „prisiljena“ odlučivati o imovinskim posljedicama proisteklim iz registriranog partnerstva koje ne priznaje. Uredbom 2016/1104 omogućen je sporazumni izbor nadležnog suda, ali je sloboda ugovaranja ograničena na sud države članice čije je pravo mjerodavno na temelju čl. 22. ili 26. st. 1. ili sud države članice prema čijem pravu je registrirano partnerstvo uspostavljeno (čl. 7.). Osim navedenih kriterija, nadležan je sud države članice čije je pravo mjerodavno na temelju spomenutih članova, a pred kojim se tuženik upusti u postupak (čl. 8.). To pravilo ne vrijedi ako se tuženik upustio u postupak kako bi osporio nadležnost ili u slučajevima obuhvaćenima čl. 4. Ukoliko se na osnovu spomenutih članova ne može zasnovati nadležnost suda u državi članici, primjenjuju se kriterij za supsidijarnu nadležnost: mjesto nalaženja imovine jednog ili obaju partnera - nadležni sud tada odlučuje samo o toj imovini (čl. 10.). Uredba 2016/1104 propisuje i nadležnost iz nužde (*forum necessitatis*) u situaciji kada ni jedan od navedenih članova nije „upotrebljiv“. Dakle, ako se nadležnost u državi članici ne može zasnovati na nekom od naprijed navedenih kriterija, sud jedne države članice može, izuzetno, odlučivati o imovinskim posljedicama registriranih partnerstava, ako je činjenična situacija dovoljno povezana s dotičnom državom, a pokaže se da bi vođenje postupka u trećoj državi bilo nemoguće ili nerazumno (čl.

⁵³ M. Melcher, Ein einheitliches Güterkollisionsrecht der EU, iFamZ, 2011, str. 221.

11.). Predmet mora u dovoljnoj mjeri biti povezan s državom članicom suda pred kojim je pokrenut postupak.

Uredba 2016/1104 sadrži i odredbe koje se tiču samog postupka i kojima se nastoji ukloniti problem donošenja dvaju nespojivih odluka u dvije države članice. Radi se o odredbama koje se odnose na pokretanje postupka – čl. 14., ispitivanje nadležnosti – čl. 15., ispitivanje dopustivosti – čl. 16., dvostruka međunarodna litispendencija – čl. 17., povezani postupci – čl. 18. i privremen mjere – čl. 19.

3.3. Mjerodavno pravo

Uredba 2016/1104 polazi od načela univerzalnosti i jedinstva mjerodavnog prava te stavlja akcenat na voljni izbor mjerodavnog prava. Mjerodavno pravo primjenjuje se bez obzira na to je li to pravo države članice (čl. 20.) i primjenjuje se na svu imovinu koja podliježe tom režimu, bez obzira na to gdje se ta imovina nalazi (čl. 21.). Pravo izbora mjerodavnog prava⁵⁴ je ograničeno te partneri ili budući partneri mogu sporazumno odrediti ili promijeniti pravo mjerodavno za imovinske posljedice svojeg registriranog partnerstva, pod uvjetom da to pravo institutu registriranog partnerstva pridaje imovinske posljedice i da se radi o jednom od sljedećih prava: (a) pravo države u kojoj partneri ili budući partneri ili jedan partner ima uobičajeno boravište u trenutku kada je sporazum sklopljen; (b) pravo države čije državljanstvo ima jedan od partnera ili budućih partnera u trenutku kada je sporazum sklopljen; ili (c) pravo države prema čijem pravu je registrirano partnerstvo uspostavljeno (čl. 22. st. 1.). Promjena prava mjerodavnog za imovinske posljedice registriranog partnerstva djeluje tek u budućnosti, osim ako se partneri drukčije dogovore (čl. 22. st. 2.). Važno je napomenuti da svaka retroaktivna promjena mjerodavnog prava ne smije imati štetan učinak na prava trećih strana koja proizlaze iz tog prava (čl. 22. st. 3.). Sporazum o izboru mjerodavnog prava mora biti sastavljen u pisanom obliku, datiran i potpisan od partnera, s tim da vrijedi i svaka komunikacija elektroničkim sredstvima koja osigurava trajni zapis sporazuma (čl. 23. st. 1.). Pored spomenutih, traže se i dodatni zahtjevi vezani za formu sporazuma: Ako su pravom države članice u kojoj partneri imaju uobičajeno boravište u trenutku sklapanja sporazuma predviđeni dodatni formalni zahtjevi, ti se zahtjevi moraju zadovoljiti (čl. 23. st. 2.).⁵⁵ Pitanje valjanosti sporazuma o izboru mjerodavnog prava cijeni se prema pravu na koje se sam izbor odnosi (*lex autonomiae voluntatis*), s tim da se partner može, radi utvrđivanja da nije dao suglasnost, pozvati na pravo države u kojoj ima uobičajeno boravište u trenutku kada je pred sudom pokrenut (čl. 24.). U slučaju da partneri nisu izabrali mjerodavno pravo, imovinske posljedice registriranih partnerstava vezuju se za državu registracije – princip registracije (čl. 26. st. 1.). Koristi se objektivna tačka vezivanja – pravo države u kojoj je izvršena registracija,

⁵⁴ Prijedlogom Uredbe nije bila predviđena mogućnost voljnog izbora mjerodavnog prava što je, prema nekim autorima, bilo za žaljenje. D. Martiny, Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrechte sowie für das internationale Güterrechte eingetragener Partnerschaften, IPRax, 2011, str. 456.

⁵⁵ Za formalnu valjanost bračnoimovinskog sporazuma predviđena su ista rješenja kao i za formalnu valjanost sporazuma o izboru mjerodavnog prava (čl. 25.).

koja je uglavnom prihvaćena i u nacionalnim sistemima država članica.⁵⁶ Iznimno i na zahtjev jednog partnera nadležni sud može odlučiti da imovinske posljedice registriranog partnerstva uređuje pravo države koja nije država registracije ako njeno pravo institutu registriranog partnerstva pridaje imovinske posljedice i ako podnositelj zahtjeva dokaže da su partneri imali posljednje zajedničko uobičajeno boravište u toj drugoj državi tijekom dužeg razdoblja i da su se oba partnera oslanjala na pravo te druge države u uređivanju ili planiranju svojih imovinskih odnosa (čl. 26. st. 2.). Pravom mjerodavnim za imovinske posljedice registriranog partnerstva uređuje se, između ostalog, sljedeće: (a) razvrstavanje imovine jednog ili oba partnera po različitim kategorijama tijekom i nakon registriranog partnerstva; (b) prijenos imovine iz jedne kategorije u drugu; (c) odgovornost jednog partnera za obveze i dugove drugog partnera; (d) ovlasti, prava i obveze jednog ili oba partnera u odnosu na imovinu; (e) podjela, distribucija ili likvidacija imovine nakon raskida registriranog partnerstva; (f) učinci imovinskih posljedica registriranog partnerstva na pravni odnos između partnera i trećih strana i (g) materijalna valjanost sporazuma o imovini partnerstva (čl. 27.). Međutim, partner se ne može pozvati na ovo pravo protiv treće strane u sporu između treće strane i jednog ili oba partnera osim ako je treća strana znala ili je, postupajući s dužnom pažnjom, trebala znati za to pravo.⁵⁷ Na ovaj način, Uredba 2016/1103 nastoji zaštititi treću savjesnu stranu.

Uredba 2016/1104 sadrži pravila koja se odnose na norme neposredne primjene i na institut javnog poretka. U čl. 30. dana je prednost normama neposredne primjene u odnosu na pravo mjerodavno prema odredbama Uredbe 2016/1104. Radi se o normama čije je uvažavanje za državu članicu od odlučujućeg značaja za održavanje javnog interesa, posebno političkog, socijalnog i ekonomskog sistema. Država članica, zahvaljujući ovoj odredbi, može odbiti primjenu stranog mjerodavnog prava u korist svojih domaćih pravila. Pozivanje na javni poredak, kao razloga za odstupanje od primjene mjerodavnog prava, moguće je samo ako je pravo mjerodavno prema odredbama Uredbe 2016/1104 očigledno nespojivo s domaćim javnim poretkom (čl. 31.).⁵⁸ Kao i u drugim uredbama, naglašen je restriktivni karakter ove odredbe – primjenjuje se samo izuzetno i to kada postoji očigledna nespojivost.⁵⁹ Uredbom

56 Takvo rješenje prihvaćeno je u čl. 60. belgijskog ZMPP-a.

57 Smatra se da treća strana poznaje pravo mjerodavno za imovinske posljedice registriranog partnerstva ako je: (a) to pravo: i. pravo države čije je pravo mjerodavno za transakciju između partnera i treće strane; ii. pravo države u kojoj partner koji sklapa ugovor i treća strana imaju svoje uobičajeno boravište ili iii. pravo države u kojoj se nalazi imovina, u slučajevima koji uključuju nepokretnu imovinu; ili (b) jedan partner zadovoljio zahtjeve koji se primjenjuju za objavu ili registraciju imovinskih posljedica registriranog partnerstva kako je utvrđeno pravom: i. države čije je pravo mjerodavno za transakciju između partnera i treće strane; ii. države u kojoj partner koji sklapa ugovor i treća strana imaju svoje uobičajeno boravište ili iii. države u kojoj se nalazi imovina, u slučajevima koji uključuju nepokretnu imovinu (čl. 28. st. 2.).

58 Budući da institut registriranog partnerstva nije predviđen u svim državama članicama, sudovi države članice čijim pravom nije predviđen institut registriranog partnerstva možda se iznimno trebaju proglasiti nenadležnima na temelju ove Uredbe. U takvom slučaju sudovi djeluju brzo, a dotična stranka trebala bi imati mogućnost predmet podnijeti na rješavanje u bilo kojoj drugoj državi članici koja ima poveznicu kojom joj se daje nadležnost, neovisno o redoslijedu tih osnova za nadležnost, istodobno poštujući autonomiju stranaka. (Preambula 36).

59 Međutim, sudovi ili druga nadležna tijela ne bi se smjela pozvati na institut javnog poretka kako bi

2016/1104 isključena je primjenu instituta *renvoi*, odnosno uzvratanja i upućivanja na dalje pravo: pod mjerodavnim pravom podrazumijeva se materijalno pravo države članice bez primjene njenih kolizionih normi (čl. 31.).

3.4. Priznanje i izvršenje odluka

Rješenja o priznanju i izvršenju odluka o imovinskopравnim odnosima osoba u registriranom partnerstvu slijede koncept prihvaćen u ranijim uredbama. Odluka se definira kao svaka odluka, (presuda, rješenje, izvršni naslov), koju je donio sud države članice, a odnosi se na imovinske posljedice registriranih partnerstava (čl. 3. st. 1. t. e.). Odluka donesena u jednoj državi članici priznat će se u drugim državama članicama, bez vođenja posebnog postupka priznanja – čl. 36. st. 1. Uredba 2016/1104, dakle, prihvaća sistem automatskog priznanja odluka koje rješavaju imovinskopравne odnose osoba u registriranom partnerstvu. Ako postoji potreba ili interes da se donese pravosnažna odluka o priznanju, svaka zainteresirana stranka može pokrenuti sudski postupak za utvrđenje, shodno odredbama (čl. 34.–57.) Uredbe (čl. 36. st. 2.). Također, predviđena je mogućnost incidentnog priznanja: ako se pitanje priznanja u jednom sudskom postupku pojavi kao prethodno pitanje, o priznanju može, kao o prethodnom pitanju, odlučivati sud koji odlučuje o glavnom pitanju (čl. 36. st. 3.). Uredba 2016/1104 sadrži krajnje restriktivnu odredbu koja predviđa mogućnost da se odbije priznanje strane odluke ukoliko postoji jedan od taksativno nabrojanih razloga. Ti su razlozi sljedeći: a) ako je njezino priznavanje u očiglednoj suprotnosti s javnim poretком u državi članici u kojoj se zahtijeva priznavanje; (b) ako je donesena jer se tuženik nije upustio u postupak, a nije mu pravodobno dostavljeno pismeno o započinjanju postupka ili istovrijedno pismeno i na način koji mu omogućuje da pripremi svoju obranu, osim ako tuženik nije započeo postupak za pobijanje odluke kada je za to imao mogućnost; (c) ako je nespojiva s odlukom koja je donesena u postupku između istih stranaka u državi članici u kojoj se zahtijeva priznavanje; (d) ako je nespojiva s ranijom odlukom donesenom u drugoj državi članici ili u trećoj državi o istom predmetu i između istih stranaka, ako ranija odluka ispunjava uvjete potrebne za priznavanje u državi članici u kojoj se zahtijeva priznavanje (čl. 37.). Uredbe 2016/1104 sadrži i odredbe koje imaju za cilj ograničiti kontrolu domaćeg suca na minimum, a koje bismo mogli podvesti pod naziv „zabrane suda priznanja“: zabrana naknadne provjere nadležnosti suda države donošenja odluke – čl. 39. i zabrana revizije iz osnova – čl. 40.⁶⁰ Uredbom 2016/1104 određuje se jedinstven postupak za sve države članice za pitanje proglašenja odluke izvršnom. Odluka donesena u jednoj državi članici,

zanemarili primjenu prava druge države ili, ..., kada bi takvo postupanje bilo u suprotnosti s Poveljom Europske unije o temeljnim pravima („Povelja“), a posebno njezinim čl. 21. o načelu nediskriminacije (Preambula 53).

60 Prijedlog Uredbe sadržavao je i jednu odredbu koja se javlja kao posljedica materijalnopравnih razlika u pogledu uređenja registrirane zajednice među državama članicama. Priznanje i izvršenje odluke ili dijela odluke o imovinskopравnim aspektima registrirane zajednice ne može se odbiti samo zato što država članica ne poznaje institut registrirane zajednice ili ne propisuje ista imovinskopравna dejstva – čl. 24.

koja je u toj državi i izvršna, smatra se izvršnom i u drugim državama članicama, ako je na zahtjev bilo koje zainteresirane strane tamo proglašene izvršnom u skladu s postupkom predviđenim Uredbom 2016/1104 (čl. 42.). Odluka se proglašava izvršnom odmah po zadovoljenju formalnosti navedenih u čl. 45.⁶¹ bez bilo kakvih provjera iz čl. 37. Stranka protiv koje se zahtijeva izvršenje u toj fazi postupka nema pravo davanja bilo kakvih prigovora na zahtjev (čl. 47.). Uredbom 2016/1104 uređen je i postupak po žalbi na odluku o zahtjevu za proglašenje izvršnom (čl. 49.) i postupak osporavanja odluke po žalbi (čl. 50.).

3.5. Javne isprave i sudske nagodbe

Uredba 2016/1104 posebno uređuje pitanje priznanja javnih isprava i sudskih nagodbi. U čl. 58. st. 1. i 2. propisano je da javna isprava sastavljena u državi članici ima jednaku dokaznu snagu u drugoj državi članici kao što ima u državi članici porijekla pod uvjetom da to nije u očiglednoj suprotnosti s javnim poretkom u dotičnoj državi članici te da nije osporena njena vjerodostojnost pred sudovima države članice porijekla prema pravu te države. Bilo kakvo osporavanje pravnih akata ili pravnih odnosa zabilježenih u javnoj ispravi provodi se pred sudovima koji imaju nadležnost na temelju Uredbe 2016/1104 i o njemu se odlučuje prema pravu mjerodavnom prema njenim odredbama (čl. 58. st. 3.). Posebno je regulirana izvršnost javnih isprava. Javne isprave koje su sastavljene i izvršne u jednoj državi članici smatraju se izvršnim i u drugim državama članicama, s tim da sud kojem je podnesena žalba može odbiti donijeti odluku o izvršnosti ili je ukinuti, ako bi izvršnost bila u očitoj suprotnosti s javnim poretkom države u kojoj se izvršenje traži (čl. 59.). Sudska nagodba, izvršiva u državi članici u kojoj je sklopljena, izvršna je i u drugoj državi članici u kojoj se traži njeno izvršenje, na zahtjev zainteresirane osobe i pod istim uvjetima kao da je riječ o javnoj ispravi (čl. 60.).

4. Zaključna razmatranja

Za bračne i registrirane partnere, koji posjeduju različito državljanstvo ili imaju prebivalište u državi čije državljanstvo ne posjeduju ili tu imaju svoju imovinu, značaj Uredbe 2016/1103 i Uredbe 2016/1104 jeste nemjerljiv. Unificiranim pravilima međunarodnog privatnog prava u oblasti imovinskopravnih odnosa bračnih i registriranih partnera nastoji se ukloniti još uvijek prisutna ograničenja za građane koji svoja prava uživaju unutar europskog pravnog prostora. Ovim Uredbama želi se: izbjeći vođenja paralelnih postupaka i primjena različitih materijalnih pravila o imovinskopravnim odnosima; olakšati priznanje i izvršenje odluka koje se odnose na imovinskopravne aspekte u bračnoj i registriranoj zajednici; dati mogućnost

61 Čl. 45.: 1. Postupak podnošenja zahtjeva uređuje pravo države članice izvršenja. 2. Podnositelj zahtjeva ne mora imati poštansku adresu ili opunomoćenog zastupnika u državi članici izvršenja. 3. Zahtjevu se prilažu sljedeće isprave: (a) primjerak odluke koji ispunjava uvjete potrebne za utvrđivanje njezine vjerodostojnosti; (b) ovjera koju izdaju sud ili nadležno tijelo države članice porijekla na obrascu uspostavljenom u skladu sa savjetodavnim postupkom iz čl. 67. st. 2., ne dovodeći u pitanje čl. 46.

izbora mjerodavnog prava, odnosno odrediti isto u nedostatku izbora; te omogućiti parovima da sva pravna pitanja, koja su u vezi s određenim slučajem, rješava jedan isti sud. Usvojene Uredbe na ovaj način unaprijedile bi slobodno kretanje ljudi u Europskoj uniji i slobodno kretanje odluka u europskom pravnom prostoru. Kao i drugi instrumenti komunitarizacije, rješenja Uredbi trebala bi doprinijeti pravnoj sigurnosti, predvidljivosti i fleksibilnosti koja je i više nego poželjna u ovoj oblasti zbog različitih materijalnih rješenja u državama članicama i s tim u vezi opasnosti od šepajućih pravnih poslova. U kojoj mjeri je europski zakonodavac bio uspješan pokazat će praksa nacionalnih sudova, koji budu primjenjivali rješenja Uredbe 2016/1103, odnosno Uredbe 2016/1104.

Dr. sc. Anita Duraković, Associate Professor
Faculty of Law, University of „Džemal Bijedić“ Mostar

INTERNATIONAL PROPERTY RELATIONS IN A MARRIAGE AND REGISTERED PARTNERSHIP IN THE EUROPEAN UNION

Summary

By adopting Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, and Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, the application of unique rules will simplify decision-making process in matters of property relations of a married and registered unions with international element, in Member States participating in increased cooperation. It is also expected the application of other European Union acts in the area of European international family law on divorce and custody procedures to be simplified. Given that Bosnia and Herzegovina has a duty to harmonize its legislation with the legislation of European Union, it is important to emphasize their importance and become familiarized with the content of both Regulations.

Key words: matrimonial property regimes, property consequences of registered partnerships, applicable law, jurisdiction, recognition and enforcement.

Dr. sc. Slađana Aras Kramar, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UREDBA (EU) BR. 650/2012 O NASLJEĐIVANJU: O PRIZNANJU ODNOSNO PRIHVAĆANJU I IZVRŠENJU ODLUKA, JAVNIH ISPRAVA I SUDSKIH NAGODBI TE EUROPSKOJ POTVRDI O NASLJEĐIVANJU

Sloboda kretanja unutar Europske unije (EU) dovodi do situacija da se sve veći broj osoba kreće iz jedne države članice u drugu radi zaposlenja ili života nakon umirovljenja, a što posljedično često može rezultirati odnosno rezultira time da su građani EU-a vlasnici imovine u različitim državama članicama. U slučaju smrti tih osoba otvaraju se brojna nasljednopravna pitanja s prekograničnim elementom. 4. 7. 2012. godine stoga je donesena Uredba br. 650/2012 o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju (SL EU, L 201, 27. 7. 2012.).

U radu će se analizirati i raspraviti otvorena pitanja uz Uredbu br. 650/2012 o nasljeđivanju, i to njezina pravila o priznanju ili, ako je to slučaj, prihvaćanju odluka, javnih isprava i sudskih nagodbi u nasljednim stvarima te izdavanju, sadržaju i učincima Europske potvrde o nasljeđivanju.

Ključne riječi: nasljeđivanje s prekograničnim elementom, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju, priznanje i izvršenje odluka o nasljeđivanju, Europska potvrda o nasljeđivanju, postupak.

1. Uvod

Sloboda kretanja unutar Europske unije (u daljnjem tekstu: EU) dovodi do situacija da se sve veći broj osoba kreće iz jedne države članice u drugu radi zaposlenja ili života nakon umirovljenja, a što posljedično često može rezultirati odnosno rezultira time da su građani EU-a vlasnici imovine u različitim državama članicama. Tomu treba pridodati i sklapanje brakova među građanima EU-a koji su državljani različitih država članica ili njihovu prisutnost u državi članici koja nije država njihova državljanstva. U slučaju smrti tih osoba otvaraju se brojna nasljednopravna pitanja s prekograničnim elementom. Budući da europsko stanovništvo stari, problem je tim izraženiji.¹

¹ Ocjenjeno je da otprilike 4,5 milijuna osoba umire svake godine u EU, a što obuhvaća imovinu u ukupnoj vrijednosti od 646 milijarde EUR godišnje. Osim toga, izneseno je da se razumno može pretpostaviti da otprilike 9-10 % nasljeđivanja od ukupnog broja (dakle, cca 450.000 slučajeva) uključuje međunarodno obilježje, a na što otpada imovina u ukupnoj vrijednosti od 123,3 milijarde EUR godišnje. Commission of the European Communities, *Commission Staff Working Document, Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applica-*

4. 7. 2012. godine stoga je donesena Uredba br. 650/2012 o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju.² Donošenju Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju prethodile su dugotrajne aktivnosti te konzultacije unutar EU-a na ovom području. Ideja šireg prihvaćanja te ratifikacije Haških instrumenata među državama članicama, naime, očito se nije pokazala uspješnom.³ Prihvaćanje europskog instrumenta na području nasljeđivanja već je bilo određeno kao prioritet u „Bečkom akcijskom planu“ iz 1998. godine,⁴ a što je konkretizirano u programu nazvanom „Haški program: jačanje slobode, sigurnosti i pravde u Europskoj uniji“ donesenom na zasjedanju Europskog vijeća u Bruxellesu 4. i 5. studenoga 2004. godine.⁵ Tim je Programom istaknuta potreba donošenja europskog instrumenta koji bi se odnosio na pitanja mjerodavnog prava u nasljednim stvarima, uključujući i pitanja nadležnosti, uzajamnog priznavanja i izvršavanja odluka o nasljeđivanju, kao i kreiranja Europske potvrde o nasljeđivanju. Potom je uslijedio „Stockholmski program – otvorena i sigurna Europa u službi i zaštiti građana“.⁶ Stockholmski program donijelo je Europsko vijeće na sastanku u Bruxellesu 10. i 11. prosinca 2009. godine, a u cilju, među ostalim, širenja načela uzajamnog priznavanja na područje nasljeđivanja i oporuka uzimajući u obzir pravne sustave država članica, uključujući i javni poredak. Komisija je objavila 1. ožujka 2005.

ble law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and of the introduction of a European Certificate of Succession, Summary of the Impact Assessment, SEC(2009) 411 final, Brussels, 14. 10. 2009., [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2009/0411/COM_SEC\(2009\)0411_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2009/0411/COM_SEC(2009)0411_EN.pdf) (18. 1. 2018.), str. 4.

2 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of successions and on the creation of a European Certificate of Succession, SL EU, L 201, 27. 7. 2012., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012R0650> (19. 1. 2018.) (u daljnjem tekstu: Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju; Uredba br. 650/2012; Uredba). Napomena: u radu se koristi pojam „izvršenje“ i njegove izvedenice budući da je to pojam koji se koristi i u službenom prijevodu Uredbe na hrvatski jezik. Osim toga, to je termin koji se koristi u pravnim sustavima Bosne i Hercegovine.

3 Donesene su sljedeće konvencije na ovom području: Haška konvencija od 5. listopada 1961. o mjerodavnom pravu za oblik oporučnih raspolaganja, stupila na snagu 5. siječnja 1964., <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=40> (19. 1. 2018.), Haška konvencija od 2. listopada 1973. o međunarodnom upravljanju imovinom umrlih osoba, stupila na snagu 1. srpnja 1993., <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=83> (19. 1. 2018.), Haška konvencija od 1. srpnja 1985. o mjerodavnom pravu za *trust* i o njegovu priznanju, stupila na snagu 1. siječnja 1992., <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59> (19. 1. 2018.), Haška konvencija od 1. kolovoza 1989. o mjerodavnom pravu za nasljeđivanje imovine umrlih osoba, nije još stupila na snagu, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=62> (19. 1. 2018.).

4 *Vienna Action Plan* od 3. prosinca 1998., SL EU, C 19, 23. 1. 1999., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999Y0123%2801%29> (19. 1. 2018.).

5 *The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union*, SLEU, C 53, 3. 2005., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52005XG0303%2801%29> (22. 1. 2018.).

6 *The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens*, SL EU, C 115, 4. 5. 2010., <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/EU-framework/EUframeworkgeneral/The%20Stockholm%20Programme%202010/Stockholm-Programme-2010-EN.pdf> (22. 1. 2018.).

godine „Zelenu knjigu o nasljeđivanju i oporukama“ koja je sadržavala upitnik koji se odnosio na načela i pravila mjerodavnog prava, uključujući i pravila o nadležnosti te priznavanju i izvršavanju odluka o nasljeđivanju, a koje je trebalo uzeti u obzir prilikom izrade novog europskog instrumenta.⁷ Uz to, Njemački javnobilježnički institut u rujnu/studenom 2002. godine izradio je opsežnu studiju o mjerodavnom pravu u nasljednim stvarima u EU.⁸ 2009. godine objavljen je Prijedlog Uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju.⁹ Pritom je *Max Planck* institut za komparativno i međunarodno privatno pravo izradio opsežan komentar toga Prijedloga Uredbe o nasljeđivanju, s prijedlozima za izmjene i dopune.¹⁰

Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju sadrži odredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju ili, ako je to slučaj, prihvaćanju, izvršivosti i izvršenju odluka, javnih isprava i sudskih nagodbi u nasljednim stvarima te o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju. Cilj je, naime, Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju olakšati pravilno funkcioniranje unutarnjeg tržišta uklanjanjem prepreka slobodnom kretanju osoba koje se trenutačno susreću s poteškoćama u ostvarivanju svojih prava u kontekstu nasljeđivanja koje ima prekogranični element. Uz to, građani EU-a moraju imati mogućnost unaprijed organizirati svoje nasljeđivanje te je potrebno učinkovito zaštititi prava nasljednika i legataru,¹¹ drugih osoba bliskih umrloj osobi te vjerovnika ostavine (t. 7., t. 80. Preambule Uredbe). Pritom je potrebno istaknuti da je Uredba br. 650/2012 prihvatila načelo jedinstva ostavine, odnosno, radi pravne sigurnosti i izbjegavanja fragmentacije u nasljeđivanju, mjerodavno pravo prema Uredbi br. 650/2012 o nasljeđivanju trebalo bi urediti nasljeđivanje u cijelosti, svu imovinu

7 *Green Paper on Succession and Wills*, COM(2005) 65 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52005DC0065> (22. 1. 2018.).

8 Deutsches Notarinstitut, *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*, Würzburg, 18. 9./8. 11. 2002., http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf (22. 1. 2018.).

9 *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and the creation of a European Certificate of Succession*, COM(2009) 154 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52009PC0154> (22. 1. 2018.) (u daljnjem tekstu: Prijedlog Uredbe o nasljeđivanju).

10 Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession*, Hamburg, 26. 3. 2010., <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf> (22. 1. 2018.).

11 U objavljenom službenom prijevodu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju na hrvatski jezik koriste se pojmovi „legatar“ odnosno „legat“ (v. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0650&from=EN> (22. 1. 2018.)). Treba napomenuti da je u Zakonu o nasljeđivanju Republike Hrvatske (Narodne novine RH, br. 48/03, 163/03, 35/05 – v. čl. 1164. st. 1. Zakona o obveznim odnosima, 127/13, 33/15) zakonski pojam i „zapisovnik“ odnosno „zapis“. U radu će se koristiti terminologija objavljenog službenog prijevoda Uredbe br. 650/2012.

koja čini ostavinu, bez obzira na vrstu imovine i na to je li imovina smještena u drugoj državni članici ili u trećoj državi (t. 37. Preambule Uredbe).

Radi ispravne te ujednačene primjene Uredbe br. 650/2012 donesena je i Provedbena uredba Komisije (EU) br. 1329/2014 od 9. prosinca 2014. o uspostavi obrazaca iz Uredbe (EU) br. 650/2012 o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju¹² koja sadrži obrasce za ovjeru odluke o nasljeđivanju, odnosno sudske nagodbe i javne isprave u nasljednim stvarima, kao i zahtjeva te Europske potvrde o nasljeđivanju.

U radu će se analizirati i raspraviti otvorena pitanja uz Uredbu br. 650/2012 o nasljeđivanju, i to njezina pravila o priznanju ili, ako je to slučaj, prihvaćanju odluka, javnih isprava i sudskih nagodbi u nasljednim stvarima te izdavanju, sadržaju i učincima Europske potvrde o nasljeđivanju (u daljnjem tekstu: Potvrda). Analizi i raspravi o priznanju odnosno prihvaćanju i izvršenju odluka, javnih isprava i sudskih nagodbi u nasljednim stvarima te o Potvrdi prethodi analiza materijalnog, teritorijalnog i vremenskog područja primjene Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju. Osim toga, sumarno će se prikazati i odredbe Uredbe br. 650/2012 o nadležnosti i mjerodavnom pravu.

2. Materijalno, teritorijalno i vremensko područje primjene

U odnosu na materijalno područje primjene, Uredba br. 650/2012 primjenjuje se na sve građanskopravne aspekte nasljeđivanje za slučaj smrti (čl. 1. st. 1. reč. 1. Uredbe), točnije, na sve oblike prijenosa imovine, prava i obveza za slučaj smrti, bilo dobrovoljnim prijenosom raspolaganjem imovinom za slučaj smrti, bilo prijenosom zakonskim nasljeđivanjem (čl. 3. st. 1. a) Uredbe). Uredbom je, dakle, prihvaćen široki koncept pojma nasljeđivanja.¹³ S druge strane, Uredba se ne primjenjuje na porezne, carinske ili upravne stvari javnoga prava (čl. 1. st. 1. reč. 2. Uredbe).¹⁴

Osim toga, izrijekom su isključenje sljedeće stvari iz područja primjene Uredbe: (a) status fizičkih osoba, kao i obiteljski odnosi i odnosi za koje se prema pravu mjerodavnom za te odnose smatra da imaju usporedive učinke; (b) pravna i

12 Commission Implementing Regulation (EU) No 1329/2014 of 9 December 2014 establishing the Forms referred to in Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, SL EU, L 359, 16. 12. 2014., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32014R1329> (22. 1. 2018.) (u daljnjem tekstu: Provedbena uredba br. 1329/2014).

13 Treba, međutim, primijetiti da se Uredba br. 650/2012 ne primjenjuje na formalnu valjanost usmenih raspolaganja imovinom za slučaj smrti (čl. 1. st. 2. f) Uredbe).

14 Nacionalno pravo države članice stoga određuje obračun i plaćanje poreza i ostale obveze javnopravne prirode, posebice jesu li to porezi koje je trebao platiti umrli u trenutku smrti ili neka vrsta poreza na nasljeđivanje kojeg treba platiti iz ostavine ili kojega trebaju platiti nasljednici. Osim toga, nacionalno pravo države članice određuje može li se predaja imovine nasljednicima u skladu s Uredbom ili upis promjena u odgovarajuće upisnike, poput zemljišnih knjiga, učiniti ovisnim o plaćanju poreza (v. t. 10. Preambule Uredbe).

poslovna sposobnost¹⁵ fizičkih osoba, osim posebni oblici te sposobnosti na području nasljednog prava;¹⁶ (c) pitanja nestanka, odsutnosti i presumirane smrti fizičke osobe; (d) pitanja režima bračne stečevine i imovinskih režima odnosa za koje se prema pravu mjerodavnom za te odnose smatra da imaju usporedive učinke kao brak; (e) obveze uzdržavanja, osim onih koje nastaju za slučaj smrti; (f) formalna valjanost usmenih raspolaganja imovinom za slučaj smrti;¹⁷ (g) imovinska prava i koristi koji nastaju ili se prenose na drugi način koji nije nasljeđivanje, poput darovanjem, putem zajedničkog vlasništva s pravom prelaska na preživjele osobe, planova umirovljenja, ugovora o osiguranju i sličnih ugovora, ne dovodeći u pitanje obveze vraćanja ili obračunavanja darova, predujmova ili legata prilikom utvrđivanja nasljednih dijelova, a na koje bi se primjenjivalo pravo mjerodavno za nasljeđivanje prema Uredbi (t. 14. Preambule Uredbe, čl. 23. st. 2. i) Uredbe); (h) pitanja koja uređuje pravo trgovačkih društava i drugih tijela s pravnom osobnošću ili bez nje, poput klauzula u osnivačkim aktima i statutima trgovačkih društava i drugih tijela s pravnom osobnošću ili bez nje koji određuju što će biti s udjelima u slučaju smrti članova; (i) likvidacija, brisanje ili spajanje trgovačkih društava i drugih tijela s pravnom osobnošću ili bez nje; (j) uspostava, upravljanje i likvidacija zaklada (*trusts*);¹⁸ (k) priroda stvarnih prava;¹⁹ te (l) bilo koje upisivanje u upisnik prava na nepokretnoj i pokretnoj imovini, uključujući zahtjeve za takav upis te učinke upisa ili propust da se zahtjeva upis takvih prava u upisnik (čl. 1. st. 2. Uredbe).

Treba primijetiti da su iz područja primjene Uredbe isključenja pitanja postojanja braka ili drugih obiteljskih odnosa, ili pak odnosa koje prema pravu mjerodavnom za te odnose imaju usporedive učinke. Ako bi se u konkretnom slučaju pred nadležnim tijelom države članice pojavilo koje od tih pitanja (najčešće vezano uz prvi nasljedni red), onda bi ih nadležno tijelo rješavalo prema pravilima o prethodnom pitanju

15 U službenom prijevodu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju na hrvatski jezik pojam „legal capacity“ preveden je (samo) kao „pravna sposobnost“. Ovdje se, međutim, ne bi radilo o „pravnoj“ već „poslovnoj“ sposobnosti.

16 Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju primjenjuje se na sposobnost nasljeđivanja (čl. 23. st. 2. c) Uredbe) te sposobnost osobe koja raspolaže imovinom za slučaj smrti za takvo raspolaganje, kao i na posebne razloge zabrane osobi koja raspolaže za slučaj smrti na takvo raspolaganje u korist određenih osoba ili osobi stjecanje ostavine od osobe koja raspolaže za slučaj smrti (čl. 26. st. 1. a) i b) Uredbe) (v. čl. 1. st. 2. b) Uredbe).

17 Uredba br. 650/2012 propisuje mjerodavno pravo za formalnu valjanost raspolaganja za slučaj smrti, ali se to odnosi samo na ona raspolaganja koja su učinjena u pisanom obliku (v. čl. 27. Uredbe).

18 Kada je zaklada, međutim, uspostavljena oporukom ili na temelju zakonskog nasljeđivanja, na podjelu ostavine i utvrđivanje nasljednika (korisnika) primjenjuje se mjerodavno pravo za nasljeđivanje prema Uredbi br. 650/2012 (t. 13. Preambule Uredbe).

19 Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju ne utječe na ograničeni broj (*numerus clausus*) stvarnih prava poznatih u nacionalnim pravima nekih država članica EU-a. Stoga se od države članice ne zahtijeva priznanje stvarnog prava na imovini koja je smještena u toj državi članici ako odnosno stvarno pravo nije poznato u njezinom pravnom sustavu (t. 15. Preambule Uredbe, čl. 1. st. 2. j) Uredbe). Uredba propisuje prilagodbu nepoznatog stvarnog prava najbližem odgovarajućem stvarnom pravu u pravnom sustavu te druge države članice u cilju omogućavanja nasljednicima uživanje prava koja su nastala ili su na njih prenesena nasljeđivanjem (t. 16. Preambule Uredbe, čl. 31. Uredbe). O tome v. i Köhler, A., *General private international law institutes in the EU Succession Regulation – Some remarks*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 9(2016), 18, <http://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Analibr18god9/9.pdf> (23. 1. 2018.), str. 180-182.

primjenjujući kolizijska pravila foruma (*lex fori*), ako odnosna pitanja (već) nisu harmonizirana na području EU-a.^{20 21} Također, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju ne primjenjuje se na pitanja režima bračne stečevine i imovinskih režima odnosa za koje se prema pravu mjerodavnom za te odnose smatra da imaju usporedive učinke kao brak. Nadležno tijelo prema Uredbi trebalo bi, međutim, uzeti u obzir prestanak režima bračne stečevine ili sličnog imovinskog režima ostavitelja prilikom utvrđivanja njegove ostavine i odgovarajućih nasljednih dijelova (t. 12. Preambule Uredbe). Stoga bi se i pitanja režima bračne stečevine odnosno imovinskog režima odnosa usporedivog s brakom rješavala kao prethodna pitanja, i to – nakon donošenja Uredbe Vijeća (EU) 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima,²² prema kolizijskim pravilima citirane Uredbe među državama članicama koje sudjeluju u pojačanoj suradnji.^{23 24}

Zahtjevi za upis u upisnik prava na pokretnoj i nepokretnoj imovini isključeni su iz materijalnog područja primjene Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju. Pravo države članice u kojoj se nalazi upisnik (poput zemljišnih knjiga za nekretnine) mjerodavno je za određivanje nadležnih tijela te pretpostavaka i postupka upisa (t. 18. Preambule Uredbe). Pritom bi, među ostalim, Potvrda izdana prema Uredbi predstavljala valjanu ispravu za upis.²⁵ Također, učinci upisa prava u upisnik – poput njegove deklaratorne ili konstitutivne naravi – isključeni su iz područja primjene Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju (t. 19. Preambule Uredbe).

U odnosu na teritorijalno područje primjene, Uredba br. 650/2012 primjenjuje

20 Usp. Popescu, D. A., *Guide on international private law in successions matters*, Magic Print, Alina Chițeală – Onești, 2014, <http://old.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=Sr4HhCRh6zU%3D&tabid=2980> (23. 1. 2018.), str. 12. V. i Köhler, A., *op. cit.* u bilj. 19, str. 172-175.; V. i Dutta, A., *Novo međunarodno nasljedno pravo Evropske unije – prvo čitanje Uredbe o nasljednom pravu*, Nova pravna revija, 2013, 2, <http://nova-pravna-revija.info/bhs/NPR/Journal/Article/9206ceaf-8311-4278-9a84-6094090513fd> (23. 1. 2018.), str. 19.

21 Na području određivanja mjerodavnog prava za razvod braka te zakonsku rastavu donesena je Uredba Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi pojačane suradnje u području prava primjenljivog na razvod braka i zakonsku rastavu, SL EU, L 343, 29. 12. 2010., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R1259&from=HR> (23. 1. 2018.).

22 Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, SL EU, L 183, 8. 7. 2016., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1103&from=HR> (23. 1. 2018.) (u daljnjem tekstu: Uredba 2016/1103).

23 Prema čl. 4. Uredbe 2016/1103, kada je pred sudom države članice pokrenut postupak u stvarima nasljeđivanja bračnog druga na temelju Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju, sudovi te države nadležni su za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima povezanim s tim predmetom nasljeđivanja.

24 V. države članice koje sudjeluju u pojačanoj suradnji u: Odluka Vijeća (EU) 2016/954 od 9. lipnja 2016. o odobrenju pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka o imovinskim režimima međunarodnih parova, što obuhvaća stvari koje se odnose na bračnoimovinske režime i imovinske posljedice registriranih partnerstava, SL EU, L 159, 16. 6. 2016., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016D0954&from=HR> (23. 1. 2018.).

25 O Potvrdi v. *infra ad* 6.

se u svim državama članicama EU-a, osim u Danskoj,²⁶ Ujedinjenom Kraljevstvu te Irskoj.²⁷

U skladu sa čl. 83. st. 1. Uredbe br. 650/2012, Uredba se primjenjuje na nasljeđivanje osoba koje su umrle 17. kolovoza 2015. godine ili nakon toga datuma. Pritom Uredba sadrži i posebne odredbe za slučaj izbora mjerodavnog prava za nasljeđivanje te raspolaganja imovinom za slučaj smrti, a koji su izvršeni prije 17. kolovoza 2015. godine.²⁸

3. Nadležnost i mjerodavno pravo: sumarni prikaz

Odredbe o mjerodavnom pravu te nadležnosti Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju temelje se na ideji da tijelo koje odlučuje o nasljeđivanju primjenjuje svoje pravo (*lex fori*) (t. 27. Preambule Uredbe). Stoga je uobičajeno boravište u vrijeme smrti ostavitelja opća poveznica za utvrđivanje kako nadležnosti tako i mjerodavnog prava za nasljeđivanje (čl. 4., čl. 21. st. 1. Uredbe). Različito od nekih europskih instrumenta iz područja pravosudne suradnje, Uredba br. 650/2012 sadrži i kriterije prema kojima bi se trebalo cijeniti „uobičajeno boravište“, a koji su očito inspirirani praksom Suda EU-a o tome pitanju.²⁹

Prema t. 24. Preambule Uredbe, tijelo koje odlučuje o nasljeđivanju u cilju utvrđivanja uobičajenog boravišta trebalo bi napraviti ukupnu procjenu životnih okolnosti ostavitelja tijekom posljednjih godina njegovog života i u trenutku njegove smrti, uzimajući u obzir sve relevantne činjenice, posebice trajanje prisutnosti, kao i element stalnosti, ostavitelja u odnosnoj državi članici te uvjete i razloge za tu prisutnost. Osim toga, istaknuto je da tako utvrđeno uobičajeno boravište bi trebalo imati blisku i stabilnu vezu s odnosnom državom članicom, uzimajući u obzir ciljeve Uredbe. Unatoč tomu, praksa ukazuje na okolnost da ocjena je li ostavitelj imao uobičajeno boravište u trenutku smrti u određenoj državi članici predstavlja (ponekad) izazov za nadležna tijela odnosne države članice.

Treba istaknuti da Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju uzima u obzir

26 V. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Protocol (No 22) on the Position of Denmark, SL EU, C 326, 26. 10. 2012., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FPRO%2F22> (22. 1. 2018.). v. t. 83. Preambule Uredbe.

27 V. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Protocol (No 21) on the Position of the United Kingdom and Ireland in Respect of the Area of Freedom, Security and Justice, SL EU, C 202, 7. 6. 2016., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12016E%2FPRO%2F21> (22. 1. 2018.). v. t. 82. Preambule Uredbe.

28 V. čl. 83. st. 2. – 4. Uredbe.

29 V. posebice predmet C-523/07, A, [2009] ECR I-2805 od 2. travnja 2009., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73639&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=814531> (23. 1. 2018.); predmet C-497/10 PPU, *Mercredi v. Chaffea*, [2010] ECR I-14309 od 22. prosinca 2010., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83470&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=814531> (23. 1. 2018.).

okolnost da različita tijela u pojedinim državama članicama imaju nadležnost u nasljednim stvarima te pojmu „sud“ pripisuje široko značenje: ono obuhvaća ne samo sudove u pravom smislu riječi, nego i javne bilježnike ili registrarske urede, odnosno sva ostala tijela i pravne stručnjake s nadležnošću u nasljednim stvarima koji izvršavaju pravosudne funkcije ili postupaju u skladu s prenesenim ovlastima od strane pravosudnog tijela ili postupaju pod nadzorom pravosudnog tijela, uz uvjet da takva druga tijela i pravni stručnjaci jamče nepristranost i pravo svih stranaka na saslušanje i pod uvjetom da njihove odluke prema pravu države članice u kojoj djeluju: (a) mogu biti predmet žalbe ili revizije od strane pravosudnog tijela, te (b) imaju sličnu valjanost i učinak kao i odluka pravosudnog tijela u istoj stvari (t. 20. Preambule Uredbe, čl. 3. st. 2. Uredbe).³⁰

Osim opće odredbe o nadležnosti, Uredba br. 650/2012 sadrži i odredbe o prorogaciji nadležnosti (čl. 5. Uredbe), supsidijarnoj nadležnosti (čl. 10. Uredbe) te odredbe o *forum necessitatis* (čl. 11. Uredbe). Također, Uredbom su propisana i pitanja primjene prava koje je u bližoj vezi s ostaviteljem (čl. 21. st. 2. Uredbe), kao i izbora mjerodavnog prava za nasljeđivanje (čl. 22. Uredbe).

4. Priznanje i izvršenje odluka o nasljeđivanju

Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju, različito od pojedinih europskih instrumenata koji su ukinuli sustav egzekviture, uređuje pojednostavnjeni postupak egzekviture. Tako odluka o nasljeđivanju donesena u jednoj državi članici priznat će se u drugoj državi članici bez provođenja ikakvog posebnog postupka (čl. 39. st. 1. Uredbe). Pritom pod pojmom „odluka“ Uredba podrazumijeva svaku odluku o nasljednoj stvari koju je donio sud države članice,³¹ neovisno kako se odluka zvala, uključujući odluku o troškovima ili izdacima službenika suda (čl. 3. st. 1. g) Uredbe). Odluka o nasljeđivanju, međutim, neće se priznati ako postoji koji od razloga za odbijanje priznanja.

Razlozi za odbijanje priznanja su: (a) ako je priznanje odluke u očitoj suprotnosti s javnim poretkom države članice u kojoj se priznanje traži;³² (b) ako je donesena u odsutnosti tuženika, a tuženiku koji se nije upustio u postupak nije pravodobno dostavljeno pismo o pokretanju postupka ili drugo odgovarajuće pismo te na način koji mu omogućuje da pripremi svoju obranu, osim ako tuženik nije pokrenuo postupak za osporavanje odluke kada je za to imao mogućnost;³³ (c) ako je odluka

30 V. komentar u odnosu na definiciju „sud“ sadržanu u Prijedlogu Uredbe o nasljeđivanju u: Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *op. cit.* u bilj. 10, str. 32-33. O nadležnosti javnih bilježnika u nasljednim stvarima v. i u: Ivanc, T.; Kraljić, S., *European certificate of succession – Was there a need for a European intervention?*, Anali Pravnog fakulteta Univeziteta u Zenici, 9(2016), 18, <http://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Analibr18god9/13.pdf> (23. 1. 2018.), str. 256-257; Popescu, D. A., *op. cit.* u bilj. 20, str. 30-32.

31 O pojmu „sud“ u kontekstu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju v. *supra ad 3*.

32 Za probleme u njemačkoj praksi u odnosu na primjenu islamskog prava o nasljeđivanju koje, npr., predviđa manji nasljedni dio za ženske nasljednike u odnosu na muške nasljednike v. u: Köhler, A., *op. cit.* u bilj. 19, str. 186-188.

33 „Odsutnost tuženika“ bi se trebala tumačiti u svjetlu prakse Suda EU-a u primjeni – u prvom redu – Briselske konvencije/Uredbe Vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. o nadležnosti, priznavanju

nespojiva s odlukom koja je donesena u postupku između istih stranaka u državi članici u kojoj se traži priznanje; (d) ako je odluka nespojiva s prethodnom odlukom koja je donesena u drugoj državi članici ili u trećoj državi u postupku o istom predmetu i između istih stranaka, i to ako prethodna odluka ispunjava propisane uvjete za priznanje u državi članici u kojoj se traži priznanje (čl. 40. Uredbe). Treba primijetiti, posebice uzimajući u obzir čl. 40. b) Uredbe da su razlozi za odbijanje priznanja, kao i postupak proglašenja izvršivosti, koncipirani imajući u vidu parnični, sporni postupak, odnosno ispuštajući iz vida da se kod ostavinskog postupka radi o nespornom postupku u kojem najčešće sudjeluje više stranaka. Umjesto „tuženika“ stoga bi bilo pravilnije govoriti o „zainteresiranoj stranci“.³⁴

Posebnu pozornost kao razlog za odbijanje priznanja odluke o nasljeđivanju, također, zaslužuje odredba o javnom poretku (čl. 40. a) Uredbe). Prema t. 58. Preambule Uredbe, sudovi odnosno druga nadležna tijela ne bi smjela primijeniti iznimku javnog poretka kako bi odbili priznati ili izvršiti odluku o nasljeđivanju iz druge države članice ako bi takvo postupanje bilo u suprotnosti s Poveljom EU-a o temeljnim pravima.³⁵

Odluka donesena u državi članici i koja je izvršiva u toj državi članici izvršiva je i u drugoj državi članici kada je na zahtjev jedne od zainteresiranih stranaka tamo proglašena izvršivom (čl. 43. Uredbe). Zahtjev za proglašenje izvršivosti odluke podnosi se sudu ili nadležnome tijelu države članice izvršenja o čemu ta država članica izvješćuje Komisiju u skladu sa čl. 78. Uredbe o nasljeđivanju (čl. 45. st. 1. Uredbe). Zahtjevu za proglašenje izvršivosti odluke o nasljeđivanju prilaže se primjerak odluke koji ispunjava uvjete potrebne za utvrđivanje njezine autentičnosti te ovjera koju izdaju sud ili nadležno tijelo države članice podrijetla na obrascu koji je sastavi dio Provedbene uredbe br. 1329/2014 (čl. 46. st. 3. Uredbe).³⁶ Ako sud ili nadležno tijelo to zatraži, prilaže se prijevod tih isprava (čl. 47. st. 2. Uredbe). Postupak za proglašenje izvršivosti odluke o nasljeđivanju uređuje pravo države članice izvršenja (čl. 46. st. 1. Uredbe). Pritom podnositelj zahtjeva ne mora imati poštansku adresu niti punomoćnika u državi članici izvršenja (čl. 46. st. 2. Uredbe).

Odluka o nasljeđivanju proglašava se izvršivom bez odgode, odmah po ispunjavanju formalnosti propisanih Uredbom (čl. 48. Uredbe). Također, u tom postupku proglašenja izvršivosti odluke ne ispituju se razlozi za odbijanje priznanja niti je stranka prema kojoj se zahtjeva izvršenje odluke u tom stadiju postupka ovlaštena podnositi ikakve prigovore odnosno podneske (čl. 48. Uredbe). Podnositelja zahtjeva odmah se obavještava o odluci o zahtjevu za proglašenje

i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (SL EU, L 12, 16. 1. 2001.) (v. predmet C-474/93, *Hengst Import BV v Anna Maria Campese*, [1995] ECR I-2113 od 13. srpnja 1995., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0474> (25. 1. 2018.)).

³⁴ Usp. Dutta, A., *op. cit.* u bilj. 20, str. 19-20.

³⁵ Charter of fundamental rights of the European Union, SL EU, C 202, 7. 6. 2016., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=HR> (23. 1. 2018.). U tom kontekstu posebice se ističe čl. 21. o zabrani svakog oblika diskriminacije.

³⁶ V. Prilog 1. Provedbene uredbe br. 1329/2014. Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju posebno propisuje slučajeve kada ovjera odluke o nasljeđivanju nije podnesena; dakle, podnošenje ovjere na europskom obrascu je fakultativno (v. čl. 47. Uredbe).

izvršivosti u skladu s postupkom propisanim pravom države članice izvršenja (čl. 49. st. 1. Uredbe). Odluka o izvršivosti dostavlja se stranci prema kojoj se traži izvršenje, uz odluku o nasljeđivanju u prilogu ako odluka nije već prije dostavljena toj stranci (čl. 49. st. 2. Uredbe).

Nakon što se strankama dostavi odluka o proglašenju izvršivosti odluke, svaka stranka može podnijeti žalbu protiv te odluke (čl. 50. st. 1. Uredbe). Žalba se podnosi sudu države članice izvršenja o kojem je ta država članica obavijestila Komisiju u skladu sa čl. 78. Uredbe (čl. 50. st. 2. Uredbe). Propisan je rok od 30 dana od dostave odluke za podnošenje žalbe, a ako stranka protiv koje se zahtijeva izvršenje nema domicil u državi članici u kojoj je proglašena izvršivost odluke, nego u drugoj državi članici,³⁷ rok za podnošenje žalbe je 60 dana i započinje teći od dana dostave odluke osobno stranci ili u mjestu njezina boravišta. Taj se rok ne može produljiti zbog udaljenosti (čl. 50. st. 5. Uredbe). O žalbi se odlučuje prema pravilima kontradiktornog postupka (čl. 50. st. 3. Uredbe). U povodu žalbe, sud može odbiti žalbu ili prihvatiti žalbu i ukinut odluku o izvršivosti samo zbog razloga navedenih u čl. 40. Uredbe o nasljeđivanju (razlozi za odbijanje priznanja; čl. 52. reč. 1. Uredbe). Odluku o žalbi sud donosi bez odgode (čl. 52. reč. 2. Uredbe).³⁸

Radi osiguranja tražbine, podnositelj zahtjev može uvijek zahtijevati privremene mjere u skladu s pravom države članice izvršenja pa i kada nije tražio proglašenje izvršivosti odluke o nasljeđivanju (čl. 54. st. 1. Uredbe). Uredba o nasljeđivanju sadrži i odredbe o djelomičnom proglašenju izvršivosti odluke (čl. 55. Uredbe) te o zabrani traženja osiguranja, jamstva ili pologa na temelju okolnosti stranog državljanstva stranke koja zahtijeva priznanje, proglašenje izvršivosti odnosno izvršenje odluke ili pak okolnosti da nema domicil ili boravište u državi članici izvršenja (čl. 57. Uredbe), kao i naplaćivanja pristojba i naknada u postupku proglašenja izvršivosti odluke prema vrijednosti konkretnog postupka (čl. 58. Uredbe). Osim toga, Uredba je propisala zabranu preispitivanja merituma stvari (čl. 41. Uredbe), kao i mogućnost zastajanja s postupkom priznanja odnosno izvršenja odluke o nasljeđivanju zbog podnesenog pravnog lijeka (čl. 42., čl. 53. Uredbe).

5. Posebno o javnim ispravama i sudskim nagodbama u nasljednim stvarima

U cilju uvažavanja različitih sustava rješavanja nasljednopravnih stvari u državama članicama EU-a, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju uzima u obzir i javne/autentične isprave (poput, npr., ugovora među strankama o podjeli ostavine, oporuka i ugovora o nasljeđivanju, izjava o prihvaćanju ili odricanju od nasljedstva). Posebna je, naime, vrijednost Uredbe u izjednačavanju javnih isprava sastavljenih u drugoj državi članici s javnim ispravama države članice foruma.

Prema čl. 3. st. 1. i) Uredbe, „javna isprava” podrazumijeva ispravu o nasljednoj stvari koja je službeno sastavljena ili registrirana kao javna isprava u državi članici i čija se autentičnost odnosi na potpis i sadržaj javne isprave te koju je utvrdilo

37 Radi utvrđivanja ima li stranka domicil u državi članici izvršenja za potrebe postupka proglašenja izvršivosti odluke (čl. 45. – čl. 58. Uredbe), sud pred kojim je pokrenut postupak primjenjuje nacionalno pravo te države članice (čl. 44. Uredbe).

38 Odluka o žalbi može se osporavati samo u postupku o kojem je država članica obavijestila Komisiju u skladu sa čl. 78. Uredbe (čl. 51. Uredbe).

državno tijelo ili drugo tijelo koje je u tu svrhu ovlastila država članica podrijetla.

Javna isprava sastavljena u državi članici ima jednaku dokaznu snagu u drugoj državi članici kao što ima u državi članici podrijetla, ili učinak koji je tome najbliži, pod uvjetom da to nije očito u suprotnosti s javnim poretkom države članice u kojoj se traži prihvaćanje te isprave (čl. 59. st. 1. reč. 1. Uredbe).³⁹ Prilikom utvrđivanja dokazne snage javne isprave u drugoj državi članici trebalo bi, dakle, uzeti u obzir prirodu i opseg dokazne snage te javne isprave u državi članici podrijetla (t. 61. Preambule Uredbe). Ako je u pravu države članice podrijetla propisan dokazni učinak javnoj ispravi koji ona nema prema pravu države članice prihvaćanja, budući da se u čl. 59. st. 1. reč. 1. alternativno upućuje na „najsličniji učinak“ koji ta isprava može imati u državi članici podrijetla, trebalo bi uzeti da se ispravi ne može priznati jača dokazana snaga od one koja je predviđena u pravu države članice u kojoj se traži njezino prihvaćanje.⁴⁰ Pritom osoba koja želi koristiti javnu ispravu u drugoj državi članici može tražiti od tijela koje izdaje javnu ispravu u državi članici podrijetla ispunjavanje obrasca koji opisuje dokaznu snagu koju javna isprava ima u državi članici podrijetla, a koji je sastavni dio Provedbene uredbe br. 1329/2014 (čl. 59. st. 1. reč. 2. Uredbe).⁴¹

Treba istaknuti da se autentičnost javne isprave može osporavati samo pred sudovima države članice podrijetla, i to prema pravu te države (čl. 59. st. 2. reč. 1. Uredbe). Pritom je pojam „autentičnost“ autonomni koncept koji obuhvaća elemente poput istinitosti isprave, formalnih zahtjeva za ispravu, ovlasti tijela koja su sačinila ispravu i postupak u kojem je ona sačinjena (t. 62. Preambule Uredbe). Također, taj bi pojam obuhvaćao i činjenične elemente koje je u ispravi zabilježilo ovlašteno tijelo, poput činjenice da su se određene stranke pojavile pred tim tijelom određenog datuma te da su dale izjave koje su u ispravi zabilježene (t. 62. Preambule Uredbe). Javna isprava koja se osporava u državi članici podrijetla nema nikakvu dokaznu snagu u drugoj državi članici sve dok je postupak osporavanja pred nadležnim sudom u tijeku (čl. 59. st. 2. reč. 2. Uredbe).

Odsporavanja autentičnosti javne isprave, treba razlikovati osporavanje pravnih akata (poput, npr., ugovora o podjeli ostavine, oporuke ili ugovora o nasljeđivanju) ili pravnih odnosa (poput, npr., utvrđivanja nasljednika, njihovih dijelova ili drugih elemenata određenih prema mjerodavnom pravu za nasljeđivanje) koji su utvrđeni u javnoj ispravi (t. 63. Preambule Uredbe, čl. 59. st. 3. Uredbe). Pravi akti ili odnosi utvrđeni u javnoj ispravi osporavaju se pred nadležnim sudovima odnosno tijelima prema Uredbi br. 650/2012 o nasljeđivanju i prema pravu mjerodavnom u skladu s

39 Tako, npr., v. odredbe o dokaznoj snazi javnih isprava u Zakonu o parničnom postupku Republike Hrvatske (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)) (v. čl. 230. ZPP).

40 Usp. Dutta, A., *op. cit.* u bilj. 20, str. 20.

41 V. Prilog 2. Provedbene uredbe br. 1329/2014, posebice t. 4. Obrasca II (Prilog 2.) Provedbene uredbe br. 1329/2014.

poglavljem III. Uredbe (čl. 59. st. 3. reč. 1. Uredbe).⁴² Javna isprava koja se osporava nema u pogledu predmeta osporavanja (pravnog akta odnosno odnosa) dokaznu snagu u drugoj državi članici sve dok je postupak osporavanja pred nadležnim sudom u tijeku (čl. 59. st. 3. reč. 2. Uredbe).

U odnosu na sustav izvršenja odnosno proglašenja izvršivosti javne isprave, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju propisuje primjenu istog sustav koji je uspostavljen za odluke o nasljeđivanju (čl. 60., čl. 45. – čl. 58. Uredbe).⁴³ To također vrijedi i za sudske nagodbe u nasljednim stvarima.⁴⁴

6. Europska potvrda o nasljeđivanju

Uvođenje Europske potvrde o nasljeđivanju predstavlja kvalitativni iskorak na području međunarodnog privatnog i postupovnog prava. Svrha je uvođenja Potvrde u olakšavanju pravnog položaja nasljednika, legatara, izvršitelja oporuke ili upravitelja ostavine. Njome se, naime, mogu koristiti nasljednici, legatari, izvršitelji oporuke ili upravitelji ostavine koji se u drugoj državi članici moraju pozvati na svoj status ili izvršavati svoja prava kao nasljednici ili legatari i/ili svoje ovlasti kao izvršitelji oporuke ili upravitelji ostavine (čl. 63. Uredbe).⁴⁵ Pritom Potvrda ne nadomješta unutarnje isprave koje se u državama članicama koriste za slične svrhe (čl. 62. st. 3. Uredbe); dakle, korištenje Potvrde nije obvezno (čl. 62. st. 2. Uredbe). Ako je, međutim, predočena Potvrda izdana u drugoj državi članici, tijelo kojem je ona predočena nije ovlašteno zahtijevati podnošenje odluke o nasljeđivanju, odnosno javnih isprava ili sudske nagodbe (t. 69. Preambule Uredbe). Problematici, stoga, mogu biti slučajevi u kojima su odluka o nasljeđivanju te Potvrda sadržajno proturječne budući da Uredba ne propisuje kojoj od njih dati prednost, posebice da bi (eventualno) Potvrda imala prednost u primjeni.^{46 47}

Potvrdu izdaju sudovi u smislu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju ili druga tijela odnosno osobe koje su nadležne u nasljednim stvarima (npr. javni bilježnik) u državi članici izdavanja, a čija se nadležnost određuje prema odredbama Poglavlja II. Uredbe (čl. 64. Uredbe). Prepušteno je, dakle, državi članici da odredi nacionalnim zakonodavstvom koja su tijela nadležna za izdavanje Potvrde. Pritom to ne moraju biti sudovi u smislu čl. 3. st. 2. Uredbe. Potvrda se izdaje na zahtjev ovlaštene osobe

42 Ako se pitanje koje se odnosi na pravne akte ili pravne odnose u nasljednim stvarima utvrđene u javnoj ispravi javi kao prethodno pitanje u postupku pred sudom (druge) države članice, tada je taj sud nadležan za to pitanje (čl. 59. st. 4. Uredbe).

43 Postoje pritom posebnosti u odnosu na razloge za pobijanje odluke o proglašenju izvršivosti javne isprave, a koje se sastoje u tome da je to moguće samo ako je izvršenje javne isprave u očitoj suprotnosti s javnim poretom države članice izvršenja (čl. 60. st. 3., čl. 61. st. 3. Uredbe).

44 U smislu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju, „sudska nagodba” podrazumijeva nagodbu u nasljednoj stvari koju je prihvatio sud ili koja je sklopljena pred sudom tijekom postupka (čl. 3. st. 1. h) Uredbe).

45 O problemu oko položaja vjerovnika te njihove ovlasti da zahtijevaju izdavanje Potvrde v. u: Ivanc, T.; Kraljić, S., *op. cit.* u bilj. 30, str. 259.

46 O tome v. i Popescu, D. A., *op. cit.* u bilj. 20, str. 103.

47 U Uredbi br. 650/2012 sadržane su odredbe o ispravku, izmjeni te opozivu Potvrde (čl. 71. Uredbe) te o privremenoj obustavi učinaka Potvrde (čl. 73. Uredbe).

(čl. 63. st. 1., čl. 65. st. 2. Uredbe), a obrazac na kojem se podnosi zahtjev kao i obrazac Potvrde sastavni su dijelovi Provedbene uredbe br. 1329/2014 (čl. 65. st. 2., čl. 67. st. 1. Uredbe).⁴⁸

Prema čl. 69. st. 1. Uredbe, Potvrda ima učinke u svim državama članicama te za to nije potreban poseban postupak njezina prihvaćanja. Ona nije javna isprava u smislu kako je određuje Uredba,⁴⁹ ali ima dokaznu snagu te se predmnijeva da istinito dokazuje elemente koji su utvrđeni prema mjerodavnom pravu za nasljeđivanje ili prema bilo kojem drugom mjerodavnom pravu za određene elemente (čl. 69. st. 2. reč. 1. Uredbe). Uz to, predmnijeva se da osoba koja je u Potvrdi navedena kao nasljednik, legatar, izvršitelj oporuke ili upravitelj ostavine ima status naveden u Potvrdi i/ili prava ili ovlasti navedene u Potvrdi, bez ikakvih uvjeta i/ili ograničenja prava ili ovlasti, osim onih navedenih u Potvrdi (čl. 69. st. 2. reč. 2. Uredbe).

Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju propisuje položaj i zaštitu trećih osoba u dobroj vjeri. Tako svaku osoba koja postupajući na temelju podataka iz Potvrde izvrši plaćanja ili prenese imovinu osobi navedenoj u Potvrdi kao ovlaštenoj prihvatiti plaćanja ili imovinu smatra se da je izvršila transakciju s osobom ovlaštenom prihvatiti plaćanja ili imovinu, osim ako zna da sadržaj Potvrde nije istinit ili nije svjesna neistinitosti zbog krajnje nepažnje (čl. 69. st. 3. Uredbe). Osim toga, ako osoba navedena u Potvrdi kao ovlaštena za raspolaganje ostavinom raspolaže tom imovinom u korist druge osobe, za tu drugu osobu se smatra, ako postupa na temelju podataka iz Potvrde, da je izvršila transakciju s osobom ovlaštenom za raspolaganje odnosnom imovinom, osim ako zna da sadržaj Potvrde nije istinit ili je nesvjesna te neistinitosti zbog krajnje nepažnje (čl. 69. st. 4. Uredbe).

Posebice treba istaknuti da je Potvrda valjana isprava za upis prijenosa imovine na temelju nasljeđivanje u upisnike države članice, poput zemljišnih knjiga. Međutim, budući da je postupak upisa propisan nacionalnim pravom države članice registra, država članica koja izdaje potvrdu trebala bi voditi računa o formalnim zahtjevima za upis propisanim pravom te države članice (čl. 69. st. 5., čl. 1. st. 2. k) i l); t. 68. Preambule Uredbe). Uz to, tijela nadležna za upis imovine u odgovarajuće upisnike mogu tražiti od osobe koja zahtijeva upis dodatne podatke ili dodatne isprave koje su potrebne prema pravu države članice u kojoj se vodi upisnik (poput, npr., isprave o plaćanju poreza) (t. 18. Preambule Uredbe).⁵⁰

7. Zaključak

Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju sadrži odredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju ili prihvaćanju, izvršivosti i izvršenju odluka, javnih isprava i sudskih nagodbi u nasljednim stvarima te o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju. Promatrajući pravne odnose Hrvatske i Bosne i Hercegovine, Uredba će posebice biti od važnosti nakon punopravnog članstva Bosne i Hercegovine u EU u svim nasljednopravnim stvarima s prekograničnim elementom.

48 V. Prilog 4. i 5. Provedbene uredbe br. 1329/2014.

49 O pojmu „javna isprava“ u smislu Uredbe v. *supra ad 5.*

50 O materijalnom području primjene Uredbe v. *supra ad 2.*

Unatoč iscrpnim odredbama o području primjene, kao i odgovarajućim obrascima za izdavanje Potvrde, primjena Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju može biti (vrlo) izazovna, a na što ukazuju problemi koji se javljaju u (trenutno skromnoj) praksi nadležnih (hrvatskih) tijela, poput pitanja određivanja „uobičajenog boravišta“ te „prekograničnog elementa“ kod pojedinih nasljednopravnih stvari,⁵¹ ili pak okolnosti da Potvrda izdana u drugoj državi članici ne sadrži sve podatke potrebne za upis prava u odgovarajući (hrvatski) upisnik, najčešće zemljišnu knjigu, prema *lex fori*.

51 Poput pitanja bi li se radilo o nasljednopravnoj stvari s prekograničnim elementom u slučaju hrvatskog državljanina s uobičajenim boravištem u Republici Hrvatskoj iza kojega je ostala imovina u Republici Hrvatskoj, ali i u drugoj državi članici EU-a (npr. novac na (štednom) računu ili jedna nekretnina). Pritom su i nasljednici hrvatski državljani s uobičajenim boravištem u Republici Hrvatskoj.

Dr. sc. Slađana Aras Kramar, Assistant Professor
Faculty of Law, University of Zagreb

**REGULATION (EU) NO 650/2012 ON JURISDICTION, APPLICABLE
LAW, RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS AND
ACCEPTANCE AND ENFORCEMENT OF AUTHENTIC INSTRUMENTS
IN MATTERS OF SUCCESSIONS AND ON THE CREATION OF A
EUROPEAN CERTIFICATE OF SUCCESSION**

Summary

Freedom of movement within the European Union (EU) leads to the situations that an increasing number of persons move from one Member State to another for employment or life after retirement, and which can often result in, or actually results in, situations that EU citizens are owners of property in different Member States. In the event of the death of these persons, numerous issues on succession with cross-border element are opened. Hence, on 4 of July 2012 the Regulation No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession was adopted (OJ EU L 201, 27 of July 2012).

In the paper, the opened issues regarding the application of the Regulation No 650/2012 on succession are analysed and discussed, including its rules on recognition or, where appropriate, the acceptance of decisions, authentic instruments and court settlements in matters of succession and the issuance, the content and effects of the European Certificate of Succession.

Keywords: succession with cross-border element, Regulation No 650/2012 on succession, recognition and enforcement of decisions on succession, European Certificate of Succession, procedure.

Dr. sc. Dimitrije Čeranić, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu

IZDVAJANJE NA IME DOPRINOSA UVEĆANJU OSTAVIOČEVE IMOVINE

Koristeći se istorijskopравnim, uporednopravnim, sociološkim i normativnim metodom, autor proučava zakonsko regulisanje ustanove izdvajanja na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine u pravima nastalim na prostoru bivše Jugoslavije. U nekim zakonodavstvima, ovaj institut je uređen nasljednopravnim propisima u dijelu kojim je regulisano izračunavanje nužnog i raspoloživog dijela i izdvajanje iz sastava zaostavštine, dok je u pojedinima ovo pitanje uređeno uvodnim odredbama zakona o nasljeđivanju kojima je predviđeno da zaostavštinu ne čine dobra za koja su ostaviočevu imovinu uvećali pojedini zakonski nasljednici. Neki zakonodavci su ovu ustanovu regulisali na oba pomenuta mjesta, protivrječno i po svemu sudeći greškom, dok su se pojedini zakonodavci opredijelili za rješenje po kome je ovo pravo nezavisno od nasljednog prava, ali ima neka nasljednopravna obilježja i zastarijeva u određenom roku po otvaranju nasljedstva. Za razliku od pomenutih zakonodavstava, u makedonskom pravu ovaj institut je izostavljen iz nasljednopravnih propisa.

Autor zaključuje da je zakonsko rješenje po kome zaostavštinu ne čine dobra za koja su ostaviočevu imovinu uvećali pojedini zakonski nasljednici u potpunosti u skladu sa *ratio-m legis* ovog instituta, po kome svakome treba da pripadnu plodovi njegovog rada. Bilo kakvo predviđanje roka zastarjelosti, načelno je u suprotnosti sa pravnom prirodom ovog prava. Autor takođe zaključuje da dok se ovo pravo izričito ne reguliše porodičnopravnim ili stvarnopravnim propisima u pojedinim zakonodavstvima, u zakonima o nasljeđivanju bi trebalo predvidjeti da se ovim pravom mogu koristiti sva lica iz kruga zakonskih nasljednika, a ne samo neka.

Ključne riječi: zaostavština, doprinos uvećanju ostaviočeve imovine, porodična zajednica.

1. Uvod

Institut izdvajanja na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine različito je regulisan u pravima nastalim na prostoru bivše Jugoslavije. Upravo zbog tih razlika, ali i određenih teorijskih neslaganja, ovo pravno pitanje nam se čini zanimljivim. Iako bi širi uporednopravni osvrt na ovaj institut možda mogao pomoći rasvjetljavanju nekih teorijskih i praktičnih nedoumica, zbog prirode i obima rada pozabavićemo se samo razlikama koje postoje u pomenutim zakonodavstvima.

Na početku rada pozabavićemo se istorijatom ove pravne ustanove u nekadašnjem jugoslovenskom pravu, zatim ćemo se osvrnuti na različit zakonodavni pristup ovom pitanju u zakonodavstvima nastalim na prostoru nekadašnje SFRJ. Nakon toga,

reći ćemo ponešto o teorijskom pojašnjenju ovog pravnog instituta i nedoumicama koje mogu nastati prilikom tumačenja i primjene odredaba u pojedinim zakonima, a predložićemo i neka zakonska rješenja *de lege ferenda*. Pritom, nastojaćemo da pomenemo različite teorijske stavove i različitu sudsku praksu u vezi sa ovom pravnom ustanovom.

2. Zakonsko rješenje u nekadašnjem jugoslovenskom pravu

U saveznom Zakonu o nasljeđivanju iz 1955. god., u dijelu kojim je regulisano izračunavanje nužnog i raspoloživog dijela i izdvajanje iz sastava zaostavštine, pod marginalnim naslovom izdvajanje u korist potomaka koji su privređivali sa ostaviocem, bilo je predviđeno da potomci ostaviočevi koji su živjeli u zajednici sa ostaviocem i svojim trudom, zaradom ili inače mu pomagali u privređivanju, imaju pravo zahtijevati da im se iz zaostavštine izdvoji dio koji odgovara njihovom doprinosu u povećanju vrijednosti ostaviočeve imovine. Tako izdvojeni dio nije spadao u zaostavštinu i nije uziman u obzir pri izračunavanju nužnog dijela, niti se uračunavao nasljedniku u njegov nasljedni dio.¹

U pravnoj književnosti, naglašavano je da je ova ustanova nastala kao izraz shvatanja da imovina pripada onome ko ju je stvarao svojim radom, te da određeni dio ostaviočeve imovine u stvari i nije njegov, nego pripada potomcima koji su živjeli sa ostaviocem u zajednici. Da bi se spriječila mogućnost da ostali nasljednici prisvoje plodove tuđeg rada, potomci su imali pravo na izdvajanje doprinosa u povećanju ostaviočeve imovine. Pritom, isticano je da se ovim pravom mogu koristiti i potomci koji *in concreto* nisu postali nasljednici, da li zbog toga što su ostavioca naslijedila neka druga lica, ili su potomci bili nedostojni, ili isključeni i sl., jer nije u pitanju nasljednopravni odnos već poseban pravni odnos između ostavioca i njegovih potomaka koji je nastao za života dekujusa.²

Traženo je ispunjenje tri zakonske pretpostavke za ostvarenje ovog prava – zajednica života ostavioca i potomka, pomaganje u privređivanju u vidu truda, zarade ili na drugi način, i uvećanje vrijednosti ostaviočeve imovine. U pravnoj teoriji i pravnoj praksi, naglašavana je razlika između zajednice života kao šireg oblika zajedničkog života u odnosu na život u zajedničkom domaćinstvu, uvažavani su različiti vidovi pomaganja u privređivanju, bilo da su to činili maloljetni ili punoljetni potomci, a do uvećanja vrijednosti je moglo doći kako povećanjem obima prava koja su činila ostaviočevu imovinu, tako i ulaganjem u postojeća prava, usljed čega je došlo do uvećanja vrijednosti ili sprečavanja uništenja ili oštećenja neke stvari.³ Pritom, rad potomaka koji nije doveo do uvećanja vrijednosti ostaviočeve imovine, smatran je prostom reprodukcijom i nije uziman u obzir.⁴

1 Vid. Zakon o nasljeđivanju – SZON, “Službeni list FNRJ”, br. 20/55, i “Službeni list SFRJ”, br. 12/65 i 47/65, čl. 37.

2 Vid. Kreč, M.; Pavić, Đ., *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Narodne novine, Zagreb, 1964, str. 96–97.

3 Vid. Kreč, M.; Pavić, Đ., *op. cit.*, str. 97–98.

4 Mišljenje sa sastanka sudija Saveznog vrhovnog suda i predsjednika vrhovnih sudova narodnih republika i AP Vojvodine, koji je održan u Beogradu 13–15. juna 1955. god.

Pojedini pravni pisci su isticali kako prilikom odlučivanja o zahtjevu za izdvajanje na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine, sud treba da sprovede tri radnje.⁵ Prvo treba da utvrdi obim i način pomaganja potomka u privređivanju sa ostaviocem, zatim treba da utvrdi novčanu vrijednost potomkovog doprinosa, i na kraju treba da ustanovi koliki dio ostaviočeve imovine odgovara vrijednosti doprinosa. Osim izdvajanja alikvotnog dijela zaostavštine koji je novčano odgovarao vrijednosti potomkovog doprinosa, u pravnoj književnosti je ukazivano, a u pravnoj praksi je i korišćena mogućnost da se analognom primjenom pravila o diobi nasljedničke zajednice potomcima predaju određene stvari, ili grupe stvari ili prava, ili isplati odgovarajući novčani iznos na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine.⁶

Svoje pravo potomci su mogli ostvarivati u ostavinskom postupku bilo da su postali nasljednici ili nisu, i odluka o tome je unošena u ostavinsko rješenje. Ukoliko bi između zainteresovanih učesnika nastao spor bilo o činjeničnom ili pravnom pitanju u vezi sa izdvajanjem na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine, ostavinski sud bi prekidao postupak i na parnicu upućivao stranku čije je pravo smatrao manje vjerovanim. U pravnoj književnosti je naglašavano da su nakon pravnosnažnosti rješenja o nasljeđivanju, potomci svoje pravo mogli ostvarivati u parnici samo ako nisu učestvovali u ostavinskom postupku, ili ako su postojale pretpostavke za ponavljanje postupka.⁷ Bilo je sporno da li se ovo pravo moglo ostvarivati samo nakon smrti ostavioca, ili i za njegovog života.⁸

3. Zakonska rješenja u važećim nasljednopravnim propisima država nastalih na prostoru bivše SFRJ

Zakonsko rješenje o izdvajanju iz zaostavštine na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine iz saveznog Zakona o nasljeđivanju iz 1955. god., sa manjim izmjenama (uz pominjanje usvojenika), preuzeto je i u važeće zakone o nasljeđivanju Federacije BiH,⁹ Brčko Distrikta BiH,¹⁰ i Slovenije.¹¹ Za razliku od Zakona o nasljeđivanju iz vremena socijalizma,¹² u važećem Zakonu o nasljeđivanju

5 Vid.: Kreč, M.; Pavić, Đ., *op. cit.*, str. 99.

6 Vid.: Ibid.; Načelno mišljenje proširene opšte sjednice Saveznog vrhovnog suda od 4. aprila 1960. god., br. 2/60.

7 Vid. Kreč, M.; Pavić, Đ., *op. cit.*, str. 100.

8 Stav da su se ovim pravom potomci mogli koristiti tek nakon smrti ostavioca, vid. u: Ibid.; Načelno mišljenje proširene opšte sjednice Saveznog vrhovnog suda od 4. aprila 1960. god., br. 2/60. Ipak, i u pravnoj teoriji i u praksi naglašavano je da treba razlikovati izdvajanje na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine po osnovu odredaba Zakona o nasljeđivanju u odnosu na neke druge pravne osnove po kojima bi potomci i sva ostala lica mogli zahtijevati neko svoje pravo koje se vodi na ostaviocu.

O stavu da se pravo na izdvajanje moglo koristiti i za života ostavioca, vid. Blagojević, B., *Nasledno pravo FNRJ*, Naučna knjiga, Beograd, 1960, str. 26. Ovi autori su smatrali da se analognom primjenom pravila o izdvajanju iz sastava zaostavštine koja su normirana samo za potomke ostavioca, mogu koristiti i sva ostala lica koja su živjela sa ostaviocem u zajednici života.

9 Vid. Zakon o nasljeđivanju – ZON FBiH, “Službeni glasnik Federacije BiH”, br. 80/14, čl. 35.

10 Vid. Zakon o nasljeđivanju – ZON BD BiH, “Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH”, čl. 39.

11 Vid. Zakon o dedovanju – ZON Slovenije, “Uradni list SR Slovenije”, br. 15/76 i 23/78, “Uradni list R. Slovenije”, br. 13/94, 40/94, 117/00, 67/01, 83/01, 73/04, 31/13 i 63/16, čl. 32.

12 Vid. Zakon za nasljeđivanje – ZON SR Makedonije, “Služben vesnik na SR Makedonija”, br.

Makedonije¹³ nije uređeno pravo ostaviočevih bliskih srodnika na izdvajanje iz zaostavštine na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine.

U hrvatskom pravu predviđeno je da, nezavisno o svom nasljednom pravu, ostaviočev potomak koji je sa ostaviocem živio u zajednici te je svojim radom ili davanjima doprinio da se njegova imovina poveća, trenutkom ostaviočeve smrti stiče pravo na onoliki dio zaostavštine koji odgovara vrijednosti za koju se njegovim doprinosom imovina povećala dok su živjeli u zajednici. Takođe, normirano je da se ovo pravo ostvaruje samo na zahtjev ovlašćenih lica i da zastarijeva u roku od pet godina od dana otvaranja nasljedstva.¹⁴

Za razliku od pomenutih prava, u Zakonu o nasljeđivanju Srbije predviđeno je da zaostavštinu ne čine dobra za koja su ostaviočevu imovinu uvećali njegovi potomci koji su s njime živjeli u zajednici i svojim trudom, zaradom ili inače mu pomagali u privređivanju, već ta dobra pripadaju potomku, srazmjerno dijelu za koji je uvećao ostaviočevu imovinu.¹⁵ Osim ove odredbe, u ZON-u Srbije nema više odredaba kojima se reguliše ovo pravo.

U pravu Republike Srpske i pravu Crne Gore izdvajanje na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine regulisano je na dvama mjestima. U uvodnim odredbama ZON-a Republike Srpske rečeno je da zaostavštinu ne čine dobra za „koje“¹⁶ su ostaviočevu imovinu uvećali njegovi potomci koji su sa njim živjeli u zajednici i svojim trudom, zaradom ili inače mu pomagali u privređivanju, već ta dobra pripadaju potomku, srazmjerno dijelu za koji je uvećao ostaviočevu imovinu.¹⁷ U ZON-u Crne Gore kazano je da zaostavštinu ne čini dio kojim je uvećana ostaviočeva imovina, nastao radom ili pomaganjem u privređivanju zakonskih nasljednika koji su živjeli u zajednici sa ostaviocem.¹⁸

Međutim, i u jednom i u drugom zakonu, u dijelu u kome se govori o pravu na nužni dio, navedeno je da određena lica koja su živjela u zajednici sa ostaviocem i svojim radom, zaradom ili mu na drugi način pomagala u privređivanju, imaju pravo da zahtijevaju da im se “iz zaostavštine izdvoji dio“ (istakao autor) koji odgovara njihovom doprinosu u povećanju vrijednosti ostaviočeve imovine.¹⁹ Ovo je očigledna redakcijska greška koja je nastala prilikom zakonske reforme. Pretpostavljamo, da je do ovoga došlo u namjeri da se po uzoru na Zakon o nasljeđivanju Srbije, u uvodnim odredbama zakona jasno naglasi da određena dobra ne čine zaostavštinu, pri čemu

35/73 i 27/78, čl. 35. Prema odredbama ovog zakona, pravo na izdvajanje su imala sva lica koja su živjela sa ostaviocem u zajedničkom domaćinstvu i svojim trudom, zaradom ili na drugi način mu pomagala u privređivanju.

13 Zakon za nasljeđivanje – ZON Makedonije, “Služben vesnik na R. Makedonija“, br. 47/96.

14 Vid.: Zakon o nasljeđivanju – ZON Hrvatske, “Narodne novine R. Hrvatske“, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, i 33/15, čl. 75.

15 Vid. Zakon o nasljeđivanju – ZON Srbije, “Službeni glasnik R. Srbije“, br. 46/95, 101/03 i 6/15, čl. 1, st. 4.

16 Iako je moguće da je u pitanju štamparska greška, ne bi nas začudilo da je zakonopisac iz neznanja pogriješio u rodu i broju.

17 Vid. Zakon o nasljeđivanju – ZON RS, “Službeni glasnik R. Srpske“, br. 1/09, 55/09 i 91/16, čl. 2, st. 4.

18 Vid. Zakon o nasljeđivanju – ZON CG, “Službeni list Crne Gore“, br. 74/08 i 75/17, čl. 3, st. 2.

19 Vid.: ZON RS, čl. 37; ZON CG, čl. 34.

je zaboravljeno da nema potrebe za ponavljanjem sličnih normi u ostatku zakonskog teksta.

U pravu Republike Srpske učinjena je još jedna redakcijska greška. U uvodnim odredbama Zakona, kao imaoci ovog prava pominju se samo potomci, dok su u dijelu Zakona u kome se reguliše izdvajanje iz zaostavštine navedeni još i usvojenici iz člana 21, stav 2 Zakona. S obzirom na to da se u pomenutom članu i pomenutom stavu propisuje da “u slučajevima u kojima usvojenik i njegovi potomci nasljeđuju usvojioca kao njegova djeca, usvojilac nasljeđuje usvojenika i njegove potomke“, postavlja se pitanje šta se željelo postići ovom normom.²⁰ Pošto se član 21 ZON-a Republike Srpske tiče nepotpunog usvojenja, pretpostavljamo da je namjera zakonodavca bila da propiše da se pravo na izdvajanje iz zaostavštine odnosi, kako na biološke potomke ostavioca, tako i na njegove usvojenike i njihove potomke iz potpunog,²¹ ali i iz nepotpunog usvojenja.²²

4. Nekoliko teorijskih napomena o institutu izdvajanja iz zaostavštine na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine

Kako se to u našoj pravnoj književnosti ističe, svrha izdvajanja na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine je u sprečavanju nasljednika da im pripadnu plodovi rada ostaviočevih potomaka.²³ S tim ciljem, uglavnom se u nasljednopravnim propisima predviđa ili da u sastav zaostavštine uopšte ne ulaze, ili da se iz nje izdvajaju i ne ulaze u obračunsku vrijednost zaostavštine, dobra koja čine doprinos uvećanju imovine ostavioca. Ova dobra pripadaju njihovim imaocima srazmjerno dijelu konkretnog uvećanja ostaviočeve imovine kome su doprinijela ova lica.²⁴ Da li će ovo pravilo biti predviđeno u zakonima o nasljeđivanju, ili u nekim drugim pravnim propisima, ili će se na njega primijeniti opšta pravna načela, potpuno je nebitno. *Ratio legis* ovog pravnog instituta je sasvim jasan i pojednostavljuje njegovu primjenu.

20 Istovjetno rješenje bilo je predviđeno u ZON-u SR BiH koji je poslužio kao uzor zakonopiscu u Republici Srpskoj. Vid. Zakon o nasljeđivanju, “Službeni list SR BiH“, br. 22/73, 22/75, 36/75, 38/78, 7/80, i 15/80, čl. 35, st. 1. Očigledno, da članovi zakonodavne komisije nisu razmišljali o smislu ovakve norme ni u ranijem, ni u novom pravnom propisu.

21 S obzirom na to da je u čl. 4, st. 1 ZON-a Republike Srpske predviđeno da je srodstvo iz potpunog usvojenja izjednačeno sa srodstvom po krvi, bilo koje pominjanje potomaka podrazumijeva i usvojenika iz potpune adopcije i njegove potomke.

22 Na ovakav zaključak ukazuje kako *ratio legis* ovog instituta, tako i opšta svrha usvojenja, ali i svrha isključenja i ograničenja nasljednih prava usvojenika kod nepotpunog usvojenja čijim je nepostojanjem uslovljeno nasljedno pravo usvojioca. Usvojenje nema za cilj da se nečija prava ograniče, nego da se maloljetnom djetetu obezbijedi odgovarajuće roditeljsko staranje. Isto tako, redukovanje nasljednih prava usvojenika iz nepotpunog usvojenja služi zaštiti interesa prirodnog potomstva usvojioca, a ne da se nečije pravo onemogući.

23 O ovome, sa upućivanjima, više vid. Đurđević, D., *Osnovi naslednog prava Crne Gore*, CID, Podgorica, 2010, str. 43, fn. 181.

24 Vid. Antić, O., *Nasledno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, str. 70. U navedenom djelu, na pomenutom mjestu, autor je greškom uz svojstvo lica koje ima ovo pravo – potomak, vezao i nasljedničko svojstvo, pa je naveo nasljednik-potomak. Pošto je nesporno da se ovim pravom mogu koristiti i potomci koji nisu u konkretnom slučaju postali nasljednici, i da je to pomenutom pravnom piscu, kao jednom od glavnih redaktora važećeg zakona o nasljeđivanju Srbije zasigurno bilo jasno, očigledno je u pitanju tehnička greška.

Iako u ranijoj pravnoj teoriji i pravnoj praksi nije postojao usaglašen stav o tome, mislimo da je stanovište po kome ovlašćena lica ovo pravo stiču u trenutku nastanka doprinosa, a ne u trenutku ostaviočeve smrti jedino ispravno i u skladu sa *ratio-om legis* ove ustanove. Stoga, smatramo da se ovlašćena lica mogu koristiti ovim pravom i prije i poslije smrti ostavioca. Ovaj pravni institut nema nasljednopravni karakter, barem ne u većini zakonodavstava sa prostora bivše SFRJ, i ne bi ga trebalo uslovljavati trenutkom delacije.²⁵

Da ipak postoje drugačija pravna shvatanja, svjedoče i zakonska rješenja iz hrvatskog prava. Za razliku od ostalih analiziranih zakonodavstava, u hrvatskom zakonodavstvu predviđeno je da potomak pravo na izdvajanje stiče u trenutku smrti ostavioca. Čini nam se, da je hrvatski zakonopisac bespotrebno ovaj pravni institut vezao za delaciju. Vrijeme kada će imalac ovog prava tražiti izdvajanje dobara odnosno dijela ostaviočeve imovine ne bi trebalo da bude ograničeno, ni u smislu početka, ni u smislu trajanja. Stoga, bespotrebno smatramo i pravilo iz hrvatskog prava po kome se ovim pravom imalac može služiti samo u roku od pet godina od trenutka otvaranja nasljeđa. Ovakvim zakonskim rješenjima hrvatski zakonopisac je donekle promijenio *ratio legis* instituta izdvajanja koji je nastao u nekadašnjem jugoslovenskom pravu. Zbog razmimoilaženja u pravnoj teoriji i pravnoj praksi u pogledu nekih procesnih pitanja u vezi sa ovim institutom, zakonotvorac u Hrvatskoj je posegao za ne baš solomonskim rješenjem. Razriješio je nedoumice izričitim normiranjem, ali se po svemu sudeći i udaljio od svrhe ove pravne ustanove.

Da ova ustanova nema nasljednopravnu prirodu, ukazuje i to što je potpuno nebitno da li su potomci i ostala ovlašćena lica postali nasljednici ostavioca u konkretnom slučaju. Oni mogu biti i nedostojni, i nesposobni, ne moraju ni doživjeti trenutak otvaranja nasljeđa, mogu biti i lišeni i isključeni iz prava na nužni dio, a mogu dati i negativnu nasljednu izjavu. Ništa od toga ne utiče na njihovo pravo da traže da im pripadne neko dobro koje, naoko, predstavlja ostaviočevu imovinu.

Doprinos uvećanju ostaviočeve imovine može biti učinjen u nekoliko vidova. Ovlašćeno lice je moglo u ostaviočevu imovinu unijeti neko novo dobro, ili doprinijeti povećanju vrijednosti postojećih dobara.²⁶ Takođe, moglo je to učiniti i isplatom ostaviočevih dugova, ili sprečavanjem propadanja nekih stvari iz ostaviočeve imovine.²⁷ Punoljetstvo ili radna sposobnost ovlašćenih lica nisu preduslovi za sticanje ovog prava, kao ni postojanje sporazuma o zajedničkom sticanju, koji bi bio zaključen između ostavioca i ovlašćenog lica.²⁸

25 O ovome, sa upućivanjima, vid. Đurđević, D., *op. cit.*, str. 44.

26 "Redovno obavljanje uobičajenih poslova u poljoprivredi, da se održi kvalitet i bonitet zemljišta, ne može se smatrati povećanjem vrijednosti imanja u smislu čl. 37 Zakona o nasljeđivanju. U tako nešto se računaju samo rad i ulaganja koja povećavaju vrijednost imovine." Vid. Odluka VS Hrvatske Rev-2632/99-2 od 25.03.2003. god.

27 O ovome, sa upućivanjima, više vid.: Đurđević, D., *Osnovi naslednog prava Crne Gore*, CID, Podgorica, 2010, str. 45; Stojanović, N., *Nasledno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2011, str. 51.

28 O ovome, sa upućivanjima, vid. Đurđević, D., *op. cit.*, str. 45, fn. 187 i 188.

"Za sticanje imovine u porodičnoj zajednici nije nužno postojanje sporazuma o zajedničkom sticanju. Imovina stečena u toku trajanja porodične zajednice je zajednička imovina svih članova zajednice koji su učestvovali u njenom sticanju." Vid. Presuda VS Srbije, Rev. 5457/98 od 10.12.1998. god.

S obzirom na to da je u pravnoj teoriji i pravnoj praksi bilo različitih stavova, nije zgoreg da napomenemo da će se doprinos za koji je ovlašćeno lice uvećalo ostaviočevu imovinu, obračunati i isplatiti tom licu kao isključivo pravo svojine ili kao susvojina na nekoj stvari, ili će se ovaj doprinos isplatiti u novcu. O načinu namirenja na ime doprinosa, sporazumjeće se ostaviočevi nasljednici i ovlašćeno lice. Ako ne postignu dogovor, o načinu namirenja odlučiće sud na osnovu pravila o diobi zaostavštine.²⁹

Ako su imaooci prava na izdvajanje ujedno i nasljednici, oni ovo svoje pravo mogu ostvariti u ostavinskom postupku, odnosno u parničnom postupku kao dopunskom načinu raspravljanja zaostavštine ako se pojavi spor oko prava na izdvajanje, tačnije oko sastava zaostavštine. Ukoliko su pak imaooci prava lica koja nisu nasljednici ostavioaca u konkretnom slučaju, oni svoje pravo mogu ishodovati u parničnom postupku, putem tužbe za utvrđenje i diobu zajedničkih stvari ili imovine,³⁰ ili tužbe zbog neosnovanog obogaćenja.³¹

U parničnom postupku svoje pravo mogu ostvariti i ovlašćena lica koja imaju svojstvo nasljednika – kada nisu učestvovala u ostavinskom postupku, kada postoje razlozi za ponavljanje postupka, kada su bili upućeni na parnicu ali u datom roku nisu pokrenuli pomoćnu parnicu, ali i kada su učestvovali u ostavinskom postupku i uopšte nisu isticali zahtjev za izdvajanjem iz sastava zaostavštine. Premda bi se u prvi mah moglo pomisliti da je ovdje u pitanju parnični postupak kao korektivni način raspravljanja zaostavštine,³² zbog činjenice da ovdje nije riječ o nasljednopravnom zahtjevu, mislimo da je pravilnije reći da će imaooci prava na osnovu doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine, svoj zahtjev moći istaći u naknadnom parničnom postupku.

Pravo na izdvajanje iz zaostavštine nema nasljednopravnu prirodu i na njega se ne mogu odnositi pravila ostavinskog postupka. Pravilo po kome lice koje je učestvovalo u ostavinskom postupku svoj zahtjev ne može kasnije istaći u parničnom postupku, osim u slučaju postojanja razloga za ponavljanje postupka ili je bilo upućeno na parnicu ali je u datom roku nije pokrenulo, ne odnosi se na lica koja imaju pravo da zahtijevaju izdvajanje na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine. Ovo pravilo se odnosi na nasljednopravni zahtjev, a ne na zahtjev za izdvajanjem iz sastava zaostavštine.

Iako su u ovom pogledu postojala različita shvatanja u pravnoj teoriji³³ i pravnoj praksi,³⁴ čini nam se da su u pravu autori i sudovi koji smatraju da dio rješenja

29 Vid. Antić, O.; Balinovac, Z., *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Nomos, Beograd, 1996, str. 97.

30 U skladu sa odredbama porodičnopravnih propisa o sticanju zajedničke imovine članova porodične zajednice.

31 Na osnovu odredaba obligacionopravnih propisa kojima se uređuju pravila u vezi sa sticanjem bez osnova.

32 U pravnoj književnosti se ističe da parnični postupak kao korektivni način raspravljanja zaostavštine postoji kada se nasljednopravni zahtjevom obara pretpostavka o istinitosti nasljednopravnih dejstava koja su utvrđena pravnosnažnim ostavinskim rješenjem. Vid. Đurđević, D., *op. cit.*, str. 398.

33 Pojedini autori smatraju da su potomci koji su učestvovali u ostavinskom postupku “vezani” pravnosnažnim rješenjem o nasljeđivanju i ne mogu pravo na izdvajanje isticati u naknadnoj parnici. Vid. Đorđević, V.; Svorcan, S., *Nasledno pravo*, Komino trade, Kragujevac – Kraljevo, 1997, str. 66.

34 “Stranka koja u ostavinskom postupku nije zahtijevala izdvajanje dijela ostavine u smislu člana 35

o nasljeđivanju koji se odnosi na sastav zaostavštine ne stiće svojstvo materijalne pravnosnažnosti.³⁵ Učesnik u ostavinskom postupku može i nakon pravnosnažnosti rješenja o nasljeđivanju istaći zahtjev koji nije nasljednopravne prirode, a kojim zahtijeva da se iz zaostavštine izdvoje neke stvari ili prava.³⁶ Samim tim, i lice koje ima pravo na izdvajanje na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine, može podići tužbu s tim zahtjevom i nakon pravnosnažnosti ostavinskog rješenja donesenog u ostavinskom postupku u kome je učestvovalo.³⁷

5. Prijedlozi *de lege ferenda*

Pojedini pravni pisci smatraju da u zakonima o nasljeđivanju nije neophodna odredba o izdvajanju na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine. S obzirom na to da je u nasljednopravnim propisima određeno da zaostavštinu čini samo ono što je ostaviočevo, nema potrebe za preciziranjem pojedinih dobara koja ne ulaze u sastav zaostavštine. To pogotovo nema smisla, ako se uzme u obzir da su pomenuta samo neka od dobara, iako takvih ima još mnogo.³⁸ Pritom, neki autori ističu da je usvajanjem odgovarajućih porodičnopravnih, stvarnopravnih i obligacionopravnih propisa ova materija uređena, te nema potrebe za udvajanjem zakonskih odredaba.³⁹ U vrijeme usvajanja saveznog Zakona o nasljeđivanju iz 1955. god., s obzirom na nepostojanje pomenutih pravnih propisa, bilo je opravdano normiranje ovog pravnog odnosa u zakonu o nasljeđivanju. Međutim, u posljednje vrijeme, to je postalo bespotrebno.⁴⁰

Čini nam se, da su pomenuti pravni teoretičari u pravu, barem kada su u pitanju neka od proučavanih zakonodavstava. Zbog toga, mislimo da makedonski zakonopisac nije pogriješio kada je ovu zakonsku odredbu izostavio, a tako bi mogli postupiti još neki zakonopisci sa prostora nekadašnje Jugoslavije. Primjera radi, prilikom budućih zakonodavnih izmjena u pravu Srbije i pravu Crne Gore, iz zakona o nasljeđivanju bi se mogla brisati odredba po kojoj zaostavštinu ne čine dobra za koja su ostaviočevu imovinu uvećali njegovi potomci koji su s njime živjeli u zajednici i svojim trudom, zaradom ili inače mu pomagali u privređivanju.⁴¹ Ovo

Zakona o nasljeđivanju, pa joj shodno tome nije ni priznato pravo da takav zahtjev ostvaruje u parnici, ne može taj zahtjev isticati nakon pravnosnažnosti rješenja o nasljeđivanju.“ Vid. Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 070-0-Rev-08-000268 od 31.03.2009. god.

35 Vid. Babić, I, *Dejstvo pravnosnažnog rješenja o nasljeđivanju*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 3-4/1993, str. 382; Đurđević, D., *op. cit.*, str. 368.

36 “Potomak koji je učestvovao u ostavinskom postupku može istaknuti zahtjev za izdvajanje dijela iz zaostavštine koji odgovara njegovom doprinosu u povećanju vrijednosti ostaviočeve imovine i u posebnoj parnici nakon pravnosnažnog okončanja ostavinskog postupka.“ Vid. Odluka VS BiH, Rev-290/86 od 12.12.1986. god.

37 Hrvatski zakonopisac i ovdje pravi bitnu razliku u odnosu na ostala proučavana zakonodavstva, predviđajući da: “Pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju nisu vezane osobe koje tvrde da im pripada neko pravo glede onoga za što je utvrđeno da je u sastavu ostavine, ako nisu kao stranke sudjelovale u ostavinskoj raspravi, niti su na nju bile uredno osobno pozvane.“ Vid. ZON Hrvatske, čl. 232, st. 3.

38 Vid. Stojanović, N., *op. cit.*, str. 50.

39 Vid. Antić, O.; Balinovac, Z., *op. cit.*, str. 97.

40 Ibid.

41 U Prednacrtu građanskog zakonika Srbije, ove odredbe su ipak ostale. Vid. *Prednacrt građanskog*

pitanje je već uređeno porodičnopравnim propisima u dijelu u kome se reguliše sticanje zajedničke imovine članova porodične zajednice.⁴²

Postojanje odredaba o izdvajanju na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine u zakonima o nasljeđivanju može biti opravdano kada pozitivnim propisima nije regulisano sticanje zajedničke imovine članova porodičnog domaćinstva, kao što je to recimo u pravu Republike Srpske. Međutim, čak i u takvim zakonodavstvima, primjenom opštih pravila imovinskog prava moguće je doći do sličnih zaključaka.⁴³ Drugi pak slučaj kada bi bilo cjelishodno normiranje ovog pravnog odnosa u nasljednopравnim propisima jeste kod prihvatanja zakonskih rješenja kao u hrvatskom pravu, gdje ovaj pravni institut ima neka nasljednopравna obilježja, sa čim se načelno ne slažemo.

Ukoliko zakonotvorci u proučavanim zakonodavstvima ipak odluče da i dalje treba da postoje odredbe o izdvajanju na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine u zakonima o nasljeđivanju, ne bi bilo loše da povedu više računa o preciznosti zakonskih rješenja. Primjera radi, u pravu Republike Srpske i pravu Crne Gore, trebalo bi brisati odredbe kojima se ovo pitanje uređuje u dijelu zakona koji se odnosi na pravo na nužni dio. Dovoljne su uvodne odredbe zakona u kojima se govori da zaostavština ne čine dobra za koja su ostaviočevu imovinu uvećali njegovi potomci koji su s njime živjeli u zajednici i svojim trudom, zaradom ili inače mu pomagali u privređivanju, već ta dobra pripadaju potomku, srazmjerno dijelu za koji je uvećao ostaviočevu imovinu.

Čini nam se da ovakvo zakonsko određenje po uzoru na pravo Srbije (uz određene izmjene u pogledu kruga ovlašćenih lica, o čemu ćemo kasnije govoriti) najviše odgovara svrsi ove pravne ustanove. Zakonsko rješenje iz ranijeg saveznog Zakona o nasljeđivanju, kao i važeća zakonska rješenja iz prava Federacije BiH, Brčko Distrikta BiH i Slovenije, a pogotovo zakonsko rješenje iz hrvatskog prava, ovom pravnom institutu manje ili više pridaju bespotrebna nasljednopравna obilježja. Bilo kakvo pominjanje “izdvajanja iz sastava zaostavštine“, kao i pominjanje “dijela“ koji treba izdvojiti,⁴⁴ stvaraju zabunu kod tumačenja i primjene ovog pravila. Zato su u pravnoj teoriji i pravnoj praksi dugo postojala mišljenja po kojima se potomci ovim pravom nisu mogli koristiti za života ostavioča, a nakon njegove smrti ovo pravo im je ponekada dodijeljivano u vidu alikvotnog dijela zaostavštine, što ne smatramo ispravnim.

Pravo potomaka da im pripadnu plodovi njihovog rada nije nikakvo nasljedno pravo, a to se u pojedinim zakonima izričito i naglašava.⁴⁵ Ako je to tako, onda

zakonika Srbije, četvrta knjiga, Nasljeđivanje, Beograd, 2014, čl. 1.

42 O sticanju zajedničke imovine članova porodične zajednice u pravu Srbije i pravu Crne Gore, više vid.: Panov, S., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, str. 355–356; Đurđević, D., *Osnovi porodičnog prava Crne Gore*, CID, Podgorica, 2008, str. 321–326.

43 O evoluciji sudske prakse u tom pogledu, čak i u vrijeme kada nisu bili usvojeni stvarnopравni propisi na saveznom nivou, više vid. Antić, O.; Balinovac, Z., *op. cit.*, str. 97–98.

44 Iako je crnogorski zakonopisac nastojao da prihvati rješenja iz prava Srbije, učinio je jednu naoko nebitnu, a ipak suštinski bitnu razliku. Umjesto “dobra” koja se pominju u srpskom pravu, u crnogorskom pravu se pominje “dio” kojim je uvećana ostaviočeva imovina.

45 Vid. ZON Hrvatske, čl. 75, st. 1. – “Neovisno o svome nasljednom pravu...”

i prilikom zakonskog određenja ne bi trebalo pominjati izdvajanje iz “sastava zaostavštine“, niti bi trebalo govoriti o “dijelu“ zaostavštine. Najprimjerenijim nam se čini određenje po kome zaostavštinu “ne čine dobra“ za koja su ostaviočevu imovinu uvećala određena lica. Ovim se jasno ističe da ovaj pravni institut služi za zaštitu pojedinih lica koja imaju određena prava na nekim dobrima koja se iz nekog razloga vode kao ostaviočeva imovina. U tom smislu, možda i sam naslov našeg rada nije sasvim precizan jer u nekim od proučavanih zakonodavstava i nije riječ o izdvajanju na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine, ali smo se zbog zajedničke pravne tradicije i učestalosti korišćenja ipak poslužili ovom sintagmom.

6. Nekoliko napomena o nedoumicama u vezi sa tumačenjem i primjenom pravila o izdvajanju iz sastava zaostavštine u pojedinim zakonodavstvima

Dok zakonodavci ne promijene postojeća zakonska rješenja, moramo skrenuti pažnju na nekoliko nedoumica koje mogu nastati u pogledu tumačenja zakonskih odredaba o izdvajanju na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine u pojedinim zakonodavstvima. Ovdje prije svega mislimo na primjenu ovog instituta u vezi sa srodničkim odnosima nastalim iz potpunog i nepotpunog usvojenja, jer se u nekim zakonima kao ovlašćena lica pominju samo potomci, a ne i usvojenici i njihovi potomci.

S obzirom na to da se u crnogorskom pravu kao lica ovlašćena na sticanje prava na izdvajanje na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine pominju sva lica iz kruga zakonskih nasljednika, jasno je da se među njima misli i na usvojioca i usvojenika i njegove potomke, kako iz potpunog, tako i nepotpunog usvojenja. Takođe, pošto su u pravu Slovenije pored potomaka izričito pomenuti i usvojenici i njihovi potomci, a u pravu Republike Srpske, Federacije BiH i Brčko Distrikta BiH usvojenici, ni tamo nema spora da se ovim pravom mogu koristiti adoptivni srodnici iz oba vida usvojenja. Ostaje nam da razmotrimo da li se u pravu Srbije i pravu Hrvatske pod potomcima mogu podrazumijevati usvojenici iz potpunog i nepotpunog usvojenja.

Iako je u zakonima o nasljeđivanju ovih zemalja pomenut samo potomak, može se braniti shvatanje po kome izdvajanje na ime doprinosa osim potomaka imaju i usvojenici i njihovi potomci. Jednako važi i za potpuno i za nepotuno usvojenje. Svrha ovog pravnog instituta to opravdava, te se ciljnim tumačenjem dolazi do ovakvog zaključka. Na ovo ukazuju i odredbe odgovarajućih porodičnopravnih propisa kojima je uređeno sticanje zajedničke imovine članova porodične zajednice među kojima se pominju i adoptivni srodnici, kao i opšta pravila imovinskog prava. Nepominjanje usvojenika u ovim zakonodavstvima, posljedica je stava da se to podrazumijeva, ili je u pitanju omaška zakonopisca.

Ipak, da ne bi bilo zabuna šta se podrazumijeva pod potomcima, mislimo da bi u zakonima o nasljeđivanju u kojima to nije do sada regulisano, osim potomaka trebalo izričito pomenuti i usvojenike i njihove potomke kao imaoce prava na izdvajanje na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine. Mada, mislimo da bi bilo najbolje – dok se ovo pravo izričito ne reguliše porodičnopravnim propisima u

svim zakonodavstvima, po uzoru na crnogorsko pravo predvidjeti da se ovim pravom mogu koristiti sva lica iz kruga zakonskih nasljednika. Time bi se uredilo, ne samo pravo usvojenika i njegovih potomaka, nego i pravo usvojioca, kao i svih onih sa kojima ostavilac najčešće živi i privređuje. Ovako, u zakonodavstvima u kojima je ovo pravo predviđeno za potomke (i usvojenike), usvojioci kao i ostala lica koja su bila u zajednici života sa ostavioцем, svoje pravo mogu ostvarivati na osnovu opštih pravila imovinskog prava ili na osnovu porodičnopravnih odredaba. Iako je zahtjev suštinski isti u slučaju spora oko ovog prava, bilo da je u pitanju potomak koji svoje pravo izvodi iz nasljednopravne norme, ili neki drugi član porodične zajednice koji pravo ima na osnovu opštih pravila ili porodičnopravnih odredaba, nešto lakši je položaj potomka. Ako ništa drugo, ostavioćevim nasljednicima je lakše shvatiti i prihvatiti pravo iz izričite pravne norme, nego iz načelnih odredaba imovinskog prava, pa je moguće da će zbog toga biti manje sporova.

Osim uslova u pogledu zajednice života sa ostavioćem,⁴⁶ pomaganja u privređivanju i doprinosa uvećanju ostavioćeve imovine,⁴⁷ na strani ovlašćenih lica, pa tako i lica iz usvojeničkog odnosa, nije potrebno ispunjenje bilo kakvog drugog uslova. Iako bi se na prvi pogled moglo pomisliti da je potrebno da u trenutku smrti ostavioca postoji pravnobitna veza između ostavioca i ovlašćenog lica, to nije tako. Naime, i u zakonodavstvima u kojima je ovo pravo ograničeno samo na potomke, ili potomke i usvojenike i njihove potomke, pa čak i na sva lica iz kruga zakonskih nasljednika, u krajnjem, to sem nekih sitnijih procesnopravnih problema, nema nikakvog uticaja. Osim nešto učestalijih sporova kada se na ovo pravo pozivaju lica koja nisu izričito navedena u zakonskim odredbama, te mogućnosti da se ovo pravo ostvari tokom ostavinskog postupka ako su u svojstvu ovlašćenika nasljednici u konkretnom slučaju, nema nikakvih drugih razlika.

To znači, da eventualno utvrđivanje ništavosti usvojenja i utvrđivanje osnovanosti zahtjeva za raskidom nepotpunog usvojenja, nakon smrti nekog od lica iz usvojeničkog odnosa, ništa ne mijenja u pogledu prava na izdvajanje iz sastava zaostavštine na ime doprinosa uvećanju ostavioćeve imovine. Jedino što je važno, je to da su ova lica bila u zajednici života sa ostavioćem bilo kada, i da su svojim radom ili na drugi način doprinijeli uvećanju njegove imovine. I u slučaju nepostojanja izričite pravne norme u nasljednopravnim ili porodičnopravnim propisima, ovim

46 U pravnoj književnosti raspravljano je da li zajednica života treba da postoji u trenutku ostavioćeve smrti, ili pravo na izdvajanje imaju i lica koja su bilo kada sa ostavioćem u zajedničkom životu doprinijela uvećanju njegove imovine. Pravilno je zaključeno da nikakvog uticaja na ostvarenje ovog prava nema činjenica kada je doprinos ostvaren, tj. zajednica života ne mora postojati u trenutku otvaranja nasljeđa. O ovome, sa upućivanjima, vid. Stojanović, N., *op. cit.*, str. 51, fn. 230 i 231.

“Za razliku od drugostepenog suda, pravilno je prvostepeni sud ocijenio da za ostvarenje prve pretpostavke nije potrebno da su potomci sa ostavioćem živjeli u zajedničkom domaćinstvu. Življenje u zajednici predstavlja širi oblik zajedničkog života od zajedničkog domaćinstva.“ Vid. Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 53 0 P 003122 15 Rev od 30.09.2015. god.

47 “Izdvajanju dijela zaostavštine u korist potomka koji je privređivao sa ostaviteljem ima mjesta samo u slučaju kumulativnog ispunjenja sljedećih zakonskih uslova: a) da je potomak živio u zajednici sa ostaviteljem; b) da je svojim radom i pomaganjem u privređivanju doprinio toj zajednici; c) da je taj rad uticao na povećanje vrijednosti ostavioćeve imovine.“ Vid. Rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH, Rev 325/2010 od 10.5.2011. god.

licima to pravo ne može biti uskraćeno. Njima ovaj dio pripada po opštim pravilima imovinskog prava.

Primjera radi, u Porodičnom zakonu Srbije kao imaoci prava na sticanje zajedničke imovine članova porodične zajednice, predviđeni su krvni, tazbinski i adoptivni srodnici supružnika odnosno vanbračnih partnera koji zajedno sa njima žive. Takođe, rečeno je da se na imovinske odnose supružnika, vanbračnih partnera, djeteta i roditelja te članova porodične zajednice koji nisu uređeni ovim zakonom, primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuju svojinskopравни odnosi i zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi.⁴⁸ To znači, da svako lice koje je živjelo u zajedničkom domaćinstvu sa ostavioцем i uvećalo je njegovu imovinu, ima pravo da zahtijeva da mu pripadne njegov dio. Pojedini pravni teoretičari napominju da ovdje nije riječ ni o kakvom “izdvajanju iz zaostavštine“, nego o razlučenju onoga što nije u sastavu zaostavštine. Takođe, oni ističu da sudska odluka kojom se utvrđuje ovo pravo nema konstitutivni nego deklarativni karakter.⁴⁹

7. Zaključak

U nekim zakonodavstvima nastalim na prostoru nekadašnje Jugoslavije, institut izdvajanja iz zaostavštine na ime doprinosa uvećanju ostaviočeve imovine uređen je nasljednopravnim propisima u dijelu kojim je regulisano izračunavanje nužnog i raspoloživog dijela, dok je u pojedinima ovo pitanje uređeno uvodnim odredbama zakona o nasljeđivanju kojima je predviđeno da zaostavštinu ne čine dobra za koja su ostaviočevu imovinu uvećali pojedini zakonski nasljednici. Neki zakonodavci su ovu ustanovu regulisali na oba pomenuta mjesta, protivrječno i po svemu sudeći greškom, dok su se pojedini zakonotvorci opredijelili za rješenje po kome je ovo pravo u principu nezavisno od nasljednog prava, ali ipak ima neka nasljednopravna obilježja i zastarijeva u određenom roku po otvaranju nasljeđa.

S obzirom na to da je ovo pitanje u većini proučavanih prava detaljnije uređeno porodičnopravnim, stvarnopravnim i obligacionopravnim propisima, prestala je i potreba za predviđanjem ovih pravila u zakonima o nasljeđivanju, pa predlažemo brisanje postojećih odredaba. U slučaju da se zakonotvorci ipak odluče da zadrže odredbe o ovom institutu u nasljednopravnim propisima, mislimo da bi po uzoru na pravo Srbije i u ostalim zakonodavstvima trebalo prihvatiti rješenje po kome “zaostavštinu ne čine dobra“ za koja su ostaviočevu imovinu uvećali pojedini zakonski nasljednici. Ovakvo određenje je u potpunosti u skladu sa *ratio-m legis* ove ustanove.

Bilo kakvo predviđanje roka zastarjelosti, načelno je u suprotnosti sa pravnom prirodom ovog prava. Dok se ovo pravo izričito ne reguliše porodičnopravnim ili stvarnopravnim propisima u pojedinim zakonodavstvima, u zakonima o nasljeđivanju bi trebalo predvidjeti da se ovim pravom mogu koristiti sva lica iz kruga zakonskih nasljednika, a ne samo neka.

48 Vid. Porodični zakon – PZ Srbije, “Službeni glasnik R. Srbije“, br. 18/05, 72/11 i 6/15, čl. 195 i 196.

49 Vid. Đorđević, V.; Svorcan, S., *op. cit.*, str. 64 i 66.

Dr. sc. Dimitrije Čeranić, Assistant Professor
Faculty of Law University of East Sarajevo

ALLOCATION ON THE NAME OF THE CONTRIBUTION TO INCREASE OF THE DECEDENT'S PROPERTY

Summary

Using the historical, comparative, sociological and normative method, the author considers the legal regulations of the institution of the separation on the name of the contribution to the increase of the decedent's property in rights created on territory of the former Yugoslavia. In some legislation, this institute is regulated by the successive regulations in the part that regulates the calculation necessary and available part and allocation from inheritance, while in some cases this issue is regulated by introductory articles of the law on inheritance in which is regulated on the way that inheritance does not consist of goods for which deceased's property is increased by some legal successors. Some legislators have regulated this institution in both of mentioned places, what is contradictory, while some legislators have chosen a solution where this right is independent from inheritance law, but there are some inheritance law elements and outdates within a certain period of time after opening of the succession. In Macedonian law, which is different from the mentioned, this institute was omitted from inheritance regulation.

The author concludes that the legal solution in which the inheritance does not include goods by which some legal successors have increased deceased's property is completely in accordance with *ratio legis* of this institute, according to which everybody should have the right on the results of one own's labor. Any anticipation of the limitation period is, in principle, contrary to the legal nature of this right. The author also concludes that while this right is not explicitly regulated by family law or substantive law in certain legislation, it should be envisaged in the laws of inheritance that all, and not just some, persons from the circle of legal heirs should have this right.

Key words: inheritance, contribution to the increase of the decedent's property, family community.

Dr. sc. Ajdin Huseinspahić, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

NASLJEDNOPRAVNI STATUS SUPRUŽNIKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Važnost, kompleksnost i partikularizam regulisanja nasljednopravnog statusa bračnog i vanbračnog partnera u entitetu Federaciji BiH (F BiH), supružnika u entitetu Republika Srpska (RS) i bračnog druga na području Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (BD BiH) su razlogom naučno-istraživačke opservacije ove teme. Sva tri zakona o nasljeđivanju u BiH su bračnom partneru/supružniku/bračnom drugu dodijelila pravo na zakonsko nasljeđivanje, nakon čega su na različite načine regulisali pojedine nasljednopravne institute čiji su subjekti supružnici. Dok je zakonodavac u entitetu F BiH izjednačio nasljednopravni status bračnog i vanbračnog supružnika, dopuštajući im da međusobno sklope ugovor o nasljeđivanju, zakonodavci u entitetu RS i BD BiH, ne samo da ne regulišu, nego, u potpunosti ignorišu bilo kakvo nasljednopravno dejstvo vanbračne zajednice kao i postojanje bilo kakve mogućnosti za sklapanjem ugovora o nasljeđivanju. Iz navedenog zaključujemo da su razlike između lica koja su svoj nasljednopravni status stekli sklapanjem braka (u F BiH i zasnivanjem vanbračne zajednice), ne samo terminološke prirode nego i suštinskog karaktera. Ovakav pristup otvara vrata interlokalnog/unutrašnjeg sukoba zakona koji zahtijeva dodatni napor ne samo sudija i drugih praktičara prilikom rješavanja sporova nego i zakonodavaca. Da bi sagledali sve prednosti i nedostatke nasljednopravnog statusa supružnika u BiH nužno ih je opservirati u njihovim ulogama zakonskih, nužnih, testamentalnih ili ugovornih nasljednika kao i lica u čiju korist/teret nasljedni dijelovi drugih lica bivaju korigovani, kao i u ulozi lica koja polažu pravo na izdvajanje određenih predmeta iz zaostavštine, te na koncu sagledavanja razloga zbog čijeg postojanja supružnici nemaju pravo na nasljeđivanje. Pored toga, u radu je posebno fokusiran senzibilitet sva tri zakonodavca kada je riječ o posebnom nasljedno-pravnom statusu supružnika.

Ključne riječi: supružnik, naslijeđe, zakonski dio, nužni dio, ugovor o nasljeđivanju.

Uvod

Historijski posmatrano, nasljedno-pravni odnosi su razvijani postepeno, shodno stepenu dostignutog ekonomskog razvoja društva. Tako su u ekonomski nerazvijenim društvima nasljedno-pravni odnosi bivali kohezivnim faktorom i kamenom-temeljcem opstanka zajednice, da bi vremenom, jačanjem ekonomskog

statusa pojedinaca, a samim tim i zajednice, nasljedno-pravni odnosi postajali „fleksibilnijim“, odnosno dispozitivnijim odnosom, gubeći karakter kogentnosti. Zapravo, u uslovima privrednog prosperiteta zajednice nasljedno-pravni odnosi su gubili svojstvo odnosa od opšteg interesa te sve više postajali širokim poljem dispozitivnosti. Tako su ostavitelji mogli sačinjavati testamente i činiti poklone, dok potencijalni nasljednici nisu morali prihvatiti nasljedstvo. No, i u takvim uslovima pojedine kategorije nasljednika su bile različito tretirane bivajući tako marginalizovane i diskriminirane. Među tim grupama nasljednika posebno izdvajamo žene-supruge, čiji nasljedno-pravni status je vijekovima, na području Europe (pa i šire), predstavljao „sivo pravno područje“. Tek sa pojavom modernih pravnih kodifikacija ovom pitanju je ozbiljnije pristupano.

Dok je u prošlosti pitanje nasljedno-pravnog statusa supruge bivalo društvenim kamenom-spoticanja, danas je pravna slika nešto drugačija, pošto je nasljedno-pravni akcent sa supruge premješten na nasljedni status supružnika koji je u pojedinim pravnim porecima posebno uređen. Zapravo, usudili bi se konstatovati da je na djelu pozitivna diskriminacija kroz posebne nasljedno-pravne odredbe kada su u pitanju supružnici. Slična situacija je i u partikularnom bosanskohercegovačkom pravnom sistemu. S tim u vezi, u radu ćemo se i fokusirati upravo na poseban status supružnika u nasljednom pravu u Bosni i Hercegovini (BiH).

1. Korijeni nasljedno-pravnog statusa supružnika u romansko-germanskom pravnom sistemu

U pretklasično i klasično doba svrha braka, kojim je oficijelno bivala konstituisana rimska porodica (*familia*), je ostala ista kao i u starijem razdoblju: brak je još uvijek društvena činjenica, a ne civilnopravni odnos.¹ Tako je rimski brak i u tom periodu imao dva oblika i to: brak *cum manu* i brak *sine manu*.² Dok kod prvog oblika braka žena dolazi pod vlast muža, u braku *sine manu* to nije bio slučaj.³ Brak *cum manu* bio je tipičan brak starog prava. Žena postaje članom muževljeve porodice i dolazi u direktnu zavisnost od *pater familiasa*.⁴ Samim tim bivale su prekinute sve pravne veze žene sa njenim prijašnjim domusom. Žena nije više bila agnat u očevoj porodici, ali je sklapanjem braka postajala agnat sa agnatima muža. U novoj porodici ona je imala pravni status jednak statusu ostalih žena, a sva imovina žene u ovom braku koju je donijela i ostvarila prelazila je na starješinu nove porodice. Osnovno i jedino pravo koje je dobijala žena ulazeći u ovaj tip braka bilo je pravo nasljeđivanja. Naime, žena je bila izjednačena u nasljednim pravima sa ostalim ženskim članovima

1 Brak po civilnom pravu (*matrimonium iustum*) je trajna veza rimskog građanina sa ženom koja je Rimljanka ili bar koja ima *connubium*. Djeca iz takvog braka su rimski građani i potpadaju pod vlast oca porodice (*pater familias*). Više vidjeti: M. Boras/L. Margetić, *Rimsko pravo*, Informator, Zagreb, 1986, 82.

2 M. Horvat, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1974,

3 Više vidjeti: M. Jovanović, *Komentar starog rimskog ius civile*, knjiga prva *leges regiae*, Pravni fakultet Niš, Centar za publikacije, Niš 2002, 62-63.

4 O ovlastima *pater familiasa* vidjeti: B.W. Frier/T.A.J. McGinn, *A Casebook on Roman family law*, Oxford University Press, Oxford, 1943, 189-192.

domus-a.⁵ U braku bez *manus*-a, koji je bio tipičan za klasični i postklasični razvoj rimske države, zbog pretvaranja porodice u zajednicu potrošača te zbog privrednog i društvenog osamostaljenja žene, žena nije postajala agnat sa agnatima muža; zapravo ona je ostajala agnat u svojoj ranijoj porodici, a lice *sui iuris*, ako je ovaj položaj imala u času zaključenja braka.⁶ Znači, sama činjenica sklapanja ovog braka nije uticala niti na pravnu, niti na poslovnu sposobnost žene.⁷ No, ovaj brak je proizvodio druge učinke. Naime, muž i žena su bili ravnopravni, odnosno uzajamno obavezni na poštovanja i pomaganje, bili su obavezni na uzajamnu vjernost, kao i na suzdržavanje od svakog akta kojim bi bilo dovedeno u pitanje postojanje bračne zajednice. Zbog toga nisu smjeli da se kao supružnici uzajamno tuže, kao ni da jedno protiv drugog svjedoče. Žena je dobijala društveni status i domicil muža, kao i pravo da od muža zahtijeva izdržavanje.⁸ Muž je mogao zahtijevati da žena živi u njegovom domaćinstvu, a što nam ukazuje na činjenicu da muž nije *ex lege* imao pravo „dovođenja u domus“, te da je žena imala pravo odlučiti da li će udovoljiti muževom zahtjevu. Uz to, muž je imao pravo da upravlja miraznim dobrima žene sve dotle dok je miraz koristio „*ad onera matrimonii sustinenda*“.⁹ U odnosu na ostalu ženinu imovinu (*bona parapherna*) muž nije imao baš nikakvih prava, ukoliko žena posebnim ugovorom (*mandatum, depositum*)¹⁰ nije na njega prenijela čuvanje i upravljanje svojom posebnom imovinom.¹¹ Ovakav društveni položaj žene u braku bez manusa bio je narušen negiranjem nasljednih prava žene u porodici muža, a koji je čak dovodio i do negiranja međusobnih nasljednih prava između majke i djece, jer se ova lica nisu nalazila u agnatskom nego samo u kognatskom srodstvu.¹²

Vlast porodičnog starješine nad ukućanima koja je inkorporisala široki spektar imovinskih i ličnih ovlašćenja nad njima se označavala kao *patria potestas*. Očinska vlast (*patria potestas*)¹³ je doživotna i u najstarije vrijeme neograničena vlast kućnog

5 M. Horvat, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1974, 76-77.

6 G. Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer Heidelberg New York Dordrecht London, 2012, 101-104.

7 I. Puhan, *Rimsko pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1974, 167.

8 *Ibid.*

9 Ovo je bilo usko vezano sa tadašnjom tendencijom da predbračnim poklonima olakša „vođenje domaćinstva“, a za što je bila presudna uloga miraza. Vidjeti: A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of the Roman Law*, The American Philosophical Society Independence Square, Philadelphia, 1991, 608.

10 Brak se u pravu srednjovjekovne Franačke države sklapao ugovorom između budućeg muža i oca mladenke. Sastojao se od tri simbolična čina i to: simbolične kupovine, koja se smatrala kao zaručke (*mundij* je time prelazio na zaručnika), davanja miraza koji je od VII vijeka obligatoran i predaje djevojke mužu, tzv. *traditio puellae*. K. Bastaić/B. Krizman, *Opća historija države i prava - pregled razvitka*, Informator, Zagreb, 1976, 90.

11 Zabranom intercesije ili jemstva žene u korist muža dodatno je ojačana imovinska samostalnost žene, a što se jasno može pročitati iz edikata Augusta i Klaudija. Shono *oratio Antonini* pokloni među bračnim drugovima su mogli biti osnaženi samo u slučaju, ako je bračni drug-poklonodavac umro prije, a za vrijeme života nije opozvao darovanje. W.B. Frier/A.J.T. McGinn, 464-467 i 483.

12 Ova nepravedna pravila nasljednog prava biće ispravljena naknadnim donošenjem dvije senatorske odluke (*Sc. Tertulianum* i *Sc. Orphitianum*), kao i pretorskim nasljedno-pravnim načelima. Vidjeti: A. Berger, 699.

13 Više o institutu *patria potestas* vidjeti: A.M. Rabello, *Effetti personali della „patria potestas“*, Milano, 1979.; R.P. Saller, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge, 1994.; C.

starješine (*pater familias*) nad osobama i porodičnom imovinom.¹⁴ Ona je obuhvatala tri tipa nadređenosti kojima je *pater familias* izražavao svoju sveukupnu porodičnu dominaciju, supremaciju i nadmoć nad svim članovima porodice. Te nadređenosti su se ogledale u: vlasti prema ženi (*manus*), vlasti prema robovima i njihovom djecom, te ostalim slobodnim članovima porodice (*potestas* u užem smislu).¹⁵ Vlast porodičnog starješine je bila protegnuta i na ona lica koja bi bila ustupljena od strane drugih porodica, odnosno njihovih ranijih *pater familiasa*. Položaj ovih lica je bio povoljniji od položaja robova, a sigurno teži od položaja ostalih slobodnih članova porodice. U ovom položaju najčešće su se nalazila djeca koju bi njihov raniji *pater familias* ustupljivao na rad drugim porodicama.¹⁶ Porodični starješina je predstavljao oličenje poluge državne vlasti i lokalnog organa moći čijim zapovijedima su se svi članovi *domusa* morali bespogovorno pokoravati. *Pater familias* je također i prvosveštenik porodičnog kulta, a kada umre, njemu se ukućani klanjaju i prinose mu žrtve kao kućnom božanstvu.¹⁷ Nakon smrti oca porodice, kao i bilo kojeg drugog člana zajednice ili rimskog građanina, primjenivana su „sistematizovana“ nasljedno-pravna pravila, s tim što je smrt *pater familiasa* bila od posebne važnosti za cijelu porodicu, pa čak i za rimsko društvo.

Iako je određena nasljedno-pravna pitanja nastojao riješiti još u ranijoj fazi izrade Kodifikacije Justinijan je ovaj posao ipak dovršio tek naknadno, izdavanjem Novela.¹⁸ Budući da Novele „šute“ o nasljednom pravu bračnih partnera, i dalje je ostalo na snazi pretorsko pravilo da u pomanjkanju svih ostalih rođaka nasljeđuje bračni partner.¹⁹ Ako nema nikoga ko bi se mogao javiti u ulozi nasljednika zaostavštinu je dobijao preživjeli bračni partner ili pak određene korporacije ili država. Kasnijim odredbama sadržanim u Novelama Justinijan se pobrinuo za zaštitu nasljednog prava žene, odnosno za nasljedno-pravni status udovice, čime je pokazao obzirnost i na tom planu.²⁰ Uz to, očigledno pod religijskim uticajem, Justinijan je odredio da vanbračna djeca nemaju pravo na nasljeđivanje, već samo na određena davanja u vidu alimentacije.²¹

Fayer, *La Familia Romana, Aspetti giuridici ed antiquari*, Vol. I, Rom, 1994.

14 M. Šarac/Z. Lučić, *Rimsko privatno pravo*, Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006, 71.

15 D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, Savremena administracija, Beograd, 1975, 78.-79. M. Boras/ L. Margetić, 79.-80.

16 G. Mousourakis, 201.

17 *Ibid.*, 282.

18 Iz Institucija je vidljivo da se kompilatori Kodifikacija često dvoume između rješenja civilnog i pretorskog prava donoseći po njima pravedna rješenja ili priklanjajući se nekima od već postojećih rješenja. Izdavanjem Novela nasljedno-pravna pitanja će biti definitivno riješena, a često će biti i suprotna stavovima koje možemo naći u Institucijama.

19 Zanimljivo je da se Justinijan posebno pobrinuo za siromašnu udovicu, koja nije imala ni miraz niti drugih dobara. Uz ostale nasljednika je dobijala četvrtinu muževljeve imovine. Ukoliko je nasljeđivala sa svojom djecom dobijala je određeni dio na uživanje (*ususfructus*). M. Horvat, 321.

20 Više vidjeti: W.W. Buckland/A.D. McNair, *Roman Law and Common Law*, Oxford University Press, 2008, 184-185.

21 D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1975, 168.

2. Srednjovjekovni nasljedno-pravni status supružnika

Prilikom sklapanja braka u okviru srednjovjekovnog europskog pravnog kruga „interes“ kuće, a kod vladalačkih porodica i interes države bio je presudan, dok je želja pojedinaca bila sporedna. Shodno tome, bračni savez je značio „mir“ u okviru suparništva, odnosno otvorenog rata među porodicama, gdje se žena nalazila u ulozi zaloge i osnovnog instrumenta sloge. Žena je imala ulogu da održi porodični savez između dvije grupe; da doprinese produžetku porodične loze u koju je ušla rađajući za nju, stavljajući joj vjerno na raspolaganje svoje tijelo i imanje donijeto u miraz.²² Prelazak žene iz jedne u drugu porodicu se nesporno morao odraziti i na njen nasljedno-pravni status.

Za razliku od srednjovjekovnog bizantijskog nasljednog prava, primjera radi, žena u Francuskoj nije imala pravo nasljeđivanja svoga muža. Po smrti svoga muža žena je dobijala ili dio zajedničke imovine supružnika, ili samo onu imovinu koju je muž naznačio u vidu bračnog dara prilikom sklapanja braka.²³

Pošto je nasljeđivanje u srednjem vijeku smatrano kao korak ka raspadu porodične zajednice učešće u diobi tih dobara su uzimali svi članovi porodice, pa čak i sam pokojnik, što je bilo tipično za europsko nasljedno pravo tog perioda.²⁴ Prvobitno su žene bile isključene iz nasljeđivanja, uz mogućnost življenja u roditeljskom domu i uživanja miraznih dobara. No, ni ovo nije bilo generalno pravilo, jer u nekim zemljama sinovi nisu u potpunosti isključivali kćeri iz nasljeđa, koje su imale pravo nasljeđivati „upola ruke“ u pokretnoj imovini, ili su uopšte mogle nasljeđivati ako nije bilo sinova, i to prije ostalih nasljednika-muškaraca.²⁵

Interesantan pravni izvor drevnoruskog prava je i *Pskovska sudna gramota*, donijeta krajem XIV vijeka, čije su odredbe na višem stepenu pravne tehnike u odnosu na Rusku Pravdu. Ona oslikava odnose privredno i ekonomski najrazvijenijih sjeverozapadnih ruskih gradova.²⁶ Nasljedno pravo čini četvrtu tematsku cjelinu drugog dijela Gramote, a u okviru kojega je sloboda testamentalnog raspolaganja prilično velika. Kada je riječ o redovnom zakonskom redu nasljeđivanja, a shodno odredbama Gramote, nasljedna prava su uživali srodnici u silaznoj, uzlaznoj i

22 N. Deretić, *Zaključenje braka u pravnoj istoriji*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2011, 128.

23 Po pravilu ženska lica nisu nasljeđivala feudalni posjed, ali ukoliko ne bi bilo muških nasljednika mogle su naslijediti i kćerke, obično po redoslijedu primogeniture. Općenito, za nasljedno pravo razvijenog feudalizma je bilo karakteristično da feudalni posjed nisu nasljeđivali preci, a pobočni srodnici samo u slučaju ako nije bilo direktnih potomaka. Do kraja srednjeg vijeka muški nasljednici po očinskoj liniji su imali prioritet u nasljeđivanju s tim da su bliži nasljednici isključivali dalje, dok nasljeđivanje po pobočnoj liniji nije išlo dalje od sedmog stepena srodstva. A. Vajs/Lj. Kandić, *Opšta istorija države i prava*, dvanaesto izdanje, savremena administracija, Beograd, 1984, 138.

24 Iz svega navedenog možemo zaključiti da je ovaj dio je najčešće uzimala crkva u svrhu otkupa grijeha umrlog, spašavanja njegove duše, traženja oprosta ili sjećanja na umrlog. Ovaj dio je u različitim pravnim sistemima različito imenovan. Često je odbijanje ustupanja crkvi ovih dobara označavano kao bogohulno djelo koje najviše može štetiti pokojniku.

25 I.D. Martisevič./S.V.Juškov/N.D. Dmitrievski, *Opšta istorija države i prava, II deo-feudalizam*, Naučna knjiga, Beograd, 1950, 216.

26 Uz to, ovaj pravni akt, za razliku od Pravde, sadrži veći broj normi građanskog prava, te propisuje pismenu formu sklapanja ugovora. A.V. Đorđević, *Ugovori obligacionog prava Rusije od XI-XV vijeka*, doktorska disertacija, Niš, 2013, 13.

pobočnoj liniji, za razliku od Ruske pravde koja nasljedna prava priznaje samo i isključivo djeci. Upravo na tom tragu Gramota je načinila iskorak izjednačavajući sinove i kćeri kao ravnopravne nasljednike, bilo da su ostavioci bojari ili seljaci.²⁷ Kada je riječ o nasljedno-pravnim odnosima između bračnih partnera u Gramoti je bilo regulisano da će supružnik imati pravo nasljeđivanja jedino u slučaju da partneri nisu imali vlastite djece i da su živjeli u zasebnom domaćinstvu. S druge strane, ukoliko su supružnici živjeli u zajedničkom domaćinstvu sa muževljevom rodbinom, nije postojalo pravo nasljeđivanja supružnika, nego je supružnik koji je nadživio drugoga imao isključivo pravo korišćenja imovine umrlog supružnika, bilo doživotno ili do momenta zaključenja novog braka.²⁸ Stupanjem u novi brak prestajala je svrha i cilj konzumacije nasljednog prava u obliku korišćenja imovine umrlog supružnika. Na tragu regulisanja prihvata nasljedstva antičko-rimskog nasljednog prava (*aditio hereditatis*),²⁹ u Gramoti je bilo je normirano da lica pozvana na nasljeđivanje nemaju slobode u izjašnjavanju o prihvatanju nasljedstva, nego su isto morali prihvatiti ukoliko su sa ostaviocem živjeli u porodičnoj i ekonomskoj zajednici.³⁰ Davanje na volju licima da prihvate ili odbiju nasljedstvo značilo bi destrukciju porodične homogenosti, a preko nje i narušavanje šire društveno-političke stabilnosti. Pravda uvažava postojanje odvojene imovine supružnika kao i posebna nasljedna prava djece na toj imovini.³¹ U slučaju da nekoj ženi umre i drugi muž, a ima djece iz oba braka, djeca od prvog muža su nasljeđivala samo njegovu imovinu iz prvog braka, dok su djeca od drugog muža nasljeđivala imovinu drugog majčinog muža.³²

3. Nasljedno-pravni status supružnika u BiH

S obzirom na postratno administrativno-teritorijalno uređenje BiH, a u pogledu nasljedno-pravnih odnosa, postoje tri Zakona o nasljeđivanju u BiH, i to: Zakon o nasljeđivanju FBiH, Zakon o nasljeđivanju R Srpske i Zakon o nasljeđivanju Brčko distrikta BiH.³³ U nastavku ćemo se fokusirati na nasljedno-pravni status

27 Ono što je također vrlo bitno naglasiti za nasljedno-pravne odnose regulisane u Gramoti je nepostojanje razlike između udatih i neudatih kćeri kada je riječ o pitanju nasljedstva, a jedina pravno-relevantna razlika među nasljednicima uslovljena je stepenom srodstva nasljednika i ostavioca. *Ibid.*, 106.

28 U tom slučaju pravi nasljednici su samo srodnici umrlog supružnika. *Ibid.*

29 U rimskom pravu je dugo vladalo mišljenje da određena lica moraju biti nasljednici, bez obzira na njihovu volju. O ovome vidjeti: M. Boras/L. Margetić, 29-31.

30 Gramota je predviđala i mogućnost lišavanja nasljeđa sina koji se iz zajednice izdvojio još za očeva života, a kasnije se nije starao o svojim roditeljima. D. Nikolić, *Drevnorusko slovensko pravo*, Javno preduzeće Službeni list SRJ, Beograd 2000, 106.

31 Imovinu, koja je pripadala prvoj pokojnoj ženi umrloga, nasljeđuju isključivo djeca iz tog, prvog braka, a ne i djeca iz njegovog drugog braka. *Ibid.*, 151-152.

32 U slučaju da je drugi muž kojim slučajem šta oštetio od imovine prvog muža njegove posljednje supruge, sinovi-nasljednici tog drugog muža su bili u obavezi da svojoj polubraći po majci nadoknade nastalu štetu. *Ibid.*, 152.

33 Zakon o nasljeđivanju Federacije BiH, („Službene novine FBiH“, br. 80/14)

Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske, („Službeni glasnik RS“, br. 01/09, 55/09)

Zakon o nasljeđivanju Brčko distrikta BiH, (preuzet Zakon o nasljeđivanju SR BiH, prečišćeni tekst objavljen u „Službenom listu“, br. 7/80, 15/80). Od kraja marta 2018. godine na području Brčko distrikta BiH u primjeni je Zakon o nasljeđivanju koji je Skupština Brčko distrikta Bosne i Hercegovine

supružnika, odnosno na njihov poseban tretman u okviru nasljedno-pravnih odredbi u BiH.

3.1. Određivanje zaostavštine

Predmetima nasljeđivanja mogu biti samo stvari i prava koja pripadaju pojedincima, i koji kao takvi čine ostaviteljevu zaostavštinu, koja je predmetom zakonskog nasljeđivanja ili nasljeđivanja temeljem testamenta ili ugovora o nasljeđivanju.³⁴ Zakonodavac u entitetu FBiH jednim članom normira da se nasljeđivati mogu stvari i prava koja pripadaju fizičkim licima, osim onoga što se ne može naslijediti zbog svoje pravne prirode ili po zakonu, dok drugim članovima reguliše da ostaviteljevi potomci i usvojenici koji su živjeli u zajednici sa ostaviteljem, svojim radom, zaradom ili mu na drugi način pomagali u privređivanju imaju pravo zahtijevati da im se iz zaostavštine izdvoji dio koji odgovara njihovom doprinosu u povećanju vrijednosti ostaviteljeve imovine.³⁵ Tako izdvojeni dio ne spada u zaostavštinu i ne uzima se u obzir pri izračunavanju nužnog dijela, niti se uračunava nasljedniku u njegov nasljedni dio.³⁶ Pored toga, na sastav zaostavštine mogu uticati nadživjeli bračni partner i ostaviteljevi potomci koji su živjeli sa ostaviteljem u istom domaćinstvu, a kojima pripadaju predmeti domaćinstva, koji služe za zadovoljavanje njihovih svakodnevnih potreba, kao što su pokućstvo, namještaj, posteljina i slično, ali ne i ako su ovi predmeti znatnije vrijednosti. Tako izdvojeni predmeti ne uzimaju se u obzir pri izračunavanju nužnog dijela, niti se uračunavaju nasljedniku u njegov nasljedni dio.³⁷

Zakonodavac u entitetu Republici Srpskoj (RS) predviđa da zaostavštinu čine sva nasljeđivanju podobna prava koja su ostaviocu pripadala do trenutka smrti, osim predmeta domaćinstva manje vrijednosti (pokućstvo, namještaj, posteljina i slično) koji služe svakodnevnim potrebama ostaviočevih potomaka, njegovog supružnika i roditelja, ako su sa ostaviocem živjeli u istom domaćinstvu, koji postaju zajedničko vlasništvo ovih lica.³⁸ U istom članu zakonodavac u entitetu RS je predvidio da zaostavštinu ne čine ni dobra za koje su ostaviočevu imovinu uvećali njegovi

usvojila na VI redovnoj sjednici održanoj 27. septembra 2017. godine kada je navedeni zakon i usvojen te objavljen u Službenom glasniku Brčko distrikta BiH br. 36/17. U vrijeme pisanja rada još uvijek je u primjeni bio stari zakon!

34 Čl. 2 ZN FBiH, čl. 2 st. 1 i 2 ZN R Srpske i čl. 2 ZN BD BiH.

35 „...član 37. Zakona o nasljeđivanju daje pravo potomku koji je u zajednici sa ostaviocem svojim trudom, zaradom ili inače pomagao ostaviocu u privređivanju, da iz zaostavštine izdvoji dio koji odgovara njegovom doprinosu u povećanju vrijednosti ostaviočeve imovine, neodređujući granicu uzrasta od koje potomak stiče pravo na učešće u povećanoj vrijednosti ostaviočeve imovine. Zato je sud bio dužan da u pogledu prinovka, koji se traži tužbom primjeni ovaj zakonski propis, utvrđujući pritom stvarni doprinos tužioca u sticanju prinovka bez obzira da li je u vrijeme pribavljanja pojedinih stvari koje predstavljaju prinovak bio maloljetan.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, br. Gž-3678/56, od 15.I.1958. Godine. M. Kurdulija, *Priručnik za nasledno pravo sa odabranom sudskom praksom*, Savremena administracija, Beograd, 1972, 18.

36 Čl. 35 ZN FBiH.

37 Čl. 36 ZN FBiH.

38 Čl. 2 st. 3 ZN RS.

potomci koji su sa njim živjeli u zajednici i svojim trudom, zaradom ili inače mu pomagali u privređivanju, već ta dobra pripadaju potomku, srazmjerno dijelu za koji je uvećao ostaviočevu imovinu.³⁹

Iako *a prima vista* navedena zakonodavna rješenja izgledaju ista ona se, ipak, razlikuju u krugu subjekata ovlaštenih da zahtijevaju izdvajanje određene vrijednosti iz zaostavštine, odnosno da polažu pravo na predmete domaćinstva manje vrijednosti. Tako je u entitetu RS u odnosu na rješenja u entitetu FBiH, a u slučaju umanjenja vrijednosti zaostavštine zbog izdvajanja imenovine potomcima koji su privređivali sa ostaviocem, krug lica ovlaštenih da to zahtijevaju sužen na potomke i usvojenike iz nepotpunog usvojenja dok je u FBiH to pravo priznato potomcima i usvojenicima ostavitelja. U slučaju izdvajanja predmeta domaćinstva taj krug je proširen i na ostaviočeve roditelje (dok je u entitetu FBiH to pravo dato samo nadživjelom bračnom partneru i ostaviteljevim potomcima).⁴⁰ Kada je riječ o izdvajanju dijela vrijednosti imovine koju su eventualno povećala lica koja su radila i privređivala u zajednici sa ostaviocem, u navedenim odredbama nisu spomenuti bračni i vanbračni partneri, jer oni taj svoj obligaciono-pravni zahtjev mogu koristiti temeljem odredaba porodičnih zakona u BiH.

Naime, tamo je propisano da bračnu stečevinu čini imovina koju su bračni partneri stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice, kao i prihodi iz te imovine, dok pokloni trećih osoba učinjeni za vrijeme trajanja bračne zajednice (u novcu, stvarima, pružanju pomoći radom i sl.) ulaze u bračnu stečevinu, bez obzira na to koji ih je bračni partner primio, ukoliko drukčije ne proizlazi iz namjene poklona ili se iz okolnosti u momentu davanja poklona može zaključiti da je poklonodavalac želio učiniti poklon samo jednom od bračnih partnera.⁴¹ Zakonodavac u entitetu RS je propisao da imovina koju bračni supružnik ima u času zaključenja braka ostaje njegova posebna imovina, dok se imovina koja je data kao miraz smatra posebnom imovinom žene. Uz to je regulisano da dobitak od igre na sreću predstavlja zajedničku imovinu. Imovinska dobit (tantijema) od autorskog prava i autorskom pravu srodnih prava, ostvarena u toku trajanja braka zajednička je imovina. Imovina koju su bračni supružnici stekli radom tokom bračne zajednice, kao i prihodi iz te imovine, čine zajedničku imovinu. Pokloni trećih lica učinjeni tokom bračne zajednice (u novcu,

39 Čl. 2 st. 4 ZN RS.

40 Zakonodavac u FBiH nije u slučaju izdvajanja predmeta domaćinstva naveo i vanbračnog partnera, te ja na sudskoj praksi da zauzme stav po ovom pitanju, pošto je temeljem odredbe čl. 9 st. 1 ZN FBiH vanbračni partner izjednačen sa bračnim partnerom samo u nasljeđivanju, ali ne i u izdvajanje predmeta domaćinstva. S druge strane, teleološkim tumačenjem navedene pravne odredbe ne vidimo razloga zbog kojeg i vanbračni partner ne bi imao pravo na postavljanje zahtjeva za izdvajanje predmeta domaćinstva.

41 Dobitak od igara na sreću je bračna stečevina, dok su prihodi od intelektualnog vlasništva ostvareni za vrijeme trajanja bračne zajednice bračna stečevina. Bračni partneri su u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini ako nisu drukčije ugovorili. Budući bračni partneri, odnosno bračni partneri mogu bračnim ugovorom drukčije urediti svoje odnose vezane za bračnu stečevinu. Ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik stečevine upisan jedan bračni partner, drugi bračni partner može zahtijevati ispravku upisa, u skladu sa Zakonom o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine. Čl. 251 i 252 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, („Službene novine FBiH”, br. 35/05 i 41/05, 31/14)-PZ FBiH.

stvarima, pružanju pomoći radom i sl.), ulaze u zajedničku bračnu imovinu, bez obzira koji ih je bračni drug primio, ukoliko drukčije ne proizlazi iz namjene poklona, ili se iz okolnosti u momentu davanja poklona može zaključiti da je poklonodavac želio učiniti poklon samo jednom od bračnih supružnika. Imovina koju u toku bračne zajednice jedan bračni supružnik stekne po nekom drugom zakonskom osnovu, njegova je posebna imovina.⁴² Znači, zaostavštinu neće činiti onaj dio imovine koji pripada preživjelom supružniku kao bračna stečevina.

Pored činjenice srodstva i bračna veza između ostavitelja i drugog lica je također razlogom svrstavanja bračnog partnera u red zakonskih nasljednika. Nadživjeli supružnik nasljeđuje ostavitelja sa potomcima ostavitelja u prvom nasljednom redu, a ako ostavitelj nije ostavio potomke ili ga oni ne žele, odnosno ne mogu naslijediti, supružnik nasljeđuje po pravilima koja važe za drugi nasljedni red, što predstavlja tzv. koordinirajući sistem odnosa između srodnika ostavitelja i njegova supružnika, u kojem supružnik iz zaostavštine ostavitelja dobija određeni dio, uz mogućnost da se njegov nasljedni dio poveća⁴³ ili da naslijedi cijelu zaostavštinu pod uslovima predviđenim zakonom.⁴⁴ Slijedom toga, ukoliko je zaostavština tako male vrijednosti da bi njenom podjelom supružnik pao u oskudicu ili u slučaju da supružnik nasljeđuje u drugom nasljednom redu, ako su oba roditelja ostavitelja umrla prije ostavitelja, a nisu ostavila nijednog potomka ili ako se svi potomci, kao nasljednici prvog nasljednog reda, odreknu naslijeđa, supružnik će biti jedinim nasljednikom.⁴⁵ Do povećanja nasljednog dijela supružnika može doći ukoliko on nema nužnih sredstava za život ili je ostao kao jedini nasljednik prvog nasljednog reda (osim u slučaju odricanja potomaka, kada će po ZN FBiH dobiti cijelu zaostavštinu) kada prelazi u drugi nasljedni red i dobija jednu polovinu vrijednosti od zaostavštine.⁴⁶

Shodno parantelarno-linearnom sistemu nasljeđivanja naši zakonodavci su kreirali tri, odnosno četiri nasljedna reda, s tim što je u ZN BD BiH prihvaćen zatvoreni sistem nasljeđivanja. U prvom redovnom zakonskom nasljednom redu zaostavštinu umrlog nasljeđuju njegovi potomci (bračni i vanbračni) i njegov supružnik (u FBiH i vanbračni) i to na jednake dijelove.⁴⁷ No, za razliku od ostalih nasljednika, čije je nasljedno pravo ograničeno nedostojnošću, odricanjem ili isključenjem iz nužnog nasljednog dijela, nasljedno pravo bračnih ili vanbračnih partnera (supružnika) je uslovljeno dodatnim okolnostima shodno kojima nadživjeli supružnik nema pravo da naslijedi supružnika-ostavitelja ako je ostavitelj podnio tužbu za razvod ili poništenje braka, a poslije smrti ostavitelja se utvrdi da je tužba bila osnovana, ako je brak sa ostaviteljem oглаšen za nepostojeći⁴⁸ ili ako brak bude poništen

42 Čl. 270 Porodičnog zakona Republike Srpske, („Službeni glasnik RS”, br. 54/02 i 41/08)- PZ RS.

43 „Pri odlučivanju o povećanju nasljednog dijela bračnog druga sud uzima u obzir sve okolnosti slučaja, a naročito imovinske prilike i sposobnost za privređivanje bračnog druga i ostalih srodnika.“ Vrhovni sud Vojvodine, br. Gž-872/60. D. Medić/H. Tajić, *Nasljedno pravo u sudskoj praksi*, Privredna štampa, d.o.o., Sarajevo-Banja Luka, 2008, 65.

44 E. Hašić/A.Muslić/B. Krešić, *Priručnik za pripremu ispita iz Nasljednog prava*, Bihac, 2009, 28.

45 Čl. 26 ZN FBiH, čl. 23 ZN RS i čl. 23 ZN BD BiH.

46 Čl. 12 ZN FBiH, čl. 11 ZN RS i čl. 12 ZN BD BiH.

47 Čl. 10 ZN FBiH, čl. 9 ZN R Srpske i čl. 10 ZN BD BiH.

48 „Razvedeni bračni drug ne gubi pravo nasljeđivanja na osnovu testamenta, koji je njegov bivši bračni drug sastavio prije razvoda braka, samo zbog toga što je brak razveden, ako, dakle, brak nije

poslije smrti ostavitelja iz uzroka za čije je postojanje nadživjeli supružnik znao u vrijeme zaključenja braka, kao i u slučaju ako je zajednica života sa ostaviteljem trajno prestala krivicom nadživjelog supružnika ili u sporazumu sa ostaviteljem.⁴⁹ U FBiH je posebno regulisano da vanbračni partner nema pravo na nasljedstvo ako je njegova zajednica života s ostaviteljem trajno prestala prije ostaviteljeve smrti.⁵⁰ No, interesatno je da zakonodavci u BiH prilikom navođenja činjenica zbog kojih supružnik ne može naslijediti ostavitelja „operiraju“ terminom „krivice“ koja je kao koncept razvoda braka u bh. porodičnom zakonodavstvu već odavno napuštena, ali je u ovom slučaju upotrijebljena kako bi bilo ukazano na krivicu zbog prestanka zajednice života usljed koje po sili zakona nasljedno-pravni zahtjevi koji proizlaze iz bračne zajednice utrnjuju.⁵¹

U slučaju da ostavitelja nasljeđuju samo potomci, cijela zaostavština će biti podijeljena na onoliko dijelova koliko je potomaka, od kojih će svaki potomak predstavljati posebnu liniju u nasljeđivanju, uz primjenu principa predstavljanja u neograničenom obimu, tako da umjesto potomka koji neće ili ne može biti nasljednik, odnosno koji je umro prije ostavitelja, na nasljedstvo će biti pozvani njegovi dalji potomci (unuci, praunuci ostavitelja itd.).⁵² Konkurišu li na nasljedstvo potomci ostavitelja i njegov supružnik, zaostavština će biti podijeljena na jednake dijelove, pri čemu će supružnik predstavljati jednu samostalnu liniju, dok će djeca ostavitelja, svako za sebe, predstavljati posebne linije.⁵³ U takvim slučajevima zaostavštinu čini samo udio koji odgovara doprinosu ostavitelja u sticanju te imovine, dok ostatak

razveden njegovom krivicom.“ Vrhovni sud Srbije-Odjeljenje u Novom Sadu, br. Gž-106/1964. M. Kurdulija, 44.

49 Čl. 25 ZN FBiH, čl. 24 ZN R Srpske i čl. 22 ZN BD BiH.

„Po članu 27 stav 2 tačka 3 Zakona o nasljeđivanju bračni drug nema pravo na naslijeđe ako je njegova zajednica života sa ostaviocem bila trajno prestala u sporazumu s njim. Žalbeni sud je našao da je okružni sud na osnovu javnobeležničke isprave od 4. oktobra 1940. godine pravilno ustanovio da je tužena trajno prekinula bračnu zajednicu sa ostaviocem.“ Presuda Vrhovnog suda APV, br. Gž-757/56, od 19.IV.1957. *Ibid.*, 45.

„Nižestepeni sudovi zauzeli su stanovište da Lj. K., žena sad pokojnog Lj. T., nema pravo na nasljeđivanje iza muža ni na osnovu zakona ni na osnovu oporuke u smislu člana 27 stav 2 tačke 3 Zakona o nasljeđivanju, jer je utvrđeno da je njena zajednica života sa ostaviocem trajno prestala njenom krivicom. Pravilno je stanovište izneseno u reviziji da se propis člana 27 stav 2 tačke 3 Zakona o nasljeđivanju odnosi samo na zakonsko nasljeđivanje, a ne i nasljeđivanje na osnovu oporuke...“ Rješenje Vrhovnog suda Hrvatske, br. Rev-421/59, od 25.VI.1959. godine. *Ibid.*

„Zakonsko nasljedno pravo bračnog druga ne nalazi svoje opravdanje jedino u činjenici formalnog postojanja braka, nego to pravo pretpostavlja odnose među bračnim drugovima koji odgovaraju suštini i sadržini braka. Zato nastaje gubitak nasljednog prva bračnog druga kao posljedica trajnog prestanka zajednice života. Tako se objašnjava smisao odredbe stava 2 tačke 3 člana 26 Zakona o nasljeđivanju. No, nije svaki trajni prestanak zajednice života dovoljan razlog da se gubi pravo naslijeđa. Potrebno je da je zajednica života prestala iz uzroka koji su takođe i na strani onog bračnog druga koji se pojavljuje kao nasljednik, i to uzroka posebno predviđenih i kvalifikovanih u članu 27 tačka 3 Zakona o nasljeđivanju kao krivica za trajni prestanak života ili kao ponašanje koje u sporazumu sa drugim bračnim drugom uspostavlja trajni prestanak zajednice života.“ Presuda Saveznog vrhovnog suda, br. Rev-287/61, od 5.IX.1961. godine. *Ibid.*, 46.

50 Čl. 25 st. 3 ZN FBiH.

51 Brak je zakonom uređena zajednica života žene i muškarca. Čl. 6 PZ FBiH, Čl. 4 st. 1 PZ RS.

52 Čl. 11 ZN FBiH, čl. 10 ZN RS i čl. 11 ZN BD BiH.

53 D. B. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, 86-87.

dijela, koji odgovara udjelu supružnika u bračnoj stečevini treba da se izdvoji iz zaostavštine ostavitelja.⁵⁴ Bez značaja je u takvim slučajevima što je eventualno takva imovina, koju čine nekretnine, upisana u zemljišnoj knjizi kao isključivo pravo vlasništva ostavitelja, pošto sticanje bračne stečevine u toku trajanja bračne zajednice predstavlja poseban način sticanja prava vlasništva,⁵⁵ tako da se u takvim slučajevima po samom zakonu stiče pravo vlasništva bez obzira na upis tog prava u zemljišnoj knjizi u korist samo jednog supružnika.⁵⁶ Ukoliko bi se kao nasljednik u prvom nasljednom redu pojavio samo supružnik ostavitelja, on po principu isključivosti ne nasljeđuje cijelu zaostavštinu, već prelazi u drugi nasljedni red i konkuriše na nasljedstvo sa roditeljima ostavitelja, odnosno njihovim potomcima, dobijajući tom prilikom jednu polovinu zaostavštine,⁵⁷ s jednim izuzetkom, primjenjivim na prostoru FBiH, kada će bračni, odnosno vanbračni partner dobiti cjelokupnu zaostavštinu kao nasljednik prvog nasljednog reda.

Drugi redovni zakonski nasljedni red u bosansko-hercegovačkom nasljedno-pravnom sistemu čine ostaviteljevi roditelji i njihovi potomaci, a u određenim slučajevima i supružnik ostavitelja.⁵⁸ Kao što uočavamo, u okviru ovog nasljednog reda se mogu pojaviti dvije grupe nasljednika, pri čemu će zaostavština biti podijeljena na dva jednaka dijela tako da roditelji ostavitelja nasljeđuju jednu polovinu zaostavštine na jednake dijelove, a drugu polovinu zaostavštine nasljeđuje supružnik ostavitelja. Ukoliko iza ostavitelja ostanu živi njegovi roditelji i njegov supružnik, onda jednu polovinu zaostavštine nasljeđuju roditelji na jednake dijelove, dakle oba roditelja po jednu četvrtinu, dok će drugu polovinu naslijediti supružnik. U slučaju da su ostavitelja nadživjeli jedan roditelj i supružnik, a ranije umrli, drugi, roditelj ostavio je potomke, na nasljedstvo konkurišu preživjeli roditelj, supružnik i potomci ranije umrlog roditelja i to na način da roditelju pripada nasljednički dio u vrijednosti od jedne četvrtine zaostavštine, supružniku dio od jedne polovine, a potomcima umrlog roditelja (ma koliko da ih postoji) primjenom principa predstavljanja vrijednost od jedne četvrtine vrijednosti zaostavštine.⁵⁹ Ukoliko bi nakon smrti ostavitelja ostali

54 Čl. 251 PZ FBiH, čl. 270 PZ RS, čl. 228 PZ BD BiH.

55 Čl. 23 st. 5 Zakon o stvarnim pravima F BiH-ZSP FBiH („Službene novine F BiH“, br. 66/13 i 100/13);

Čl. 23 st. 5 Zakon o stvarnim pravima RS-ZSP RS („Službeni glasnik RS“, br. 124/08, 58/9 i 95/11);

Čl. 117 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima BD BiH-ZVSP BD BiH, („Službeni glasnik BD BiH“, br. 11/01, 8/03, 40/04 i 19/07).

56 „Nasljednici imaju pravo da traže utvrđivanje prava vlasništva po osnovu sticanja u braku njihovih pokojnih roditelja. Okolnost što se nepokretnost stečena u bračnoj zajednici vodi u zemljišnim knjigama samo na jednog bračnog druga, ne isključuje pravo njegovog bračnog druga, odnosno njegovog nasljednika da traži da se utvrdi doprinos bračnog druga na čije ime se vodi.“ Vrhovni sud Srbije, br. Gž-1574/78, od 21.VIII.1978. godine. D. Medić/H. Tajić, 14.

„Pravo na utvrđenje bračne stečevine u odnosu na umrlog bračnog druga ne ovisi o pokretanju ili vođenju ostavinskog postupka, niti je potrebno upućivanje nasljednika na parnicu, radi utvrđenje ostavinske imovine.“ Vrhovni sud Republike Hrvatske, br. Rev-1079/03, od 24.V.2006. godine. *Ibid.*, 53.

57 Čl. 12 st. 2 ZN FBiH, čl. 11 st. 2 ZN RS i čl. 12 st. 2 ZN BD BiH.

58 Čl. 12 st. 1 ZN FBiH, čl. 11 st. 1 ZN RS i čl. 12 st. 1 ZN BD BiH.

59 „Zaostavštinu lica umrlog bez potomaka i bračnog druga nasljeđuju njegovi roditelji na jednake dijelove. Ako su roditelji umrli prije ostavioca, njihovi potomci nasljeđuju dio zaostavštine koji bi svakom roditelju pripao da je nadživio ostavioca. Ako je samo jedan roditelj ostavio potomke, onda će oni

samo jedan roditelj i supružnik, pravo na podjelu zaostavštine bi polagali nadživjeli roditelj (koji bi po principu priraštaja naslijedio i dio drugog roditelja koji nije mogao ili nije želio da naslijedi svoj dio zaostavštine), kojem pripada jedna polovina vrijednosti zaostavštine, i supružniku kojem bi pripadala druga polovina.⁶⁰ U slučaju da pored supružnika u drugom nasljednom redu, koji se tu našao prešavši iz prvog nasljednog reda, nema ni roditelja niti njihovih potomaka (ili se isti ne mogu javiti u ulozi nasljednika), a shodno općim principima u nasljeđivanju, supružnik bi sam naslijedio cijelu zaostavštinu.⁶¹ Sve dok ima bilo ko od roditelja ili njihovih potomaka bilo po ocu ili majci ostavitelja (ostaviteljeva polubraća i polusestre) supružnik će nasljeđivati jednu polovinu dok će potomci oca nasljeđivati očev, a potomci majke majčin dio, koji iznose po jednu četvrtinu zaostavštine.⁶²

Zaostavštinu ostavitelja, u trećem nasljednom redu, koji nije ostavio ni potomke, ni roditelje, niti su oni ostavili nekog potomka, niti supružnika, nasljeđuju njegovi djedovi i babe/nane, na način da jednu polovinu naslijedi djed i baba/nana sa očeve strane, a drugu polovinu djed i baba/nana sa majčine strane. U ovom nasljednom redu pravo predstavljanja nasljedno pravo u entitetu R Srpska i BD BiH ograničava isključivo na djecu djedova i baba/nana (stričevi/amidže, ujaci/dajidže i tetke ostavitelja po ocu i majci), što znači da se po principu predstavljanja na nasljeđivanje ne mogu pozivati i njihovi potomci, tj. ostaviteljevi amidžići/amidžišne, dajdžići i dajdžišne te tetiči i tetišne.⁶³ Na drugoj strani, zakonodavac u entitetu FBiH je pravo predstavljanja u trećem nasljednom redu protegao na sve potomke djedova i baba/nana.⁶⁴

U entitetu RS i BD BiH, ukoliko su na naslijeđe pozvana djeca sa ostavičevim supružnikom, a koja pri tome nemaju nužnih sredstava za život, do povećanja njihovog nasljednog dijela (isključivo na njihov zahtjev) može doći na teret ostaviočevog supružnika, a ne i na teret ostalih nasljednika prvog nasljednog reda. Pored toga predviđeno je da sud može cjelokupnu zaostavštinu dosuditi djeci ukoliko je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom djeca zapala u oskudicu.⁶⁵ Ako neko od djece nema nužnih sredstava za život može zahtijevati povećanje svog dijela kako

naslijediti cjelokupnu zaostavštinu.“ Savezni sud, br. Gž-104/95. *Ibid.*, 52.

60 „Zakonski su nasljednici na ravne dijelove bračni drug i sestra ostaviočeva u slučaju da nema drugih zakonskih nasljednika.“ Vrhovni sud Vojvodine, br. Gž-50/52, od 29.II.1952. godine. D. Medić/H. Tajić, 51.

61 „...Međutim, prema članu 16 istog zakona, ukoliko su oba roditelja ostaviočeva umrla bez potomstva prije ostavioča, cijelu zaostavštinu nasljeđuje nadživjeli bračni drug ostaviočev. Po ocjeni okružnog suda, uvijek onda kada bračni drug nasljeđuje cjelokupnu imovinu iza smrti svog pokojnog bračnog druga kao ostavioča, u smislu čl. 16 Zakona o nasljeđivanju ne postoji obaveza plaćanja poreza na naslijeđe na strani bračnog druga kao nasljednika, jer je ovakav pravni sistem u skladu sa odredbom čl. 69 st. 1 tačka 1 Zakona o porezima građana...“ Okružni sud u Kragujevcu, br. U-165/86. S. R. Vuković, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom, obrascima, registrom pojmova i prilogom, četvrto izdanje*, „Poslovni biro“ d.o.o., Beograd, 2007, 43.

62 Ukoliko u drugom nasljednom redu ne bi bilo supružnika zaostavštinu bi ravnomijerno podijelili rodonačelnici drugog koljena, tj. ostaviočevi roditelji (otac i majka po jednu polovinu), uz neograničenu primjenu principa predstavljanja.

63 Čl. 16 st. 2 i 3 ZN RS, čl. 17 st. 2 i 3 ZN BD BiH.

64 Čl. 16 st. 2 i 3 ZN FBiH.

65 Čl. 23 st. 1 ZN RS i čl. 21 st. 1 ZN BD BiH.

prema supružniku tako i prema ostaloj ostaviočevoj djeci, ali ne i prema ostalim potomcima.⁶⁶ Na ovaj način je krug nasljednika na čiji teret može doći do povećanja nasljednog dijela djece koja nemaju nužnih sredstava za život, proširili samo na ostalu ostaviočevu djecu. U svakom slučaju sud ima obavezu da uzme u obzir sve okolnosti, a naročito imovinske prilike i sposobnosti za privređivanje svakog djeteta i supružnika, trajanje bračne zajednice, kao i vrijednost zaostavštine.⁶⁷ Znači, dok je u FBiH povećanje nasljednog dijela djece moguće na teret svih nasljednika prvog nasljednog reda (pa tako i potomaka),⁶⁸ dotle je po ZN RS i ZN BD BiH, dopušteno da do povećanje nasljednog dijela dođe isključivo na teret supružnika i prvostepenih potomaka, odnosno ostale djece.⁶⁹ Zaključimo, dok je u entitetu FBiH moguće povećanje nasljednog dijela djeteta na teret supružnika, unuka, praunuka itd., na preostalom dijelu bosansko-hercegovačkog pravnog prostora je to moguće samo u korist supružnika, odnosno supružnika i ostale djece.

Kada je supružnik pozvan na naslijeđe sa nasljednicima prvog ili drugog nasljednog reda sud može, na zahtjev supružnika (nikada po službenoj dužnosti),⁷⁰ odlučiti da supružnik naslijedi jedan dio od nasljednog dijela zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslijede ostali nasljednici.⁷¹ U ovom slučaju teret povećanja nasljednog dijela supružnika ili čak nasljeđivanja cjelokupne zaostavštine od strane supružnika pada na sve nasljednike prvog ili drugog nasljednog reda, u čemu su naša sva tri zakonodavca jedinstvena.⁷² Ako je vrijednost zaostavštine tako mala da bi njenom podjelom supružnik zapao u oskudicu, sud može odlučiti da cijelu zaostavštinu naslijedi supružnik.⁷³ Uslov donošenja ovakve odluke ostavinskog suda

66 Čl. 23 st. 2 ZN RS i čl. 21 st. 2 ZN BD BiH.

67 Čl. 23 ZN FBiH.

68 Čl. 24 ZN FBiH.

69 Dok zakonodavac u FBiH u svim odredbama koje regulišu odnosno pitanje koristi množinu imenice „dijete“, upotrebljavajući tako pojam „djece koja nemaju nužnih sredstava za život“, „djece koja bi zapala u oskudicu“, zakonodavci u entitetu RS i BD BiH u prvom stavu (koji dopušta povećanje nasljednog dijela djece na teret supružnika/bračnog druga) koriste množinu imenice „dijete“, dok drugi stav (koji dopušta povećanje nasljednog dijela „neko od djece“ na teret supružnika/bračnog druga i druge djece) počinje dosta nepreciznom terminologijom „Ako neko od djece...“, pri čemu i tumačenja mogu biti različita.

70 „Pošto se smrću tužioca gasi pravo predviđeno u članu 28. Zakona o nasljeđivanju, pošto smrću tužioca ne prelazi na njegove nasljednike pravo da traže povećanje tužiočevog nasljednog dijela, -to parnica praktički više nema svrhe. Ne postoji odgovarajući subjekt niti odgovarajući pravni interes da se parnica dalje vodi. Za ovakvu situaciju ne važi odredba člana 93. Zakona o parničnom postupku, kao ni odredba člana 201 stav 1 tačka 1 istog Zakona, prema kojima bi se postupak mogao nastaviti sa punomoćnikom umrlog tužioca.“ Rješenje Vrhovnog suda Jugoslavije, br. Rev-397/62, od 28.V.1963. godine.

71 „Sud može na zahtjev bračnog druga odlučiti da mu se poveća nasljedni dio iz dijela zaostavštine koji bi pripao drugim nasljednicima ostavioca, ako bračni drug nema nužnih sredstava za život a zaostavština je tako mala da bi njenom podjelom bračni drug zapao u oskudicu. Nasljedno pravo drugih nasljednika može se, dakle, odlukom suda ograničiti zato da bračni drug ostavioca, koji nema sredstava za život, ne zapadne u oskudicu podjelom zaostavštine male vrijednosti. U tome je opravdanje i praktični smisao člana 28. Zakona o nasljeđivanju...“ Rješenje Vrhovnog suda Jugoslavije, br. Rev-3967/62, od 28.V.1963. godine. *Ibid.*, 71.

72 Čl. 26 st. 1 ZN FBiH, čl. 25 st. 1 ZN RS i čl. 23 st. 1 ZN BD BiH.

73 „I kada je u pitanju mala vrijednost zaostavštine ostaviočev bračni drug ne može zahtijevati da se

je činjenica da supružnik nema nužnih sredstava za život,⁷⁴ pri čemu će sud uzeti u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, a naročito imovinske prilike i sposobnosti za privređivanje supružnika, trajanje bračne zajednice, imovinske prilike srodnika prema kojima je postavljen ovakav zahtjev i njihovu sposobnost za privređivanje, kao i vrijednost zaostavštine.⁷⁵

Kada su roditelji ostavitelja pozvani na naslijeđe zajedno sa ostaviteljevim supružnikom u drugom redovnom zakonskom nasljednom redu, sud može, na njihov zahtjev, (ne i po službenoj dužnosti) odlučiti da roditelji naslijede i jedan dio zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslijedi supružnik. Uslov postavljanja ovog zahtijeva je da roditelji nemaju nužnih sredstava za život. Jednako kao i u prethodnim slučajevima, sud može odlučiti i da roditelji naslijede cjelokupnu zaostavštinu, ako je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom roditelji zapali u oskudicu. U navedenim slučajevima do ravnomjernog povećanja nasljednog dijela oba roditelja ili čak preuzimanja cjelokupne zaostavštine dolazi na teret supružnika.⁷⁶ Prethodno navedeno se odnosi na situaciju u kojoj su živa oba roditelja ostaviočeva koji konkurišu na naslijeđe zajedno sa supružnikom. Međutim, ako se na naslijeđe pored supružnika poziva samo jedan roditelj vrlo je bitan razlog zbog kojeg se i drugi roditelj ne poziva na naslijeđe, jer će u zavisnosti od tog razloga i krug lica opterećenih zahtijevom za povećanje nasljednog dijela roditelja (ili dosuđivanja cjelokupnog naslijeđa roditelju) biti uži ili širi, a na što utiče i karakter obaveze izdržavanja među njima kao supružnicima. Ako je između roditelja zajednica života trajno prestala, a samo jedan od njih nema nužnih sredstava za život, taj roditelj ostavitelja može zahtijevati povećanje nasljednog dijela i to ne samo na teret supružnika, nego i na teret drugog roditelja ostavitelja.⁷⁷ Trajni prestanak zajednice života između roditelja može biti posljedica razvoda braka, ali i nezavisno od toga, pošto uslov postavljanja zahtijeva za povećanje nasljednog dijela i nije postojanje ili nepostojanje braka. Pored prvog slučaja u kojem je zajednica života među ostaviteljevim roditeljima

njegov nasljedni dio poveća ili da naslijedi cijelu zaostavštinu ukoliko on nije bez nužnih sredstava za život.“ Okružni sud u Zrenjaninu, br. Gž-1381/94, od 27.XI.1996. godine. D. Medić/H. Tajić, 70.

„Supruga ima pravo nasljeđivanja na cjelokupnoj zaostavštini iza smrti svoga supruga, ako je predmetna zaostavština male vrijednosti, a imovinske i zdravstvene prilike u kojima se ona nalazi upućuju na to da bi podjelom zaostavštine tužilja došla u oskudicu.“ Četvrti Opštinski sud u Beogradu, br. P-2528/99; Okružni su u Beogradu, br. Gž-6086/00 i Vrhovni sud Srbije, br. Rev-1291/01, od 23.III.2001. godine. *Ibid.*

74 „Odluka suda o uvećanju nasljednog dijela supružnika ostavitelja zavisi od ocjene da li vlastitim radom ili iz naslijeđene, odnosno druge imovine može podmiriti osnovne životne potrebe, ne uzimajući u obzir eventualnu pomoć od srodnika ili prava da zahtijeva zakonsko izdržavanje. Povećanje nasljednog dijela može se dosuditi samo na teret nasljednog dijela nekog od sunasljednika.“ Vrhovni sud BiH, br. Rev-156/89, od 27.II.1989. E. Hašić/A.Muslić/B. Krešić, 38.

75 Čl. 26 st. 2 ZN FBiH, čl. 25 st. 2 ZN RS i čl. 23 st. 2 ZN BD BiH.

76 Čl. 27 st. 1 i 2 ZN FBiH, čl. 26 st. 1 ZN RS i čl. 24 st. 1 ZN BD BiH.

77 Ovo je u skladu sa odredbama porodičnih zakona u našoj zemlji o izdržavanju, a koji jedinstveno regulišu da će bračni/vanbračni partner imati pravo na izdržavanje ukoliko nema sredstava za život ili ih ne može obezbijediti iz vlastite imovine, a nesposoban je za rad ili ne može zaposliti. U našem slučaju supružnik može biti u situaciji da nema sredstava za život, pa čak i da je nesposoban za rad ili da se ne može zaposliti, ali istovremeno može postavljajući prethodni zahtjev obezbijediti sredstva čime bi mogao povećati vlastitu imovinu. Čl. 224 PZ FBiH, čl. 241 PZ RS, čl. 203 PZ BD BiH.

trajno prestala,⁷⁸ postoji i drugi slučaj. Naime, kada je jedan roditelj ostavitelja umro prije ostavitelja ostavljajući svoje potomstvo (tj. ostaviteljevu braću i sestre itd.), nadživjeli roditelj, koji nema nužnih sredstava za život, može zahtijevati povećanje svog nasljednog dijela i to kako u odnosu prema supružniku ostavitelja tako i prema nasljednicima umrlog roditelja ostavitelja, tj. njegovim potomcima koji prema principu predstavljanja dolaze na njegovo upražnjeno nasljedno mjesto.⁷⁹ Pri donošenju odluke, kao i u svim prethodnim slučajevima, sud ima u obavezi da uzme u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, a naročito imovinske prilike i sposobnost za privređivanje roditelja, imovinske prilike bračnog partnera, odnosno nasljednika umrlog roditelja i njegovu sposobnost za privređivanje i vrijednost zaostavštine.⁸⁰

Zakonodavci u entitetu RS i BD BiH su predvidjeli posebna pravila nasljeđivanja kada je u pitanju nasljeđivanje autorskih imovinskih prava predviđajući da će ista nasljeđivati ostaviteljeva djeca, supružnik i roditelji, uz primjenu svih pravila redovnog zakonskog nasljeđivanja.⁸¹ S druge strane, novim zakonom u oblasti nasljednog prava u FBiH su brisane posebne odredbe o nasljeđivanju autorskih imovinskih prava.

3.2. Nužno nasljeđivanje

Kako god zakonski nasljedni red uvažava poseban status supružnika jednako tako i odredbe o nužnom nasljeđivanju posebnu pažnju posvećuje toj statusnoj kategoriji. Svrha nužnog nasljeđivanja je da najbliži srodnici i supružnik dobiju izvjestan dio zaostavštine, bez obzira na ostaviteljevu volju. Pravo na nužni dio ovlašteni krug lica može ostvariti samo na zahtjev, a nikada po službenoj dužnosti.⁸²

Zakonodavci u BiH su regulisali da će po objektivnom kriterijumu, u svojstvu apsolutnih nužnih nasljednika, naslijediti: ostaviteljeva djeca, ostaviteljevi usvojenici (u FBiH samo usvojenici iz potpunog usvojenja) i ostaviteljev bračni partner.⁸³ Navedena lica imaju pravo na jednu polovinu od redovnog nasljednog dijela koji bi im pripao da nije povrijeđen njihov nužni nasljedni dio.⁸⁴ U krug relativnih nužnih nasljednika, koji nasljeđuju po objektivno-subjektivnom kriterijumu (nemaju nužnih sredstava za život i trajno su nesposobni za rad) ubrajamo: ostaviteljeve unuke i dalje potomke, ostaviteljeve usvojenike i njihove potomke, (u FBiH usvojenike iz nepotpunog usvojenja i njihove potomke), ostaviteljeve roditelje, te prvostepene potomke roditelja tj. braću i sestre (bilo po ocu i majci ili samo po ocu (*consaguinei*))

78 Čl. 27 st. 3 ZN FBiH, čl. 26 st. 2 ZN RS i čl. 24 st. 2 ZN BD BiH.

79 Čl. 27 st. 4 ZN FBiH, čl. 26 st. 3 ZN RS i čl. 24 st. 3 ZN BD BiH.

80 Čl. 27 st. 5 ZN FBiH, čl. 26 st. 4 ZN RS i čl. 24 st. 4 ZN BD BiH.

81 Čl. 27 i 28 ZN RS i čl. 25 i 26 ZN BD BiH.

82 Čl. 44 ZN FBiH, čl. 46 ZN RS i čl. 44 ZN BD BiH.

83 Čl. 28 st. 1 ZN FBiH. Iako u konkretnom članu federalni zakonodavac ne navodi vanbračnog partnera kao nužnog nasljednika mišljenja smo da je riječ samo o propustu tehničke prirode, pošto je temeljem čl. 9 st. 1 ZN FBiH postavljeno generalno pravilo da vanbračni partner nasljeđuje na osnovu zakona te da je u pravu nasljeđivanja izjednačen sa bračnim partnerom.

84 Čl. 29 st. 2 ZN FBiH, čl. 31 st. 1 ZN RS i čl. 29 st. 2 ZN BD BiH.

ili samo po majci (*uterini*)).⁸⁵ Krug relativnih nužnih nasljednika polaže pravo na jednu trećinu od redovnog zakonskoga nasljednog dijela, koji bi ta lica dobila da nije povrijeđen njihov nužni zakonski dio. Nužne nasljednike možemo svrstati u dva nasljedna reda koja su identična redovnim zakonskim nasljednim redovima, s tim da je kod nužnog nasljeđivanja pravo predstavljanja ograničeno u pogledu ostaviteljeve braće i sestara i njihovih potomaka, odnosno bratića i sestrića.⁸⁶ Tako će prvi nužni zakonski nasljedni red sačinjavati ostaviteljeva djeca, odnosno njihovi potomci po pravu predstavljanja, usvojenici i njihovi potomci po pravu predstavljanja (uz poseban tretman usvojenika iz nepotpunog usvojenja i njihovih potomaka) i bračni, odnosno vanbračni partner.⁸⁷ Drugi nužni zakonski nasljedni red čine bračni, odnosno vanbračni partneri (ukoliko su ostali sami u prvom nasljednom redu, osim u slučaju odricanja ostalih nasljednika prvog nasljednog reda), ostaviočevi roditelji i njihovi prvostepeni potomci po pravu predstavljanja, tj. ostaviteljeva braća i sestre, ali ne i njihovi potomci. Zaključimo, prvi i drugi nužni nasljedni red nisu utemeljeni na podjeli nužnih nasljednika po kriterijumima za nužno nasljeđivanje, nego prema pravilima redovnog zakonskog nasljeđivanja, a što istovremeno podrazumijeva da u prvom nužnom nasljednom redu postoje lica koja pravo na nužni dio mogu polagati po oba kriterijuma, dok u drugom nužnom nasljednom redu do izražaja dolazi isključivo primjena objektivno-subjektivnog kriterijuma.

85 Čl. 28 st. 2 ZN FBiH, čl. 30 st. 2 ZN RS i čl. 28 st. 2 ZN BD BiH.

86 Prilikom određenja kruga nužnih nasljednika i u zemljima regiona dolazi do izražaja različita zakonska regulacija. Tako Zakon o dedovanju R Slovenije predviđa da su nužni nasljednici po objektivnom kriterijumu ostaviočevi potomci, njegovi usvojenici i njihovi potomci, ostaviteljevi roditelji i supružnik, dok će po objektivno-subjektivnom kriterijumu pravo na nužni dio imati ostaviteljevi djedovi i babe i braća i sestre. U Sloveniji vanbračni srodnici i partneri su izjednačeni prilikom nasljeđivanja. Čl. 25 i 4 Zakona o dedovanju R Slovenije.; Zakonom o nasljeđivanju RS je krug nužnih nasljednika drugačije uređen, tako da su po objektivnom kriterijumu nasljeđivali ostaviočevi potomci, usvojenici i njihovi potomci, bračni drug i usvojilac. S druge strane, usvojilac iz nepotpunog usvojenja, ostaviteljeva braća i sestre, njegovi djedovi i babe i ostaviteljevi ostali preci su nužnim nasljednicima mogli postati isključivo po objektivno-subjektivnom kriterijumu. Vanbračni suprug nema prava nasljeđivanja, pa čak ni svog supružnika (ZN RS ga uopće i ne pominje), dok su vanbračna djeca izjednačena sa bračnom. Čl. 39 ZN RS.; U R Hrvatskoj je regulisano da potomci umrloga, njegovi usvojenici i njihovi potomci i njegov bračni drug je nužni nasljednik po objektivnom kriterijumu, dok su usvojitelji, ostaviteljevi roditelji kao i svi ostali ostaviočevi preci nužni nasljednici samo ako su trajno nesposobni za rad i nemaju nužnih sredstava za život. U Hrvatskoj je vanbračni drug u nasljeđivanju izjednačen sa bračnim, jednako kao što su i vanbračna djeca i njihovi potomci izjednačena sa bračnom djecom i njihovim potomcima. Čl. 69, 8 i 21 ZN RH.; Zakonom o nasljeđivanju R CG je predviđeno da su nužni nasljednici potomci ostaviočeva, njegov supružnik, njegovi usvojenici i njihovi potomci, njegovi roditelji i njegovi usvojioci. Djedovi i babe i braća i sestre ostaviočeva su nužni nasljednici samo ako su trajno nesposobni za rad i nemaju nužnih sredstava za život. U Crnoj Gori vanbračni srodnici su izjednačeni sa bračnim srodnicima, dok vanbračni partner ima pravo nasljeđivanja svog supružnika. Čl. 27, 4 i 9 ZN R CG.; Odbredbama Zakona o nasljeđivanju R Kosova je regulisano da su nužni nasljednici po objektivnom kriterijumu potomci umrlog lica, usvojena djeca, njihovi potomci, njegovi roditelji i supružnik, dok će pod objektivno-subjektivnim kriterijumom nužni nasljedni dio moći dobiti roditelji umrlog lica i njegova/njena braća i sestre. Na području Kosova vanbračni partner prema izričitoj zakonskoj odredbi ne može biti nužni nasljednik, dok je njegovo redovno zakonsko nasljeđivanje ograničeno samo na supružnika. Vanbračna djeca su u nasljeđivanju izjednačena sa bračnom djecom samo ako im je očinstvo poznato ili utvrđeno sudskom odlukom. Čl.30, 28 i 3 ZN RK.

87 Čl. 8, 10 i 11 ZN FBiH, čl. 8, 9 i 10 ZN R Srpske i čl. 9, 10 i 11 ZN BD BiH.

Ukoliko bude utvrđena povreda nužnog nasljednog djela nužno je opozivanje testamenta, odnosno ugovora o nasljeđivanju i poklona kojima nužni dio može biti i povrijeđen. No, do opozivanja poklona može doći i zbog prestanka braka. Ukoliko je došlo do razvoda braka bez ičije krivice, učinjeni pokloni ne mogu biti opozvani, već ih svaki supružnik zadržava. No, ako je brak razveden krivicom supružnika-poklonoprimalca, a pri tome je poklon veće vrijednosti dat supružniku povodom sklapanja braka ili u toku trajanja braka, moguće je opozivanje ugovora o poklonu.⁸⁸ „Nema pravne važnosti odredba o odricanju unaprijed od prava na opoziv. Jedino se uobičajeni prigodni pokloni, nagradni pokloni i pokloni učinjeni iz zahvalnosti ne mogu opozvati i pobijati.“⁸⁹

Iako sva tri zakonodavca propisuju zabranu zaključenja ugovora o nasljeđivanju proglašavajući ništavim svaki onaj ugovor kojim se neki od saugovarača obavezuje da ostavi cjelokupnu svoju imovinu ili njen dio saugovaraču ili trećem licu, ipak je ZN FBiH dopušteno zaključenje ugovora o nasljeđivanju i to samo između bračnih i vanbračnih partnera ili lica koja će tek stupiti u brak ili vanbračnu zajednicu, tako da će u posljednjem slučaju ovom ugovoru, biti dodat uslov sa suspenzivnim dejstvom ugovora o nasljeđivanju.⁹⁰ Takvo određenje federalnog zakonodavca ostavilo je prostora da konstatujemo da u FBiH pored testamenta i zakona postoji i ugovor o nasljeđivanju kao *iustus titulus* u nasljeđivanju sa najprioritetnijim dejstvom.⁹¹ Osnovne karakteristike ugovora o nasljeđivanju proizlaze iz njegovog zakonskog određenja kao ugovora kojim se ugovorne strane međusobno određuju za nasljednike ili jedna strana drugu određuje za svog nasljednika što ova strana prihvata. Prema tome ugovorom o nasljeđivanju se bračni ili vanbračni partneri međusobno imenuju nasljednicima ili jedna strana drugu određuje za svoga nasljednika, što ova strana prihvata.⁹² Shodno ovakvog zakonskog određenju, u literaturi je zastupljeno mišljenje da ovaj ugovor može biti jednostran ili dvostran, a sve u zavisnosti od toga da li je njime jedna stranka postavljena za nasljednika ili su se dvije stranke međusobno imenovale nasljednicima.⁹³ Neki autori smatraju da ovaj ugovor može izazvati poistovjećivanje sa jednostranoobavezujućim i dvostranoobavezujućim pravnim poslovima, te stoga predlažu termine jednostrano imenujući i dvostrano imenujući ugovor, uz konstataciju

88 Mogućnost opozivanja poklona u slučaju poništenja braka zavisi od savjesnosti, odnosno nesavjesnosti poklonoprimalca i poklonodavaca, tj. od toga da li su oni znali za okolnosti zbog koje je brak poništen, pa ako je poklonoprimalac bio savjestan on ima pravo da zadrži poklon, čak i kada bi poklonodavac bio savjestan. Sporno je kada su oba supružnika nesavjesna, tako da jedni smatraju kako niko od njih neće opozvati poklon dok drugi drže da će to obje strane biti u mogućnosti. M. Mijačić, *Obligacioni ugovori*, Savremena administracija, Beograd, 1988, 71-72.

89 E. Bikić/M. Povelakić/S. Suljević/M. Plavšić, *Notarsko pravo*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH TDP, Sarajevo, 2013, 285.

90 Uz sve navedeno to je strogo lični pravni posao, koji mogu zaključiti samo potpuno poslovno sposobna lica. Čl. 126 ZN FBiH. Pošto smo već prethodno, u poglavlju 9.2. iznijeli najvažnije karakteristike ovog ugovora u pravnom sistemu F BiH, na ovom mjestu ćemo samo akcentirati njegov praktični značaj.

91 Čl. 129 ZN FBiH.

92 E. Bikić/M. Povelakić/S. Suljević/M. Plavšić, 491.

93 *Ibid.*, 491-492.

da je navedena terminologija strana našoj uobičajenoj pravnoj terminologiji.⁹⁴ „Budući da se radi o ugovoru, a ne o jednostranom pravnom poslu, druga strana mora prihvatiti takvo postavljanje i nakon toga ne postoji mogućnost jednostranog opoziva ugovora o nasljeđivanju. Ovdje je sasvim jasna razlika između testamenta kao jednostranog pravnog posla i ugovora o nasljeđivanju kao dvostranog pravnog posla koji može sadržavati jednostrano ili dvostrano postavljanje nasljednika.“⁹⁵ Jednako kao i testament, ugovor o nasljeđivanju je strogo lični pravni posao, što znači da u ovom ugovoru nema mjesta zastupanju.⁹⁶ Ovaj ugovor spada u strogo formalne pravne poslove, te je za njegovu punovažnost nužna notarski obrađena isprava,⁹⁷ prilikom koje je notar dužan stranke poučiti o svim nasljedno-pravnim dejstvima ovog ugovora kao i mogućnostima njegovog raskida ili opoziva.⁹⁸ ZN FBiH je regulisao mogućnost sporazumnog raskida ugovora o nasljeđivanju, koji mora biti u formi notarski obrađene isprave.⁹⁹ Pošto je suštinski ovaj ugovor moguć samo između bračnih ili vanbračnih partnera utoliko će isti biti raskinut ako brak prestane razvodom ili poništenjem, odnosno ako prestane vanbračna zajednica, osim ako u samom ugovoru nije određeno drukčije, što znači da je strankama na dispoziciji eliminisanje ovog razloga za isključenje prilikom sačinjavanju ugovora.¹⁰⁰ Iako jednostrani raskid ili opoziv ugovora o nasljeđivanju nije dopušten, osim ako je zakonom drukčije određeno, ipak jedna ugovorna strana može pobijati ugovor o nasljeđivanju ukoliko su pri njegovom zaključivanju postojale mane volje.¹⁰¹ Zakonodavac je u dva slučaja dopustio jednostran raskid, odnosno opoziv ugovora. Ukoliko je nasljeđivanje jedne strane ugovorom o nasljeđivanju bilo uslovljeno ispunjenjem obaveze druge strane, ugovor se zbog neizvršenja može jednostrano raskinuti po općim pravilima obligacionog prava.¹⁰² U navedenom slučaju riječ je o razlozima usljed čijeg nastupanja je stranka koja se obavezala na prenošenje nasljedstva *mortis causa* ovlaštena na jednostran *raskid* ugovora, zbog neispunjenja preuzetih obaveza druge strane. No, u drugom slučaju ne dolazi do raskida nego do opoziva ugovora zbog postojanja ili naknadnog nastupanja zakonom predviđenih okolnosti, usljed kojih ugovor biva opozvan. Pored toga, ovaj opoziv je specifičan i po tome što treba biti sačinjen u formi notarski obrađene isprave kojom se druga

94 O ovome opširnije vidjeti: D. Đurđević, „Uvođenje ugovora o nasljeđivanju u srpsko pravo“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, god. LVII, br. 2/2009*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 190.

95 E. Bikić/M. Povelakić/S. Suljević/M. Plavšić, 492.

96 U uporednom pravu, u slučaju da navedenim ugovorom samo jedna strana preuzme obavezu ostavljanja cijelog ili samo dijela naslijeđa drugoj strani, smatra se da samo ta izjava volje mora biti data lično, dok druga strana prilikom davanja izjave volje može biti zastupana. D. Đurđević, 192.

97 Slično je rješenje prihvaćeno u gotovo svim pravnim porecima koji ovaj ugovor dopuštaju poput: Njemačke, Austrije, Estonije, Švicarske. E. Bikić/M. Povelakić/S. Suljević/M. Plavšić, fn. 1253, 1254, 1255 i 1256, 493.

98 Čl. 128 ZN FBiH.

99 Čl. 130 st. 1 ZN FBiH.

100 Čl. 130 st. 2 ZN FBiH.

101 Čl. 130 st. 3 i 4 ZN FBiH

102 Čl. 131 st. 1 ZN FBiH.

strana isključuje iz naslijeđa temeljem ugovora o nasljeđivanju.¹⁰³ „Ukoliko su nakon zaključenja ugovora o nasljeđivanju na strani jedne ugovorne strane ispunjene pretpostavke za isključenje iz nasljeđivanja ili i prije toga, a druga ugovorna strana za to nije znala, druga ugovorna strana može u zakonom propisanoj formi izvršiti isključenje iz naslijeđa, čime se smatra da je izvršila opoziv svojih raspolaganja u ugovoru o nasljeđivanju, osim ako prilikom isključenja izričito ne odredi da se isključenje ne odnosi na dio obuhvaćen ugovorom o nasljeđivanju.“¹⁰⁴ Pošto je ZN FBiH regulisao da isključenje može biti učinjeno u formi testamenta ili ugovora o nasljeđivanju,¹⁰⁵ postavlja se pitanje valjanosti ugovora o nasljeđivanju kao prioritnog pravnog osnova u odnosu na testament. Ipak, u slučaju da isključenje stranke ugovornice bude valjano i učinjeno u formi testamenta ugovor o nasljeđivanju se po automatizmu smatra opozvanim. Među nedostacima ugovora o nasljeđivanju, koji nije jedinstveno prihvaćen ni u svim zemljama istog pravnog sistema,¹⁰⁶ se ističe ograničenje slobode testiranja (osim u slučaju opoziva ugovora op.a.).¹⁰⁷ S druge strane, postoje autori koji smatraju da je najveći nedostatak ovog ugovora u tome što on ne ograničava slobodu ugovornog zavještaoca da preduzima pravne poslove *inter vivos*.¹⁰⁸

3.3. Ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života

U pogledu ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života važno je naglasiti da sporazum može biti zaključen samo između pretka i njegove djece i drugih potomaka (unuka, praunuka itd.), dakle onih lica koja bi u datom trenutku bili nasljednici prvog nasljednog reda.¹⁰⁹ Pošto prvi nasljedni red čine i bračni, odnosno vanbračni partner, nameće se pitanje njegovog nasljedno-pravnog statusa prilikom zaključenja ovog ugovora. Da li to znači da se ustupitelj može dogovoriti sa djecom i drugim potomcima koji će biti pozvani na naslijeđe o ustupanju imovine bez bilo kakve saglasnosti supružnika? Odgovor je dao zakonodavac normirajući da ustupitelj može ustupanjem i raspodjelom obuhvatiti svog bračnog partnera uz njegov pristanak, a ukoliko bračni partner ne bude obuhvaćen ustupanjem i raspodjelom, njegovo pravo na nužni dio ostaje neokrnjeno.¹¹⁰ U tom slučaju ustupanje i raspodjela ostaju punovažne, samo se prilikom utvrđivanja vrijednosti ostavine

103 Na notarima je da ubuduće stranke upozore na činjenicu da opoziv može biti učinjen samo s obzirom na imovinu kojom je raspolagano ugovorom o nasljeđivanju, a što treba izričito navesti u testamentu. Moguće je da testament sadrži izjavu o isključenju druge ugovorne strane, ali u odnosu na zaostavštinu koja nije obuhvaćena ugovorom o nasljeđivanju, te će stoga ugovor o nasljeđivanju ostati na snazi. E. Bikić/M. Povlakić/S. Suljević/M. Plavšić, 496.

104 Čl. 131 st. 2 ZN FBiH.

105 Čl. 46 st. 1 ZN FBiH.

106 Tako ga ne dopušta francusko, italijansko, grčko, švedsko, finsko, špansko, portugalsko pravo itd. *Ibid.*, fn. 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197 i 1198, 482.

107 *Ibid.*, 483.

108 „Na taj način ugovorni zavještalc ima mogućnost da izigra očekivanja ugovornog nasljednika, tako što će prekomjernim poklonima umanjiti svoju zaostavštinu.“ D. Đurđević, 210.

109 Čl. 135 ZN FBiH, čl. 128 ZN RS i čl. 109 ZN BD BiH.

110 Čl. 141 st. 1 ZN FBiH, čl. 134 st. 1 ZN RS i čl. 115 st. 1 ZN BD BiH.

radi određivanja nužnog dijela preživjelog bračnog partnera dijelovi ostaviteljeve imovine koji su ustupljeni njegovim potomcima smatraju kao poklon.¹¹¹ Kao što uočavamo, u ovom ugovoru je moguće, ali za njegovu punovažnost nije i nužno, da bude obuhvaćen i bračni partner pretka-ustupitelja, koji se sa istim ustupanjem treba saglasiti da bi punopravno učestvovao u raspodjeli ustupljenih dobara.¹¹² Međutim, ako se supružnik ne saglasi sa ustupanjem imovine na ovaj način njegovo pravo na nužni dio ostaje neokrnjeno, tako da će prilikom postavljanja zahtjeva za nužnim dijelom od strane supružnika (ukoliko to bude moguće) dobra ustupljena na ovaj način ući u obračunsku vrijednost zaostavštine i biti tretirana kao pokloni, a što znači da će biti moguće namirenje supružnika kao nužnog nasljednika i iz vrijednosti ustupljenih dobara putem ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života ostavitelja.¹¹³ U slučaju zaključenja punovažnog sporazuma o ustupanju i raspodjeli, imovina navedena u sporazumu nakon smrti pretka ne čini njegovu zaostavštinu. Zaostavštinu eventualno može sačinjavati ona imovina pretka koja nije bila obuhvaćena ustupanjem i raspodjelom, kao i dobra koja je stekao nakon zaključenja sporazuma.¹¹⁴ Pojedini potomci ne mogu pobijati sporazum zbog toga što im je eventualno ustupljen manji obim imovine u odnosu na druge potomke, pa dosljedno tome, ne mogu tražiti ni reduciranje ustupanja učinjenog drugim licima da bi im se namirio nužni dio.¹¹⁵ Prilikom ustupanja i raspodjele ustupitelj može za sebe ili za svog bračnog partnera, ili kao za koje drugo lice zadržati pravo plodouživanja, pravo upotrebe ili pravo stanovanja na svim ustupljenim stvarima, ili na samo nekim od njih.¹¹⁶ Pored toga ovlašten je da tom prilikom ugovori doživotnu rentu u naturi ili novcu, ili doživotno izdržavanje ili bilo kakvu drugu naknadu. Ukoliko su pravo plodouživanja, pravo upotrebe, pravo stanovanja, doživotna renta ili doživotno izdržavanje ugovoreni za ustupitelja i njegovog bračnog partnera zajedno, u slučaju smrti jednog od njih, to pravo ili renta ili doživotno izdržavanje pripada u cjelini preživjelom bračnom partneru, i traje sve do trenutka njegove smrti, ako nije što drugo ugovoreno, ili ako drukčije ne proizilazi iz okolnosti slučaja.¹¹⁷

Pošto sporazum o ustupanju i raspodjeli imovine *inter vivos* ima elemente ugovora o poklonu, zakonom je predviđeno pravo ustupioca na opozivanja ustupanja i raspodjele, tj. ovlaštenje da zahtijeva od potomka, odnosno bračnog partnera (u FBiH i vanbračnog partnera) da mu ovaj vrati ono što je primio ustupanjem i raspodjelom. Razlozi zbog kojih je to moguće izvršiti su navedeni zakonom i svedeni na: grubu nezahvalnost prema ustupiocu¹¹⁸ ili neudovoljenju preuzete obaveze davanja izdržavanja,¹¹⁹ ugovorenog ustupanjem i raspodjelom imovine,

111 Čl. 141 st. 2 ZN FBiH, čl. 134 st. 2 ZN RS i čl. 115 st. 2 ZN BD BiH.

112 *Ibid.*, 454.

113 A. Silajdžić, *Nasljedno pravo*, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 1964, 226.

114 Čl. 138 st. 1 ZN FBiH, čl. 131 ZN RS i čl. 112 ZN BD BiH.

115 E. Hašić/A. Muslić/B. Krešić, 91.

116 Čl. 140 st. 1 ZN FBiH, čl. 133 st. 1 ZN RS i čl. 114 st. 1 ZN BD BiH

117 Čl. 140 st. 2 ZN FBiH, čl. 133 st. 1 ZN RS i čl. 114 st. 2 ZN BD BiH.

118 „Verbalnim i fizičkim napadom, kao i nanošenjem lahkih tjelesnih povreda tužiocu od strane tuženika, tuženici su pokazali grubu neblagodarnost prema tužiocu, što je sve razlog za opoziv ugovora o raspodjeli nepokretne imovine za života.“ D. Medić/H. Tajić, 307.

119 „Ustupilac imovine po ugovoru o ustupanju i raspodjeli imovine za života ima pravo da mu poto-

ili neispunjenje ustupiočevih dugova, a čija isplata mu je naložena ustupanjem i raspodjelom.¹²⁰ Znači, nakon nastupanja navednih razloga ustupilac ima pravo na opozivanje ugovora bez da sud ulazi u procjenu njegovog opoziva. Na drugoj strani, u slučajevima neizvršenja preuzetih obaveza utvrđenih sporazumom o ustupanju i raspodjeli imovine, ali iz razloga koji nisu prethodno navedeni, sud će, vodeći računa o važnosti preuzete obaveze za ustupitelja i o ostalim okolnostima slučaja, odlučiti da li ustupitelj ima pravo zahtijevati vraćanje date imovine, ili samo pravo tražiti prinudno izvršenje preuzete obaveze.¹²¹ U ovom drugom slučaju sud nije obavezan da nakon utvrđenog razloga na koji se ustupitelj poziva (a pri tome to nije nijedan od gore navedenih razloga) donijeti odluku o opozivu ugovora, odnosno vraćanju imovine, nego može odlučiti i da se dužnik prinudi na ispunjenje preuzete obaveze. Potomak ili bračni partner koji je, iz gore navedenih razloga, morao vratiti ustupitelju ono što je primio prilikom ustupanja ili raspodjele je ovlašten zahtijevati svoj nužni dio poslije smrti ustupitelja, ali samo ukoliko nije isključen iz naslijeđa, niti je postao nedostojan nasljeđivanja ustupitelja, niti se odrekao nasljedstva.¹²² Prilikom izračunavanja nužnog dijela potomaka ili supružnika dijelovi imovine koju je ostavitelj za života ustupio i raspodijelio svojim ostalim potomcima ili bračnom partneru će biti smatrani poklonom.¹²³

3.4. Svjedoci prilikom sačinjavanja sudskog testamenta

O statusu supružnika u nasljedno-pravnim odnosima svjedoče i odredbe o svjedocima prilikom sačinjavanja testamenta. Tako je određeno da svjedoci prilikom sačinjavanja sudskog testamenta trebaju biti punoljetna lica, koja su poslovno sposobna, pismena i koja poznaju službeni jezik koji je u upotrebi u sudu. Pravilima vanparničnog postupka je regulisano da svjedoci ne mogu biti potomci zavještaoca, njegovi usvojenici i njihovi potomci, njegovi preci zaključno sa djedom i babom/nanom i njihovim potomcima prvog stepena, njegovi srodnici u pobočnoj liniji do trećeg stepena, supružnici svih ovih lica i supružnik ostavioca.¹²⁴ Ništave su odredbe sudskog testamenta kojim se nešto ostavlja sudiji koji je sastavio testament, svjedocima testamenta, kao i precima, potomcima, braći i sestrama i supružnicima tih lica.¹²⁵ Svrha ovog pravila je da bude odstranjen mogući uticaj sudije koji sastavlja testament kao i uticaj svjedoka pri sačinjavanju testamenta na volju testatora. Zakoni

mak-primalac imovine po takvom ugovoru vrati ono što je po ugovoru primio ako ne daje ustupiocu ili kome drugom izdržavanje određeno ugovorom o ustupanju i raspodjeli imovine za života.“ Vrhovni sud Srbije, br. 850/98, od 13.V.1998. godine. *Ibid.*, 309.

120 Čl. 144 st. 1 i 2 ZN FBiH, čl. 137 st. 1 ZN RS i čl. 118 st. 1 ZN BD BiH.

121 Čl. 144 st. 3 ZN FBiH, čl. 137 st. 2 ZN RS i čl. 118 st. 2 ZN BD BiH.

122 Čl. 145 st. 1 ZN FBiH, čl. 138 st. 1 ZN RS i čl. 119 st. 1 ZN BD BiH.

123 Čl. 145 st. 2 ZN FBiH, čl. 138 st. 2 ZN R Srpske i čl. 119 st. 2 ZN BD BiH.

124 Čl. 187 ZVPP FBiH, čl. 196 ZVPP RS i čl. 178 ZVPP BD BiH. „Činjenica što je prilikom sačinjavanja sudskog testamenta bio prisutan svjedok testament-srodnik četvrtog stepena srodstva zavještaoca je bez uticaja na njegovu punovažnost jer se radi o testamentu koji je, po sačinjavanju od strane sudije, zavještalcu pročitao i potpisao.“ Vrhovni sud Republike Crne Gore, br. Rev-166/05, od 20.IV.2006. godine. *Ibid.*, 209-210.

125 Čl. 73 ZN FBiH, čl. 75 ZN RS i čl. 72 ZN BD BiH.

o nasljeđivanju su regulisali da ne mogu biti svjedoci pri sačinjavanju pismenog testamenta pred svjedocima i sudskog testamenta, niti testament sačiniti po kazivanju zavještatelja u svojstvu sudije: potomci zavještatelja, njegovi usvojenici i njihovi potomci, njegovi preci i usvojitelji, njegovi srodnici u pobočnoj liniji do četvrtog stepena zaključno, bračni partneri svih ovih osoba i bračni partner zavještatelja.¹²⁶ „Lice koje je po kazivanju ostavioca sastavilo pismeni testament pred svjedocima može biti svjedok tog testamenta.“¹²⁷ Pri tome, u svakom momentu trebamo imati u vidu da su, u nasljednopravnim odnosima na području FBiH, vanbračni partneri izjednačeni sa bračnim partnerima, tako da i u onim slučajevima u kojima je zakonodavac spomenuo bračnog partnera možemo podrazumijevati i supružnike iz vanbračne zajednice.¹²⁸ Ne mogu biti svjedoci pri sačinjavanju međunarodnog testamenta: potomci zavještatelja, njegovi usvojenici i njihovi potomci, njegovi preci usvojitelji, njegovi srodnici u pobočnoj liniji do četvrtog stepena zaključno, bračni partneri svih ovih osoba i bračni partner zavještatelja.¹²⁹

Raspolaganja zavještatelja u korist svog bračnog partnera smatrat će se opozvanima ako je brak prestao na osnovu pravomoćne presude nakon što je testament sastavljen, osim ako je ostavitelj drukčije odredio svojim testamentom.¹³⁰

Zaključak

Analiziranjem pozitivno-pravnih propisa koji regulišu nasljedno-pravni status supružnika u BiH zaključujemo da i u ovom polju privatno-pravnih odnosa preovlađuje pravni partikularizam i neusklađenost pravnih odredbi koje na koncu rezultiraju nesigurnim pravnim poretkom kao jednim od faktora nestabilnosti sveukupnog društveno-ekonomskog miljea. S tim uvezi rad ima za cilj da podstakne što skorije usklađivanje nasljedno-pravnog statusa supružnika na području BiH. Pozitivno-pravno regulisanje date materije nam trenutno ne ulijeva nadu u siguran nasljedno-pravni status supružnika i njihov jednak tretman u BiH, niti nam daje jedinstven odgovor na pitanje: Da li nasljedno-pravne odredbe trebaju favorizovati supružnika u odnosu na druge nasljednike? U svrhu davanja odgovora, u ovom radu smo, služeći se adekvatnim naučno-istraživačkim metodama, izložili sva tri zakonska tretmana supružnika, nakon čega možemo zaključiti da se jedino zakonodavac na području entiteta FBiH opredijelio za posebne mjere zaštite nasljedno-pravnog statusa supružnika, dok su zakonodavci u entitetu RS i distriktu Brčko zadržali ranije, socijalistička rješenja za koja možemo konstatovati da blago favorizuju nasljedno-pravni status supružnika, ali ne pretenduju ka njegovoj posebnoj zaštiti u odnosu na druge nasljednike.

126 Čl. 72 ZN FBiH, čl. 74 ZN RS i čl. 71 ZN BD BiH.

127 Bilten Vrhovnog Suda BiH, br. 1985/4, Novinsko-izdavačka organizacija Službeni list SRBiH, Sarajevo, 1985.

128 Čl. 9 ZN FBiH.

129 Čl. 97 ZN FBiH i čl. 97 ZN RS.

130 Čl. 123 ZN FBiH.

Dr. sc. Ajdin Huseinspahić, Assistant Professor
Faculty of Law University of Zenica

THE HEREDITARY-LEGAL POSITION OF SPOUSES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

In this paper we discussed the hereditary-legal position of spouses through the Laws of inheritance in the three legal areas of Bosnia and Herzegovina (two entities and one district). In order to maximize the relevance of the analysis of the applicable laws as well as of the final conclusions, we started the paper by pointing out the historical significance of the hereditary-legal position of the spouses. Our goal was to review the hypothesis about the special status of spouses, i.e. their special protection through the provisions of inheritance law. After examining the hypothesis by means of relevant scientific methods we concluded that only the legislator in the entity Federation of Bosnia and Herzegovina is paying special attention to the spouses (married and unmarried partners) whose inheritance status is equal, enabling them to enjoy the rights that they do not have in the other entity and the district. This is visible in the field of legal, as well as testamentary and contractual inheritance.

Keywords: spouse, married and unmarried spouse, inheritance, legal inheritance, forced heirs, contract of inheritance.

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

Dr. sc. Darko Radić, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

MODELI BRAČNE IMOVINE U BOSNI I HERCEGOVNI (KOMPARACIJA SA ODABRANIM EVROPSKIM ZAKONODAVSTVIMA)

Reformama porodičnih zakonodavstava u Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, odnosno u Republici Srpskoj prihvaćeni su različiti modeli bračne imovine. U Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, bračna stečevina, odnosno bračna tekovina uređena je kao suvlasnička zajednica, u kojoj su supružnici suvlasnici sa jednakim udjelima i poznatim obimom prava. U Republici Srpskoj zadržano je, i ranije primjenjivano, rješenje da je bračna imovina u stvari zajednička imovina u odnosu na koju se supružnici pojavljuju kao ravnopravni titulari (skupni titular) sa neutvrđenim obimom njihovih prava. Predmet ovog istraživanja je razmatranje prednosti i nedostataka prihvaćenih različitih koncepata bračne imovine, odnosno njihovo kompariranje sa odgovarajućim uporednopravnim rješenjima, a sa ciljem da se utvrde i analiziraju njihovi učinci u pogledu zaštite interesa bračne, odnosno porodične zajednice.

Ključne riječi: bračna imovina, posebna imovina, upravljanje i raspolaganje bračnom imovinom, dioba bračne imovine.

1. Uvod

Imovinski odnosi koji se između supružnika zasnivaju i traju tokom braka, brojni su i raznovrsni, ali ipak dijele neka zajednička obilježja koja proizlaze iz identiteta subjektivnog elementa. Ova vrsta odnosa zapravo je rezultat zajednice života, odnosno uslov i posljedica ekonomske zajednice supružnika. Prije nego što stupe u međusobne imovinske odnose, ili istovremeno sa tim, supružnici ulaze u lične pravne odnose i životnu vezu u kojoj dominiraju vanpravni elementi. Za razliku od ostalih učesnika u imovinskim odnosima, supružnici nisu nužno i isključivo motivisani i rukovođeni ostvarenjem sopstvenih ekonomskih interesa, tj. zadovoljavanjem isključivo ličnih potreba, već se kao važan faktor pojavljuju interesi braka i porodice, što je u sadejstvu sa njihovom ličnom vezom osnova legitimiteta kreiranja i primjene specijalnih pravnih pravila.

Vodeći računa o prethodno navedenim pravno-političkim vrijednostima, a u cilju adekvatne zaštite interesa braka i porodice, u pravnim sistemima današnjice predviđaju se različiti modaliteti bračne imovine, kao imovinskopravni izraz zajedništva supružnika. Koncept i kvalitet nekog modela bračne imovine zavisi od

mного faktora, ali se kao magistralni izdvajaju: kriterijumi za pravnu kvalifikciju imovine stečene u zajednici života supružnika, momenat konstituisanja bračne imovine, regulativa kojom se uređuje upravljanje i raspolaganje ovom imovinom. Konačan ton svakom modelu bračne imovine daje sistem njene diobe (način razvrgnuća bračno-imovinske zajednice).

U nastavku rada razmatraju se modeli bračne imovine u pravnim sistemima u Bosni i Hercegovini (dalje: BiH), odnosno izložena je kraća uporednopravna analiza istovrsnih propisa iz odabranih evropskih zakonodavstava, kako bi se kompariranjem različitih modela bračne imovine mogle identifikovati njihove prednosti i nedostaci, a sa ciljem da se utvrdi da li postojeći modeli bračne imovine u pravnim sistemima u BiH sadržavaju odgovarajuća rješenja.

2. Model bračne stečevine (Federacija Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine)

2.1. Pojam, sastav i karakteristike bračne stečevine

U zakonodavstvima Federacije Bosne i Hercegovine (dalje: FBiH) i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (dalje: BD) napušten je model zajedničke imovine, koji je decenijama bio primjenjivan u tadašnjim republičkim zakonodavstvima bivše Jugoslavije. Umjesto zajedničke imovine prihvaćen je koncept bračne stečevine, odnosno bračne tekovine.¹ Pojmovi kao što su bračna stečevina i bračna tekovina upućuju na značaj i funkciju ove pravne ustanove za bračnu zajednicu i ističu njenu osobenost u smislu postojanja posebne veze između titulara. Drugim riječima, naglašavajući „bračnost“ imovine, apostrofira se karakteristika da se radi o imovini koja je stečena u određenom pravnom stanju i od strane lica koja su međusobno vezana i lično, ne samo imovinski. Budući da su propisi iz oblasti uređenja imovinskih odnosa supružnika u zakonodavstvima FBiH i BD veoma slični, naredna izlaganja, koja za cilj imaju razmatranje ovog modela bračne stečevine, vrijede za oba navedena zakonodavstva. Naravno, u slučajevima gdje postoje izvjesne razlike u zakonskim rješenjima, na to će biti posebno ukazano.

Zakonski bračni imovinski režim u posmatranim pravnim sistemima baziran je na kombinaciji režima posebne imovine i režima bračne stečevine. U posebnu imovinu, u smislu njene negativne definicije, ulazi sve ono što ne ulazi u bračnu stečevinu. Drugim riječima, sve što supružnik ima u trenutku sklapanja braka i sve što je tokom braka stekao besteretno, predstavlja njegovu posebnu imovinu.² *Argumentum a contrario*, u bračnu stečevinu ulazi sva ona imovina koju supružnici ostvare radom za vrijeme trajanja bračne zajednice. Istu pravnu sudbinu imaju i

1 U Porodičnom zakonu FBiH - dalje: PZ FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 35/05, 41/05 i 31/14) upotrebljava se termin bračna stečevina, a u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta BiH – dalje: PZ BD (*Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*, br. 23/07) koristi se termin bračna tekovina. Vid. Traljić, N.; Bubić, S., *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 71; Alinčić, M., *et al.*, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006, str. 495.

2 Vid. čl. 254 PZ FBiH, čl. 231 PZ BD. Isto rješenje prihvaćeno je i u hrvatskom pravu, vid. čl. 39 Obiteljskog zakona - dalje: OZ (*Narodne novine*, br. 103/15).

prihodi ostvareni od bračne stečevine.³ Međutim, u sastav bračne stečevine mogu se uvrstiti i prihodi sa posebne imovine, ukoliko su ostvareni radom supružnika.⁴ Pokloni koji su učinjeni supružnicima tokom braka, takođe se uvrštavaju u bračnu stečevinu, ako drugačije ne proizlazi iz namjene poklona ili iz okolnosti u momentu davanja poklona, na osnovu kojih se može zaključiti da je poklonodavac poklon želio učiniti samo jednom od supružnika.⁵ Konačno, u bračnu stečevinu spada imovina ostvarena učešćem u igrama na sreću, odnosno prihodi koji se za vrijeme bračne zajednice ostvaruju od autorskog prava i njemu srodnih prava.⁶

Ipak, ključna razlika u odnosu na napušteni, ranije primjenjivani koncept zajedničke imovine, sastoji se u činjenici da su supružnici sada suvlasnici, a ne zajedničari. Dakle, bračna stečevina je po svojoj pravnoj prirodi suvlasništvo (*condominium*) u kojem su supružnici suvlasnici sa jednakim udjelima.⁷ Ukoliko supružnici propuste da otklone primjenu ove odredbe bračnim ugovorom ili sporazumom o diobi i time međusobne odnose u pogledu bračne stečevine sporazumno drugačije urede, onda u slučaju sudske diobe iste ne mogu dokazivati suprotno. Ne može se zahtijevati utvrđivanje udjela koji bi bio veći od jedne polovine. Riječ je, dakle, o *praesumptio iuris et de iure*. Dakle, eventualna tužba za utvrđenje udjela u bračnoj stečevini (tekovini) većeg od 1/2 bila bi odbačena kao nedopuštena.⁸

2.2. Upravljanje i raspolaganje bračnom stečevinom

Na poslove upravljanja i raspolaganja bračnom stečevinom primjenjuju se opšta pravila imovinskog prava, tj. stvarnopravni i obligacionopravni propisi.⁹ U skladu sa tim, svaki supružnik ima pravo na državinu (posjed) stvari i pravo da je koristi i ubire plodove srazmjerno svom suvlasničkom dijelu.¹⁰ Za poslove redovnog upravljanja

3 Čl. 251 st. 1 PZ FBiH, čl. 228 st. 1 PZ BD (tako i čl. 36 st. 1 OZ).

4 Tako i Alinčić, M., *et al.*, *op. cit.* (bilj. 1), str. 499.

5 Čl. 251 st. 2 PZ FBiH, čl. 228 st. 2 PZ BD. U hrvatskom zakonodavstvu nije posebno propisano da se pokloni učinjeni supružnicima zajedno uvrštavaju u bračnu stečevinu, niti su od strane zakonodavca eksplicitno pravno kvalifikovani kao posebna imovina (vid. čl. 36 i čl. 39 st. 2 OZ). Logičko, jezičko i ciljno tumačenje citiranih propisa upućuje na zaključak da u slučaju nemogućnosti utvrđivanja da je poklon učinjen samo jednom od supružnika, isti ne ulazi u sastav bračne stečevine, već se prema opštem pravilu imovinskog prava tada oba supružnika smatraju poklonoprincipima sa jednakim pravima, odnosno titulari u odnosu na predmet poklona sa ravnopravnim udjelima, što nas vodi ka istom pravnom finalu. Međutim primjeri iz sudske prakse potvrđuju drugačiji stav (vid. Presuda Općinskog suda u Vukovaru P Ob-100/2016, od 3.02.2017. godine; Presuda Općinskog suda u Splitu br. P Ob 300/2016, od 12.01.2018. godine).

6 Vid. čl. 251 st. 3 i 4 PZ FBiH, čl. 228 st. 3 i 4 PZ BD (odnosno, čl. 36 st. 2 OZ). Nema dileme da je autorsko djelo posebna imovina supružnika koji ga je stvorio.

7 Čl. 252 st. 1 PZ FBiH, čl. 229 st. 1 PZ BD. Isti pristup bilježimo i u hrvatskom porodičnom zakonodavstvu čl. 36 st. 3 OZ.

8 U smislu teorijskog određenja sistema diobe bračne stečevine, nema sumnje, riječ je o čistom sistemu jednakosti udjela.

9 Opšta pravila će ustupiti mjesto posebnim pravilima porodičnog prava, kojih zapravo u posmatranom dijelu regulative i nema. Vid. čl. 253 PZ FBiH, čl. 230 PZ BD.

10 Čl. 27 st. 1, čl. 28 st. 1 i čl. 29 st. 1 Zakon o stvarnim pravima FBiH – dalje: ZSP FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 66/13 i 100/13), čl. 55 st. 1 i čl. 56 st. 1 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – dalje: ZV BD (*Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*, br. 11/01,

bračnom stečevinom, koje preuzima supružnik, nužna je saglasnost drugog.¹¹ U slučaju da jedan supružnik uskrati saglasnost, onda supružnik koji namjerava da preuzme posao upravljanja bračnom stečevinom može tražiti od suda da, s tim u vezi, donese odluku.¹²

Supružnik može slobodno raspolagati svojom imovinom, pa i vlastitim udjelom u bračnoj stečevini (djelimično ili u cjelosti). Pravilima o suvlasništvu propisano je da se idealni dio stvari u pravnom prometu smatra kao samostalna stvar.¹³ Ukoliko supružnik odluči da proda svoj udio u nepokretnosti koja je dio bračne stečevine, onda drugi supružnik ima pravo preče kupovine, što se može posmatrati kao mehanizam djelimične zaštite interesa drugog supružnika i potencijalno ostalih članova porodice.¹⁴ U slučaju povrede obaveze da prethodno ponudi prodaju svog suvlasničkog udjela drugom supružniku, ili kada suvlasnički udio nakon učinjene ponude supružniku bude prodat trećem licu pod povoljnijim uslovima, onda drugi supružnik suvlasnik ima pravo da zahtijeva poništenje takvog pravnog posla i prenos svojine na predmetnom suvlasničkom udjelu.¹⁵

Opšte je pravilo da se poslovi vanrednog upravljanja, kao i poslovi raspolaganja mogu preduzeti samo uz saglasnost svih suvlasnika (oba supružnika).¹⁶ Ukoliko, 8/03, 40/04 i 19/07), odnosno čl. 36 st. 1, čl. 37 st. 4 i čl. 38 st. 1 i 2 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima – dalje: ZVH (*Narodne novine*, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 i 152/14).

11 Posao redovnog upravljanja može se preduzeti, samo ako su sa tim saglasni suvlasnici čiji dijelovi zajedno čine više od jedne polovine. Jasno je da niti jedan od supružnika nema udio u bračnoj stečevini veći od ½. Vid. čl. 31 st. 1 ZSP FBiH, čl. 58 st. 1 ZV BD.

12 Čl. 31 st. 2 ZSP FBiH, čl. 58 st. 2 ZV BD. Situacija u hrvatskom zakonodavstvu je drugačija, jer se predviđa primjena pretpostavke saglasnosti. Naime, smatra se da je supružnik koji nije konsultovan prilikom preuzimanja nekog od poslova redovnog upravljanja bračnom stečevinom dao svoj pristanak za isti. Ovo pravilo propisano je u porodičnom zakonodavstvu. Dakle, predviđa se posebno rješenje za slučaj kada su suvlasnici istovremeno supružnici, a stvar je u sastavu bračne stečevine. Pored toga, eksplicitno se štiti interes savjesnog trećeg lica sa kojim jedan od supružnika zaključuje pravni posao. Nepostojanje saglasnosti drugog supružnika za preduzeti pravni posao ne utiče se trećeg; ne utiče na njegova prava i obaveze koja stiče, odnosno preuzima temeljem, za supružnike spornog, preduzetog pravnog posla (vid. čl. 37 st. 1 i 3 OZ). No, ukoliko se potonji protivni aktima uprave koje želi preduzeti njegov supružnik, onda odluku donosi sud na zahtjev jednog od suvlasnika (čl. 40 st. 3 ZVH).

13 Čl. 26 i čl. 27 st. 1 ZSP FBiH, čl. 54 i čl. 55 st. 1 ZV BD (tako i čl. 37 st. 3 i 4 ZVH). Identično rješenje prihvaćeno je u zakonodavstvu RS. Vid. čl. 26 st. 2 Zakona o stvarnim pravima – dalje: ZSP RS (*Službeni glasnik RS*, br. 124/08, 58/09, 95/11 i 60/15).

14 Čl. 27 st. 2 ZSP FBiH i čl. 55 st. 2 ZV BD. U hrvatskom pravu suvlasnik nema pravo preče kupovine, osim kada mu to pravo pripada po posebnom pravnom osnovu (čl. 37 st. 5 ZVH).

15 Čl. 27 st. 6 – 7 ZSP FBiH. Tužba kojom se, u gore opisanoj situaciji, zahtijeva poništenje pravnog posla i prenos svojine na predmetnom suvlasničkom udjelu može se podnijeti u subjektivnom roku od 30 dana (od dana kada je titular prava preče kupovine - drugi supružnik suvlasnik saznao za prodaju i povoljnije uslove prodaje), odnosno u objektivnom roku od 1 godine (od zaključenja ugovora).

16 Vid. čl. 32 st. 1 ZSP FBiH, čl. 60 st. 1 ZV BD. Hrvatsko porodično zakonodavstvo predviđa da je za preduzimanje vanrednih poslova (promjena namjene stvari, otuđenje, davanje u zakup, osnivanje hipoteke, itd.) na nekretninama ili pokretnostima iz sastava bračne stečevine, a koje se upisuju u javne registre, neophodna pisana saglasnost drugog supružnika uz ovjeru potpisa kod notara. Ukoliko jedan supružnik preuzme posao vanrednog upravljanja ili raspolaganja bez saglasnosti drugog supružnika, date u zakonom propisanoj formi, onda drugi supružnik ima pravo na naknadu štete koja mu je time prouzrokovana, dok nepostojanje opisane saglasnosti ne utiče na prava i obaveze poštenog (savjesnog) trećeg lica. Vid. čl. 37 st. 2 i 3 OZ.

međutim, među supružnicima nema saglasnosti povodom vanrednog upravljanja, a za preduzimanje posla postoje naročito opravdani razlozi, onda supružnik koji želi da preduzme takav posao može zahtijevati da o tome odluči sud.¹⁷

Budući da svaki od supružnika (suvlasnika) može slobodno raspolagati svojom imovinom, odnosno svojim udjelom u stvari koja je u sastavu bračne stečevine, odnosno od suda zahtijevati da odluči o vanrednom upravljanju imovinom kojem se protivi drugi supružnik, vjerujemo da je ovakav pristup prilično liberalizovao normativni okvir bračno-imovinskih odnosa. Iako je u hrvatskom pravu prihvaćen isti model bračne imovine, za razliku od propisa u FBiH i BD, hrvatski zakonodavac pravo suvlasnika na raspolaganje imovinom ipak ograničava u određenoj mjeri. Naime, suvlasnik ne može raspolagati idealnim dijelom stvari (supružnik ne može raspolagati svojim udjelom u bračnoj stečevini), ukoliko bi to značilo povredu tuđeg prava, u razmatranoj situaciji prava drugog supružnika.¹⁸ Pored toga, hrvatsko porodično zakonodavstvo predviđa poseban mehanizam zaštite jednog supružnika i djece nad kojom se vrši roditeljsko pravo, a kroz institut porodičnog doma. Naime, tokom trajanja braka, jedan supružnik ne može bez saglasnosti drugog supružnika (u pisanoj formi, uz notarsku ovjeru potpisa) otuđiti ili opteretiti kuću ili stan koji je u sastavu bračne stečevine i istovremeno porodični dom, u kojem stanuje drugi supružnik i njihova djeca nad kojom oni vrše roditeljsko pravo.¹⁹

2.3. Dioba bračne stečevine

U pogledu okončanja imovinskog zajedništva, svaki od supružnika ima pravo da zahtijeva razvrgnuće suvlasničke zajednice - diobu bračne stečevine.²⁰ Prednost se daje fizičkoj diobi, a ako ona nije moguća ili je skopčana sa znatnim smanjenjem vrijednosti stvari, onda se vrši civilna dioba. U slučaju da se dioba nije uspjela izvršiti prodajom stvari, sud može dosuditi stvar u svojinu jednom od supružnika uz utvrđivanje njegove obaveze da drugom supružniku isplati naknadu tržišne vrijednosti njegovog suvlasničkog udjela.²¹ U zakonodavstvu FBiH, sud može, na zahtjev jednog supružnika, odlučiti da mu u svojinu pripadne određena stvar ili grupa stvari, vodeći računa o njegovim i potrebama drugog supružnika, a ako stvari dosuđene u

17 Čl. 32 st. 3 ZSP FBiH, čl. 60 st. 3 ZV BD. Pravilima hrvatskog stvarnopravnog zakonodavstva predviđeno je da suvlasnik (supružnik) koji želi da raspolaže sa stvari, a nema saglasnosti drugog supružnika, može zahtijevati razvrgnuće suvlasničke zajednice, pa makar to inače u tom času ne bi mogao, ako je predloženi posao predvidivo koristan za oba supružnika (vid. 41 st. 3 ZVH).

18 Vid. čl. 37 st. 5 ZVH. O ograničavajućem djelovanju tuđih prava opš. Gavella, N., *et. al.*, *Stvarno pravo*, redaktor Gavella, N., Informator, Zagreb, 1998, str. 89 – 91 i 309 - 310.

19 Vid. čl. 32 st. 2 OZ. Dakle, nužan je konsenzus supružnika ili postojanje sudskog rješenja koje predstavlja supstitut saglasnosti onog supružnika koji, u smislu odredbe čl. 32 st. 4 OZ, bez opravdanog razloga odbija dati saglasnost za raspolaganje kućom ili stanom koji je istovremeno porodični dom.

20 Čl. 38 st. 1 ZSP FBiH, čl. 63 st. 1 ZV BD (tako i čl. 47 st. 1 ZVH).

21 Čl. 38 ZSP FBiH, čl. 64 ZV BD. Posebnu pažnju poklanjamo odredbi čl. 38 st. 3 ZSP FBiH, kojom se propisuje „uputstvo“ sudu da prilikom primjene pravila da se u postupku diobe stvar može dosuditi u svojinu jednom od supružnika, vodi računa o potrebama suvlasnika i drugim okolnostima. Ovo može biti korisno rješenje kada se radi o razvrgnuću bračne stečevine, jer je riječ u suvlasnicima čije je imovinsko zajedništvo vrlo specifično po obimu i sadržaju, funkciji i značaju pojedinih stvari.

svojinu jednom supružniku prelaze vrijednost njegovog suvlasničkog udjela onda je isti obavezan da drugom suvlasniku plati razliku u vrijednosti.²² Isto tako, korisno pravilo o razvrgnuću suvlasništva koje može koristiti naročito supružnicima jeste da se u slučaju diobe nekretnine koja je u sastavu bračne stečevine (u njihovom suvlasništvu) idealni dio svakog od njih može povezati sa svojinom posebnog dijela nekretnine i tako uspostaviti etažna svojina.²³

3. Model zajedničke imovine (Republika Srpska)

3.1. Pojam, sastav i karakteristike zajedničke imovine

Definicija zajedničke imovine data je u pozitivnom porodičnom zakonodavstvu Republike Srpske (dalje: RS): „Imovina koju su bračni supružnici stekli radom tokom bračne zajednice, kao i prihodi iz te imovine, čine zajedničku imovinu“.²⁴ Istina, zakonodavac je pored opšte definicije utvrdio i posebna pravila za pravnu kvalifikaciju pojedinih prava, odnosno dobara koja ulaze u sastav zajedničke imovine (prihodi od autorskog prava i njemu srodnih prava; dobitak od igre na sreću; i poklon učinjen supružnicima zajedno, osim kada drugačije proizlazi iz namjene poklona ili kada se iz okolnosti u momentu davanja poklona može zaključiti da je poklonodavac želio učiniti poklon samo jednom od supružnika).²⁵

Između zajedničke svojine (kao okosnice zajedničke imovine u bračnom pravu RS), sa jedne strane, i susvojine, odnosno etažne svojine, sa druge strane, postoji suštinska razlika. *Differentia specifica* sastoji se u tome da udjeli titulara u zajedničkoj svojini nisu opredijeljeni - utvrđeni. Dakle, zajedničari nemaju utvrđen ni idealni, niti realni dio u zajedničkoj imovini. Za razliku od njih, svaki suvlasnik je vlasnik stvari u određenom idealnom dijelu (i vlasnik je idealnog dijela stvari), a etažni vlasnik je vlasnik realnog dijela stvari.

Supružnik, zbog neodređenosti njegovog udjela, ne može samostalno raspolagati svojim udjelom u zajedničkoj imovini pravnim poslovima *inter vivos*.²⁶ Ovakvim ograničenjem u raspolaganju predmetima iz zajedničke imovine štite se interesi

22 Čl. 39 ZSP FBiH (tako i čl. 52 ZVH).

23 Čl. 40 ZSP FBiH (tako i čl. 53 ZVH). Pored toga, hrvatsko zakonodavstvo poznaje i razvrgnuće suvlasničke zajednice isplatom, a na zahtjev jednog suvlasnika, ako ovaj učini vjerovatnim da postoji naročito ozbiljan razlog za to. Ovakvo rješenje predstavlja "dodatnu" opciju supružnicima prilikom diobe bračne stečevine. Vid. čl. 51 ZVH.

24 Čl. 270 st. 5 Porodični zakon Republike Srpske – dalje: PZ RS (*Službeni glasnik RS*, br. 54/02, 41/08 i 63/14). Isti pristup imao je i zakonodavac u Srbiji, vid. čl. 171 Porodičnog zakona Srbije – dalje: PZS (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 18/05, 72/11 – dr. zakon i 6/15).

25 Čl. 270 st. 3, 4 i 6 PZ RS. Isto rješenje prihvaćeno je i u srpskom pravu, osim kada su u pitanju pokloni učinjeni supružnicima (čl. 172 i čl. 173 PZS).

26 Čl. 271 st. 2 PZ RS (tako i čl. 174 st. 3 PZS). Izuzetno, a u cilju zaštite savjesnih trećih lica, priznaju se dejstva učinjenog jednostranog raspolaganja dobrima iz zajedničke imovine. Pri tome, moraju biti ispunjeni određeni, zakonom propisani uslovi. Opš. Radić, D., "Raspolaganje zajedničkom stvari - relativizacija zabrane raspolaganja stvarima u zajedničkoj svojini bez saglasnosti svih zajedničara", *Pravna riječ* br. 28/2011, str. 297 – 309.

drugog supružnika, najčešće i ostalih članova porodice, sprečavajući mogućnost da se jednostranim aktima ugrozi stabilnost bračne, odnosno porodične zajednice.

Pravo svojine i ostala stvarna prava, iz zajedničke imovine, koja se konstituišu upisom u zemljišne knjige i ine javne registre, upisuju se na ime oba supružnika (naravno, pod uslovom da je pravo stečeno radom supružnika i za vrijeme zajedničkog života). Međutim, nerijetko se dešava da je kao titular prava upisan samo jedan od supružnika. U tom smislu, u odnosu na zajedničku svojину primjenjuje se pravna fikcija - ako je kao titular prava upisan samo jedan supružnik, smatra se da je upis izvršen na ime oba supružnika.²⁷ Ovo je od naročite važnosti za zaštitu interesa onog supružnika čije pravo na nekretninini u zajedničkoj svojini nije upisano u zemljišne knjige, što je čest slučaj. Praksa u BiH potvrđuje patrijarhalnost društva i činjenicu da je kao vlasnik zajedničke nepokretnosti, po pravilu, upisan muž.²⁸

3.2. Upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom

Osnovni princip posmatrane regulative je da supružnici sporazumno upravljaju i raspolazu njihovom zajedničkom imovinom.²⁹ Ovaj princip nužno derivira iz pravne prirode zajedničke imovine. Supružnik je ovlašćen da vrši sva svojinska prava zajedno sa drugim zajedničarom i ima pravo da učestvuje u odlučivanju o svemu što se tiče zajedničkih stvari. Dakle, akti upravljanja i akti raspolaganja mogući su samo na osnovu sporazuma supružnika.³⁰ Supružnici imaju mogućnost da sporazumom utvrde da se jednom od njih povjeri upravljanje i korišćenje, ili samo upravljanje zajedničkom imovinom ili njenim dijelom.³¹ Svaki od supružnika može odustati od zaključenog ugovora o upravljanju i korišćenju zajedničkom imovinom.³²

Dosljedna i beskompromisna primjena opšteg pravila o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom dovela bi u pojedinim situacijama (kada stvarima iz zajedničke imovine raspolaze jedan supružnik bez znanja ili saglasnosti drugog supružnika) do povrede interesa savjesnih (poštenih) trećih lica, ali i do kompromitovanja principa pravne sigurnosti. Zakonodavac je reformom stvarnopravnog zakonodavstva RS predvidio mogućnost sticanja svojine na osnovu pravnog posla i to u većem obimu od onog koji je imalo lice od koga je to pravo

27 Vid. čl. 43 st. 2 ZSP RS. Situacija u zakonodavstvima FBiH i BD nešto je drugačija. Ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik nepokretnosti (iz sastava bračne stečevine) upisan samo jedan supružnik, onda drugi supružnik može zahtijevati ispravku upisa. Vid. čl. 252 st. 3 PZ FBiH, odnosno čl. 229 st. 3 PZ BD.

28 Slično stanje je i u Srbiji. Pregled sudske prakse otkriva da uglavnom žene nakon razvoda braka traže diobu zajedničke imovine, odnosno utvrđivanje suvlasničkog udjela na ½ zajedničke imovine, preuzimajući na sebe teret dokazivanja. Vid. Petrović-Radosavljević, Z., „Dioba zajedničke imovine stečene u braku“, Pravni život br. 10/2006, str. 287 i 288.

29 Čl. 271 st. 1 i čl. 281 st. 1 PZ RS. Isto rješenje prihvata i srpski zakonodavac, predviđajući, uz to, pretpostavku saglasnosti supružnika za poslove redovnog upravljanja (vid. čl. 174 PZS).

30 Ovo potvrđuju i pravila stvarnog prava. Vid. čl. 45 st. 1, čl. 46 i čl. 47 st. 1 ZSP RS.

31 Čl. 281 st. 2 PZ RS (tako i čl. 189 1 - 3 PZS). I odredbe *legi generali* to dozvoljavaju (čl. 46 st. 2 i 47 st. 1 ZSP RS).

32 Čl. 281 st. 3 PZ RS.

stečeno, ako je to sticanje svojine u dobroj vjeri koje uživa zaštitu.³³ Naravno, ne smije se zanemariti niti svrha, odnosno cilj pravnog posla.³⁴

Kada se u razmatranoj situaciji radi o raspolaganju sa pokretnom stvari, pravni posao će biti punovažan i treće lice će steći pravo svojine, ako su kumulativno ispunjena dva uslova: da je pomenuto raspolaganje učinjeno na osnovu teretnog (naplativog) pravnog posla i da je treći postupao u dobroj vjeri.³⁵ Zakonodavac je u istoj situaciji predvidio i mogućnost sticanja svojine u punom obimu i na nepokretnostima, samo za lice koje je postupalo u dobroj vjeri i kada u zemljišnim knjigama nije bila upisana zajednička svojina na istoj.³⁶ Dakle, zakonodavac se u slučaju sukoba načela načela *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* i načela povjerenja u zemljišne knjige, ipak opredijelio za rješenje koje obezbjeđuje primat načelu povjerenja u zemljišne knjige.

3.3. Dioba zajedničke imovine

Kao izraz novog vremena i pragmatičnosti, ali i odnosa u savremenoj porodici, u pravu RS prihvaćen je sistem diobe zajedničke imovine na jednake dijelove, u stvari njegova varijanta - mješoviti sistem jednakih udjela. Temelj sistema je u pretpostavci o jednakosti udjela bračnih supružnika u zajedničkoj imovini. Međutim, za razliku od čistog sistema ovde se radi o *praesumptio iuris tantum*. Dakle, svaki od bračnih supružnika koji smatra da je njegov doprinos u sticanju, očuvanju i uvećavanju zajedničke imovine veći, može da zahtijeva od suda da mu dosudi veći udio od pretpostavljene jedne polovine, preuzimajući na sebe teret dokazivanja.³⁷ Ovakav pravni mehanizam predstavlja ohrabrenje supružnicima za postizanje sporazuma o diobi bračne imovine, ali i solidnu polaznu osnovu za sud, što u konačnici ima rezultate u efikasnosti, jednostavnosti i ekonomičnosti sudskog postupka diobe zajedničke imovine. Prednosti ovog sistema diobe ujedno su pravno-političke vrijednosti koje rado prihvataju svi: stranke, sud i društvo.

4. Uporedno pravo

4.1. Švedska

Zaključenjem braka, supružnici u švedskom pravu zadržavaju svu imovinu koju su imali u tom trenutku, pa ulaskom u brak supružnik ostvaruje kontinuitet svoje posebne imovine, jer sve što zarađuje i ostvaruje u braku (p)ostaje njegova posebna imovina. Ulazak u brak, dakle, ne mijenja pravni režim do tada stečenih

33 Vid. čl. 23 st. 2 i čl. 47 st. 2 ZSP RS.

34 Ako posao ne trpi odlaganje, ili postoji opasnost od nastupanja štete, ili se radi o propuštanju prilike da se ostvari korist, onda jedan supružnik, preduzimajući pravni posao bez naloga drugog supružnika, ima prava i obaveze poslovođe bez naloga. Vid. čl. 221 Zakona o obligacionim odnosima (*Službeni list SFRJ*, br.29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; *Službeni glasnik RS*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04).

35 Čl. 47 st. 2 t. a) ZSP RS.

36 Čl. 47 st. 2 t. b) ZSP RS.

37 Čl. 272 PZ RS (tako i čl. 180 st. 2 – 4 PZS).

imovinskih prava svakog supružnika.³⁸ Budući da se bračna imovina konstituiše tek u slučaju razvoda braka³⁹, ovaj model bračne imovine naziva se odložena zajednička imovina (šved. *giftorättsgods*)⁴⁰. Drugim riječima, tokom braka na imovinske odnose supružnika primjenjuju se opšta pravila imovinskog prava, odnosno ova lica se u međusobnim imovinskim odnosima gotovo ne razlikuju mnogo od ostalih učesnika istovrsnih odnosa. Tek u slučaju razvoda braka konstituiše se bračna imovina, a zatim se pristupa utvrđivanju njene vrijednosti i konačno diobi iste, po pravilu na jednake dijelove.⁴¹ U odloženu zajedničku imovinu, odnosno u diobnu masu ulazi sva imovina supružnika za koju nije izričito zakonom propisano da ostaje posebna imovina (imovina koju je supružnik naslijedio ili na poklon dobio, uz izričitu volju prenosioca da upravo to lice bude isključivi titular prenesenog prava). Dakle, dijeli se imovina stečena u braku, ali i ona imovina koju su supružnici stekli i prije sklapanja braka.⁴²

Iako pomenuti režim imovinskih odnosa – prevashodno tokom braka obezbjeđuje supružnicima značajnu autonomiju, ipak je evidentno da pravila o upravljanju i raspolaganju posebnom imovinom sadrže i neka ograničenja, a od posebne važnosti su ona koja se odnose na porodični dom i predmete domaćinstva (eng. *family home and households*). U odnosu na akte raspolaganja ovom imovinom, neophodan je konsenzus supružnika.⁴³ Pored toga, supružnik trpi ograničenje slobode raspolaganja i u pogledu njegove posebne imovine, kada se radi o nepokretnostima koje bi u slučaju prestanka braka postale dio odložene zajedničke imovine (odnosno, diobne mase), pa zbog zaštite interesa drugog supružnika (i ostalih članova porodice), vlasnik pomenutu imovinu ne može pokloniti, prodati, ili opteretiti, bez pismene saglasnosti drugog supružnika. Pri tome, činjenica da supružnici nepokretnost kojom se želi raspolagati ne koriste kao zajednički stan, ne isključuje primjenu razmatranog pravila.⁴⁴

4.2. Njemačka

Zakonski bračni imovinski režim u njemačkom pravu (njem. *Zugewinnngemeinschaft*) temelji se, u stvari, na kombinovanju režima odvojenosti imovina, koji vrijedi tokom braka i režima odložene zajednice prihoda (odložene

38 Vid., Saldeen, Å., «Family Law in Sweden» u *Family Law in Europe* (ed. By Hamilton C., Standlay, K., Hodson, D.), London – Dablin - Edinburg, 1995, str. 480-482.

39 Vid. poglavlje 7, čl. 1 Zakona o braku Švedske - dalje: ZBŠ (*Marriage Code 1987 SFS 1987:230*).

40 U inostranoj literaturi na engleskom jeziku ovaj model zajedničke imovine označava se kao „*deferred community property*“, što u prevodu na srpski jezik jeste „odložena zajednička imovina“. Ispravnim smatramo i korišćenje termina „buduća zajednička imovina“, jer njegova sadržina odgovara suštini modela zajedničke imovine u švedskom pravu. Vid. Kovaček Stanić, G., *Uparedno porodično pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2002, str. 54.

41 Vid. poglavlje 11, čl. 1 – 3 ZBŠ. Ipak, reformom porodičnog zakonodavstva iz 1987. godine predviđeno je da dijelovi koje supružnici dobiju podjelom zajedničke imovine mogu biti i nejednaki, ako bi primjena opšeg pravila o jednakosti udjela bila nerazumna u konkretnom slučaju, naročito vodeći računa o okolnostima koje se odnose na trajanje braka, imovinske prilike supružnika i situaciju uopšte. Opš. Saldeen, Å., *op.cit.* (bilj. 36), str. 492.

42 Vid. poglavlje 7, čl. 1 ZBŠ.

43 Vid. Saldeen, Å., *op.cit.* (bilj. 36), str. 483.

44 Vid. poglavlje 7, čl. 5 ZBŠ.

zajednice, u braku stečene, imovine), koji se primjenjuje u slučaju prestanka braka.⁴⁵ Iako ima izvjesne sličnosti sa konceptom odložene zajedničke imovine u švedskom pravu, zakonski bračni imovinski režim svojstven njemačkom (ali i švajcarskom pravu), prije bi se mogao posmatrati kao modalitet režima odložene zajedničke imovine.⁴⁶

Sušтина njemačkog zakonskog bračnog imovinskog režima sastoji se u tome da supružnici zadržavaju imovinu koju su unijeli u brak i da ostaju vlasnici imovine koju steknu u braku sve do razvoda, odnosno prestanka braka, kada se utvrđuju uvećanja (prihodi) posebnih imovina, ostvarena za vrijeme trajanja braka, da bi se potom izvršila njihova dioba.⁴⁷ Prema tome, supružnici tokom braka imaju poziciju kao u režimu odvojenosti imovina, što implicira njihovu imovinsku samostalnost i mogućnost slobodnog upravljanja i raspolaganja svojom imovinom.

Međutim, i u njemačkom pravnom sistemu učinjena su znatna odstupanja od opštih pravila imovinskog prava, odnosno jasna je intencija zakonodavca da stvori mehanizme zaštite interesa drugog supružnika i ostalih članova porodice. Tako, supružnik ne može raspolagati svojom cjelokupnom imovinom, niti dijelom svoje imovine koja je potrebna za zajedničko domaćinstvo, ukoliko ne dobije saglasnost drugog supružnika za takav pravni posao.⁴⁸ U slučaju uskraćivanja saglasnosti od strane drugog supružnika bez opravdanog razloga, kao i nemogućnost drugog supružnika da se izjasni po tom pitanju, sud može, na zahtjev supružnika koji želi izvršiti raspolaganje, dati saglasnost umjesto drugog supružnika kada utvrdi da je predloženi pravni posao u saglasnosti sa načelima dobrog poslovanja.⁴⁹ Međutim, u slučaju da jedan supružnik samovoljno, bez konsenzusa sa drugim supružnikom, preduzme akt samovoljnog raspolaganja gore pomenutim dobrima, zakonodavac drugom supružniku daje efikasna sredstva pravne zaštite njegovih ličnih interesa, odnosno interesa porodice.⁵⁰ Supružnik koji nije konsultovan za učinjeno raspolaganje

45 Vid. čl. 1363 Njemačkog građanskog zakonika – dalje: NJGZ (*Bürgerliches Gesetzbuch 1896. - BGB*, stupio na snagu 1.01.1900. godine), u verziji od 2. januara 2002. godine (*Bundesgesetzblatt*, I p. 42, 2909; 2003 I p. 738), sa amandmanima od 19. februara 2007. godine (*Bundesgesetzblatt*, I p. 122), 4. decembra 2008. godine (*Bundesgesetzblatt*, I 2586) i 20. juli 2017. godine (*Bundesgesetzblatt*, I S. 2787). Prevod sa njemačkog na engleski jezik *Neil Musset*.

46 Razlike se prvenstveno odnose na sastav zajedničke imovine (u njemačkom pravu ista obuhvata isključivo prihode supružnika ostvarene tokom braka – zbog čega se i naziva zajednica prihoda/prinosa, dok u švedskom pravu u zajedničku imovinu ulazi sve što supružnici imaju u momentu njenog konstituisanja), odnosno na način njene diobe (opšte pravilo u švedskom pravu je da se zajednička imovina dijeli na jednake dijelove, dok se prema njemačkom pravu diobna masa dijeli na način da svakom supružniku pripadne udio ekvivalentan uvećanoj vrijednosti njegove imovine, odnosno jednak prihodima koje je isti ostvario tokom braka).

47 U švajcarskom pravu, takođe, predmet diobe je samo ona imovina koju supružnici steknu tokom braka. Upor. čl. 1363 st. 2 NJGZ i čl. 198 Švajcarskog građanskog zakonika – dalje: ŠGZ (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch / Code civil suisse du 10 décembre 1907 - SR 210*, stupio na snagu 1.01.1912. godine), u verziji od 1. februara 2010. godine).

48 Par. 1365 st. 1 i par. 1369 st. 1 NJGZ.

49 Vid. par. 1365 st. 2 NJGZ.

50 Supružnik bez čije je saglasnosti zaključen pravni posao raspolaganja imovinom može naknadno da ratifikuje isti. Izjašnjenje po pitanju eventualne ratifikacije posla od strane pomenutog supružnika može zahtijevati treće lice sa kojim je zaključen sporni pravni posao. Vid. par. 1366 st. 1 i 3 NJGZ.

ima pravo da traži poništenje zaključenog pravnog posla i da od trećeg lica zahtijeva povrat imovine koja je bila predmet nevažećeg pravnog posla.⁵¹ Ovdje posebnu pažnju treba pokloniti razmatranju pravnih dejstava radnje pobijanja od strane oštećenog supružnika u odnosu treće lice – protivnika pobijanja. Iako je savjestan, treći u navedenom slučaju neće uspjeti da se odbrani od zahtjeva supružnika da se vrati imovina kojom je njegov supružnik samostalno raspolagao.⁵²

4.3. Francuska

Na imovinske odnose supružnika u francuskom pravu primjenjuje se kombinacija režima posebne imovine i režima zajednice stečene imovine ili zajedničke imovine (fra. *communauté réduite aux acquêts*).⁵³ U bračnu imovinu prema ovom modelu ulazi sva ona imovina koju supružnici stiču radom tokom braka, pokloni učinjeni supružnicima zajedno, kao i sve pokretne i nepokretne stvari ukoliko nije dokazano (utvrđeno) da se radi o posebnoj imovini jednog od supružnika.⁵⁴ Favorizovanje bračne imovine zakonodavac vrši i na način da se u istu uvrštavaju prihodi ostvareni sa posebnih imovina supružnika. Čak se "nedomaćinsko" postupanje supružnika – vlasnika stvari, a što ima implikacije na moguće uvećanje zajedničke imovine, može i specifično sankcionisati. U skladu sa tim, ukoliko supružnik koji je vlasnik stvari svojom krivicom propusti da ubere plodove, odnosno ostvari prihode ili iste prevarno konzumira, sve u periodu dužem od posljednjih pet godina, onemogućavajući uvid u to svom supružniku, onda on može, prilikom diobe zajedničke imovine, biti obavezan da drugom supružniku nadoknadi protivvrijednost potrošenih dobara, srazmjerno udjelu ovog drugog u zajedničkoj imovini.⁵⁵

Zajednički stečenom imovinom supružnici upravljaju i raspolazu sporazumno, odnosno svaki od supružnika može preduzimati poslove redovnog upravljanja i raspolaganja, s tim da je potpuno odgovoran za propuste koje tom prilikom pričinu.⁵⁶ Međutim, kada je riječ o važnijim, vrijednijim predmetima iz zajednice imovina predviđaju se posebna pravila. Naime, niti jedan supružnik ne može bez saglasnosti drugog prodati, niti opteretiti nepokretnosti, poslovna dobra, neprenosiva prava u privrednom društvu i pokretne stvari čije otuđenje zahtijeva notarijalnu formu. Isto vrijedi kada je u pitanju davanje u zakup poljoprivrednog gazdinstva, odnosno nepokretnosti koje se koriste u komercijalne ili industrijske svrhe, a nalaze se u

51 Vid. par. 1367 i 1368 NJGZ.

52 To potvrđuje i stav Saveznog suda Njemačke obrazložen u odluci objavljenoj u *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen*, br. 40, str. 218; navedeno prema Dietrich Graue, E., «Family Law in Germany» u *Family Law in Europe* (ed. By Hamilton C., Standlay, K., Hodson, D.), London – Dublin - Edinburg, 1995, str. 174.

53 Čl. 1400 Francuskog građanskog zakonika – dalje: FGZ (*Code Civil français 1804*), u verziji od 20. februara 2004. godine (*ordonnance n° 2004-164 du 20 Feb. 2004*), sa amandmanima od 4. aprila 2006. godine (*Act no. 2006-399 of 4 April 2006*). Prevod sa francuskog na engleski jezik *Georges Rouhette i Anne Berton*.

54 Vid. čl. 1401, čl. 1402 st. 1 i čl. 1405 st. 2 FGZ.

55 Čl. 1401 i čl. 1403 st. 2 FGZ.

56 Čl. 1421 st. 1 FGZ.

režimu zajednice imovina.⁵⁷ Ukoliko jedan od supružnika zaključujući pravni posao prekorači navedena ovlaštenja u pogledu zajednice imovina, drugi može zahtijevati poništenje predmetnog pravnog posla u roku od dvije godine računajući od dana kada je za isti saznao (subjektivni rok), a nikako nakon isteka roka od dvije godine od diobe zajednice imovina (objektivni rok).⁵⁸ Mehanizmi zaštite interesa porodice (ali i interesa drugog supružnika) imaju domašaja i u odnosu na posebnu imovinu supružnika, pa tako opšte pravilo da svaki supružnik samostalno upravlja svojom posebnom imovinom trpi značajna ograničenja. Ovu tvrdnju naročito ilustruju odredbe koje govore o mogućnosti uskraćivanja ovlaštenja supružniku – vlasniku da upravlja svojom imovinom i da uživa prihode sa iste. To će biti slučaj ako supružnik svojom posebnom imovinom duže vrijeme nedomaćinski upravlja, ponašajući se rasipnički i nesavjesno, ugrožavajući time interese porodice. Osim kada sud nađe da je u takvoj situaciji neophodno imenovati staraoca na imovini jednog supružnika, odgovarajuća ovlaštenja biće prenesena na drugog supružnika, naravno, na njegov zahtjev; a odnose se na ubiranje prihoda u mjeri koliko je potrebno da se pokriju troškovi zajedničkog života, odnosno da se ne propusti prilika da se ostvare koristi za zajednicu imovina. Od svojinskopravnih ovlaštenja, supružniku - vlasniku u tom slučaju pripada samo pravo praspolaganja. Njemu u tom slučaju preostaje samo *nuda proprietas*.⁵⁹

5. Zaključak

Iako su zakonodavci u FBiH i BD prihvatili model bračne imovine koji implicira prevashodno jednostavnost i efikasnost, kako u pogledu upravljanja i raspolaganja, tako i u smislu razvrgnuća suvlasničke zajednice, ipak je evidentno da ovakva koncepcija bračne imovine ima određene manjkavosti. One se ogledaju prvenstveno u odsustvu zakonskih mehanizama kvalitetne zaštite interesa braka i članova porodice, naročito maloljetne djece, a u pogledu važnih dijelova bračne stečevine, kao što su porodični dom i predmeti domaćinstva. Posljedice imovinske samostalnosti supružnika mogu biti dalekosežne i potencijalno izrazito nepovoljne za bračnu, odnosno porodičnu zajednicu. Komparirajući gore analizirana pravila o upravljanju i raspolaganju bračnom stečevinom, sa istovrsnom regulativom u evropskim zakonodavstvima proizlazi da je autonomija supružnika prevelika. Drugim riječima, model bračne stečevine, kakav je prihvaćen u FBiH i BD, ne sadrži dovoljno posebnih pravila kojima bi se uvažile ključne specifičnosti subjekata bračno-imovinskih odnosa i značaj njihovih uloga u porodici. Opšta pravila imovinskog prava ne pružaju dovoljno garancija za ostvarivanje optimalnih rezultata u vezi sa prethodno pomenutim vrijednostima. U tom smislu, supružnici su približniji ostalim subjektima prava koji nisu „opterećeni“ bračnom vezom i odgovornošću prema ostalim članovima porodice.

57 Čl. 1424 i 1425 FGZ.

58 Čl. 1427 FGZ.

59 Vid. čl. 1429 FGZ.

S druge strane, koncept zajedničke imovine u pravu RS (kroz neodređenost udjela zajedničara), imovinski je izraz ravnopravnosti i lične vezanosti supružnika, materijalna osnova na kojoj se temelji bračna i porodična solidarnost. Neodređenost udjela u zajedničkoj imovini i jednakopravan položaj supružnika u aktima upravljanja i raspolaganja istom „pacifikuje i harmonizuje odnose više nego koncept susvojine“⁶⁰. Susvojina podrazumijeva „čist račun“, jasan imovinski odnos, ali i veću slobodu titulara u odlukama koje se tiču raspolaganja. Dakle, zajednička imovina neutralizuje vlasnički nagon u braku, dok susvojina hladno, matematički izražavajući ravnopravnost supružnika, može biti uzrok nesaglasnosti⁶¹. I pored toga, i ovom modelu bračne imovine mogu se uputiti isti prigovori, a koji se odnose na insuficijenciju specijalnih rješenja koja bi se odnosila na porodični dom i predmete domaćinstva.

Imajući u vidu karakteristike koncepata bračne imovine u porodičnim zakonodavstvima u BiH, te komparirajući ih sa modelima bračne imovine u odabranim zakonodavstvima evropskih zemalja, evidentno je da prvopomenuta ne sadrže adekvatna rješenja kojima bi se kroz poseban pravni tretman nekih situacija i dijelova posebne i zajedničke (bračne) imovine (kako u smislu raspolaganja, tako i u smislu njene diobe) na jednostavan i efikasan način zaštitili interesi bračne, odnosno porodične zajednice. Iz svega navedenog proizlazi zaključak da su zakonodavci u RS, FBiH i BD pokazali manje-više jednako neinventivan pristup prilikom reformisanja svojih porodičnih zakonodavstava, u dijelu u kojem se ona odnose na bračno-imovinsku regulativu. U tom smislu, jasno je da pred zakonodavnim vlastima u RS, FBiH i BD stoji zadatak noveliranja ili reformisanja bračno-imovinske regulative, a u cilju efikasnije zaštite braka i porodice, koji su, po svemu sudeći, uveliko suočeni sa brojnim izazovima.

60 Panov, S., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 628.

61 *Ibid.*

Dr. sc. Darko Radić, Associate Professor
Faculty of Law, University of Banja Luka

**THE MODELS OF MARITAL PROPERTY IN BOSNIA AND
HERZEGOVINA
(COMPARISON WITH SELECTED EUROPEAN LEGISLATIVES)**

Summary

In process of reforming of family law in Federation of Bosnia and Herzegovina, Brcko District of Bosnia and Herzegovina and Republic of Srpska, there are adopted different models of marital property. In Federation of Bosnia and Herzegovina and Brcko District of Bosnia and Herzegovina the marital property is co-ownership where the spouses are holders with the same shares. Unlike Federation of Bosnia and Herzegovina law and Brcko District of Bosnia and Herzegovina law, in Republic of Srpska, marital property is defined as joint property whose holders are spouses whose shares are not determined. The subject of this research is consideration of advantages and disadvantages of different models of marital property in B&H and their comparison with comparative law in order to determine and analyse their effects considering marriage and family protection.

Key words: marital property, separate property, administration and disposal of marital property, division of marital property.

Dr. sc. Ivan Šimović, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

POSLOVNI UDJELI U DRUŠTVU S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU KAO PREDMET BRAČNE STEČEVINE U REPUBLICI HRVATSKOJ – TEORIJSKE DVOJBE I IZAZOVI U PRAKSI*

Kompleksna životna zajednica poput braka za sobom neminovno povlači i imovinsku zajednicu bračnih drugova koja se očituje kroz njihovu bračnu stečevinu. Analizom određenja bračne stečevine iz Obiteljskog zakona te odredbi o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću iz Zakona o trgovačkim društvima, dolazi se do zaključka da predmetom bračne stečevine mogu biti i poslovni udjeli trgovačkih društava koje je formalnopravno stekao samo jedan od bračnih drugova unošenjem uloga u temeljni kapital predmetnih društava. Temeljni preduvjet za to jest da su novac, stvari ili prava koja su unesena kao ulog u svako od društava, bili stečeni radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili da potječu iz te imovine. Ipak, usprkos navedenim teorijskim postavkama, pojedina pitanja vezana uz poslovne udjele kao predmet bračne stečevine pokazala su se osobito spornima u sudskoj praksi te su stoga predmetom obrade ovog rada.

Ključne riječi: trgovačko društvo, imovina, bračni drugovi

1. UVOD

Brak kao kompleksna životna zajednica odlikuje se visokim stupnjem emocionalne, ali i ekonomske povezanosti bračnih drugova koji tijekom zajedničkog života stvaraju imovinsku zajednicu koja u teoriji obiteljskog prava nosi naziv bračna stečevina. U akademskim izvorima bračna stečevina se definira kao vrlo širok „... skup stvari i prava (*universitas iuris*) koji čine određenu cjelinu i pojavljuju se kao objekt imovinskih odnosa bračnih drugova“.¹ Polazeći od citiranih teorijskih, ali i

* Ovaj je rad napisan u okviru projekta „Novi hrvatski pravni sustav“ Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

1 Alinčić, M., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać Graovac, A., *Obiteljsko pravo III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 501. i 505.; Tako i: Belaj, V., Bračna stečevina po obiteljskom zakonu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 23 (2002), 1, str. 179., 181., 185. i 197.; Jelinić, Z., Bračna stečevina u kontekstu Zakona o trgovačkim društvima, u: Rešetar, B., Župan, M., *Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst*, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2011., str. 123.; Općenito o imovini kao temeljnom pojmu građanskog i obiteljskog imovinskog prava, više u: Nikšić, S., Imovina u građanskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 62 (2012), 5-6., str. 1614., 1624-1626. i 1629-1630.

zakonskih određenja bračne stečevine iz Obiteljskog zakona² te odredbi o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću iz Zakona o trgovačkim društvima³, dolazi se do zaključka da predmetom bračne stečevine mogu biti i poslovni udjeli trgovačkih društava koje je formalnopravno stekao samo jedan od bračnih drugova unošenjem uloga u temeljni kapital predmetnih društava, pod uvjetom da su novac, stvari ili prava koja su unesena kao ulog u svako od društava, bili stečeni radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili da potječu iz te imovine.⁴

Usprkos navedenim teorijskim postavkama, pojedina pitanja vezana uz poslovne udjele kao predmet bračne stečevine pokazala su se osobito spornima u sudskoj praksi. Shodno tome, posebna pažnja posvetit će se analizi dostupne sudske prakse trgovačkih sudova i sudova opće nadležnostie iznalaženju odgovora na pitanja koja su se u praksi pokazala prijepornima, poput pitanja može li imovina koja je u vlasništvu trgovačkog društva čiji je član i imatelj poslovnog udjela jedan od bračnih drugova (primjerice, nekretnine, plovila, motorna vozila ili pak potraživanja prema trećim osobama) predstavljati bračnu stečevinu bračnih drugova? Na temelju provedene analize i uvida u sudsku praksu, autor će nastojati ukazati na mehanizme koji bi trebali osigurati put do pravne zaštite onom bračnom drugu koji nije upisan u knjigu poslovnih udjela predmetnog trgovačkog društva kao član i imatelj poslovnog udjela, vodeći računa o specifičnostima imovinske zajednice koju bračni drugovi uspostavljaju kao ovlaštenici na predmetnom poslovnom udjelu trgovačkog društva. Na kraju rada se razmatraju normativna rješenja koja se bi mogla inkorporirati u odredbe ObZ-a 15 i ZTD-a te na taj način olakšati rješavanje prikazanih problema koji su rezultat, između ostalih, nepostojanja posebnih odredbi u ObZ-u i ZTD-u kojima bi se regulirale pretpostavke za utvrđenje da li je neki poslovni udjel dio bračne stečevine te ukoliko jest, koje su posljedice za bračne drugove, samo društvo i njegove dosadašnje članove.

2 Obiteljski zakon, *Narodne novine*, br. 103/15. – dalje: ObZ 15.

3 Zakon o trgovačkim društvima, *Narodne novine*, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 111/12, 125/11, 68/13, 110/15. – dalje: ZTD.

4 Prema odredbi članka 11. ObZ-a 15, izvanbračna zajednica koja ispunjava zakonom određene pretpostavke stvara osobne i imovinske učinke kao i bračna zajednica te se na nju na odgovarajući način primjenjuju odredbe Obiteljskog zakona o osobnim i imovinskim odnosima bračnih drugova. Shodno tome, sve što će u radu biti navedeno glede uređenja imovinskih odnosa bračnih drugova u pogledu poslovnih udjela trgovačkih društava, moglo bi se na odgovarajući način primijeniti i na izvanbračne drugove. Pošto su u Zakonu o životnom partnerstvu osoba istog spola (*Narodne novine*, br. 92/14.) preuzeta polazišta iz Obiteljskog zakona u pogledu definiranja temeljnih pojmova imovinskog prava životnih partnera (bračna stečevina, vlastita imovina i ugovor o imovini), ali i s obzirom na to da odredba članka 54. istog Zakona upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba Obiteljskog zakona na imovinske odnose životnih partnera, dolazimo do zaključka da bi se sve što će u radu biti navedeno glede uređenja imovinskih odnosa bračnih drugova u pogledu poslovnih udjela trgovačkih društava, moglo na odgovarajući način primijeniti i na životne partnere.

2. POSLOVNI UDJELI U DRUŠTVU S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU KAO PREDMET BRAČNE STEČEVINE

2.1. Općenito o institutu bračne stečevine i poslovnim udjelima u društvu s ograničenom odgovornošću kao predmetu bračne stečevine

Prema odredbama ObZ-a 15 bračna stečevina je imovina koju su bračni drugovi stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili potječe iz predmetne imovine te su bračni drugovi suvlasnici iste u jednakim dijelovima.⁵ Shodno tome, teorija obiteljskog prava i sudska praksa složne su u stajalištu da rad kao osnova stjecanja imovine mora biti ostvaren za vrijeme trajanja bračne zajednice da bi imovina koja je na taj način stečena predstavljala bračnu stečevinu.⁶ Bračnu stečevinu ujedno će predstavljati i imovina koja potječe iz imovine koja predstavlja bračnu stečevinu, neovisno o trenutku derivativnog stjecanja nove imovine (novih stvari ili prava). To je zbog toga što jednom kad neka stvar ili pravo uđe u sastav bračne stečevine (radom za vrijeme trajanja bračne zajednice), ista ta stvar ili pravo mogu kasnije poslužiti za stjecanje neke druge stvari ili prava. Iz toga proizlazi zaključak, u pogledu kojeg postoji suglasje teorije obiteljskog prava i sudske prakse, prema kojem će sve što potječe od stvari ili prava koja su predstavljala predmet bračne stečevine, također biti dijelom bračne stečevine, neovisno o tome je li do derivativnog stjecanja novih stvari ili prava došlo tijekom trajanja ili nakon prestanka bračne zajednice.⁷

5 U odredbi članka 36. ObZ-a izrijekom je navedeno da bračnu stečevinu čine ujedno i dobitak od igara na sreću te imovinska korist od autorskog prava i autorskom pravu srodnih prava ostvarena tijekom bračne zajednice. Kako je navedeno, bitno obilježje bračne stečevine je da ista predstavlja suvlasništvo bračnih drugova u jednakim dijelovima, što je neoboriva zakonska presumpcija koja je uvedena Obiteljskim zakonom iz 1998. (*Narodne novine*, br. 162/98. – dalje: ObZ 98), dok je prema Zakonu o braku i porodičnim odnosima (*Narodne novine SRH*, 11/78., 27/78., 45/89., 59/90., 25/94. – dalje: ZBPO) bračna stečevina predstavljala zajedničku imovinu u kojoj su udjeli bračnih drugova bili određivi, ali do njihova sporazuma ili sudske odluke nisu bili određeni. O posljedicama različitog uređenja bračne stečevine kao suvlasništva odnosno zajedničke imovine bračnih drugova podrobnije u: Magličić, V., Zakonski režim stjecanja imovine tijekom trajanja braka, Magistarski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1998., str. 67-71., 112-117. i 132-138.; Belaj, *op. cit.*, bilj. 1., str. 179-181.; Nola, S., Zakonski režim imovinskih odnosa bračnih drugova (usporedba OBZ i ZBPO), Hrvatska pravna revija, 6 (2006), 11, str. 65-66.

6 O različitim vrstama rada koji predstavlja osnovu stjecanja imovine, ali i razlikovanju instituta braka i bračne zajednice podrobnije u: Alinčić *et al.*, *op. cit.*, bilj. 1., str. 85., 501-503.; Hrabar, D., Status imovine bračnih drugova – neka pitanja i dvojbe, *Pravo u gospodarstvu*, 41 (2002), 6, str. 46-48.; Belaj, *op. cit.*, bilj. 1., str. 182-183.; Magličić, *op. cit.*, bilj. 5., str. 71-84.; Nola, *op. cit.*, bilj. 5., str. 66-67. U obrazloženju presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske, posl. br. Rev 393/2011-3 od 5. ožujka 2014. naglašeno je: „...*proizlazi da su bitna obilježja bračne stečevine da je stečena radom ili da potječe iz imovine stečene radom, te da je stečena za vrijeme trajanja bračne zajednice...*”.

7 Tako i: Magličić, *op. cit.*, bilj. 5., str. 68. i 82. Isti zaključak može se izvesti kako iz recentnih odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, tako i iz odluka starijeg datuma, a što ukazuje na kontinuitet stajališta sudske prakse glede tog pitanja. Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, posl. br. Rev 393/2011-3 od 5. ožujka 2014.: „*Bračnu stečevinu ne čini samo ona imovina koju su supružnici stekli za vrijeme trajanja bračne zajednice, nego i ona koja proistječe iz te imovine, pa i u slučaju kad to novo stjecanje bude u korist jednog od supružnika nakon prestanka bračne zajednice.*“ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, posl. br. Gž 836/80 od 4. prosinca 1980. odnosi se na institut zajedničke imovine bračnih drugova, ali smo mišljenja da se na odgovarajući način može primijeniti i na institut bračne stečevine

Razmatrajući navedena određenja bračne stečevine te odredbe ZTD-a o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću, dolazi se do zaključka da dijelom bračne stečevine mogu biti i poslovni udjeli društva s ograničenom odgovornošću pod uvjetom da je novac koji je uplaćen kao ulog, odnosno da su stvari ili prava koja su unesena kao ulog od strane bilo kojeg od bračnih drugova (čl. 385. i čl. 390. ZTD), u trenutku unošenja u društvo predstavljali bračnu stečevinu. S obzirom na to da se preuzimanjem obveze uplate, odnosno unosa uloga u društvo preuzima poslovni udjel te stječe članstvo u društvu s ograničenom odgovornošću (dalje: društvo)⁸, predmetni poslovni udjel predstavljat će bračnu stečevinu ako potječe iz imovine koja predstavlja bračnu stečevinu.⁹ Isto bi vrijedilo za slučaj da je jedan od bračnih drugova stekao poslovni udjel temeljem naplatnog pravnog posla (npr. ugovora o prodaji i prijenosu poslovnog udjela – čl. 412. ZTD), pod uvjetom da je iznos kupoprodajne cijene podmirio iz sredstava koja predstavljaju bračnu stečevinu.

Prema teoriji obiteljskog imovinskog prava, u navedenim slučajevima dolazi do stjecanja poslovnog udjela od strane oba bračna druga, ali po različitim pravnim osnovama. Bračni drug koji je nominalno upisan u knjigu poslovnih udjela kao imatelj poslovnog udjela¹⁰ i član društva, poslovni udjel je stekao na temelju ugovora o osnivanju društva u trenutku upisa društva u sudski registar (čl. 387. u vezi s čl.

bračnih drugova: „*Zajednička imovina bračnih drugova nije samo imovina koju su oni stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice već i ona koja potječe iz te imovine. Stoga bračni drug ima stvarnopravni zahtjev (a ne obveznopravni) u odnosu na imovinu koja je stečena sredstvima što potječu iz bračne zajednice pa i u slučaju kad to novo stjecanje biva po jednom bračnom drugu nakon prestanka bračne zajednice.*“ – Žuvela, M., Smoljan-Munjina, I., *Zbirka sudskih odluka iz porodičnog prava*, Narodne novine, Zagreb, 1988., str. 115-116.

8 Pojam poslovnog udjela nije izričito definiran u ZTD-u, pa se u akademskim izvorima navodi da poslovni udjel predstavlja ukupnost prava i obveza kao jedinstvene cjeline u odnosu prema društvu. Navedena prava i obveze pripadaju imatelju poslovnog udjela, ujedno i članu društva, na temelju preuzetog uloga. Barbić, J., *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Svezak II., Šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Organizator, Zagreb, 2013., str. 78-79.; Gorenc, V., Česić, Z., Buljan, V., Brkanić, V., *Komentar Zakona o trgovačkim društvima, IV. izmijenjena i dopunjena naklada, RRIF-plus*, Zagreb, 2008., str. 954.; Petrović, S., Ceronja, P., *Osnove prava društava - osmo, izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2018., str. 189-190. i 201.; Jelinić, *op. cit.*, bilj. 1., str. 124.

9 Vidi i: Alinčić, M., Bakarić Abramović, A., Belajec, V., Dika, M., Hrabar, D., Hrvatina, B., Jakovac-Lozić, D., Korać Graovac A., *Obiteljski zakon – III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 345.; Hrabar, *op. cit.*, bilj. 6., str. 56.; Jelinić, *op. cit.*, bilj. 1., str. 123-125.; Cikač, V., Podjela bračne stečevine s osvrtnom na poslovne udjele u d.o.o.-u, *Financije, pravo i porezi*, 2015, 6, str. 182.

10 Istaknuti autori iz područja trgovačkog prava zaključuju da je primjereno koristiti pojam „imatelj poslovnog udjela“. Obrazloženje za to pronalaze u činjenici što „poslovni udjel nije stvar nego označava ukupnost prava i obveza u odnosima između člana društva i poslovnog udjela“ zbog čega bi trebalo „izbjegavati terminologiju stvarnog prava kao što je vlasništvo na poslovnom udjelu“. Prema: Gorenc *et al.*, *op. cit.*, bilj. 8., str. 954.; S navedenim stajalištem suglasna je i sudska praksa. Tako Županijski sud u Zagrebu u obrazloženju odluke posl. br. GŽ-126/11 od 19. svibnja 2011. navodi: „Iz navedenog proizlazi da se ova prava (na poslovnim udjelima – napomena autora) ne mogu izjednačiti sa stvarima u smislu citiranih odredbi ZV-a“. Komplementarno stajalište zauzeo je i Županijski sud u Dubrovniku u presudi posl. br. GŽ Ob-43/15 od 27. siječnja 2016. u kojoj zaključuje: „Odredbe ZTD-a ne određuju podredno primjenu odredaba Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ... a izravna primjena tih odredbi ZV-a ne dolazi u obzir jer se te odredbe odnose na suvlasništvo na stvarima, (pokretninama i nekretninama), a ne suvlasništvo na poslovnim udjelima.“

396. i čl. 4. ZTD)¹¹ ili na temelju ugovora o prodaji i prijenosu poslovnog udjela u trenutku njegova upisa kao člana društva u knjigu poslovnih udjela (čl. 412. u vezi s čl. 411. ZTD).¹² S druge strane, bračni drug koji nije bio stranka navedenih ugovora, predmetni poslovni udjel je stekao *ex lege* u trenutku ispunjenja zakonskih pretpostavki predviđenih za stjecanje bračne stečevine (čl. 36. ObZ).¹³ Upravo ta razlika u pravnoj osnovi stjecanja poslovnog udjela u praksi dovodi do problema zbog toga što je u pravilu samo jedan od bračnih drugova (i to onaj koji je bio stranka ugovora o osnivanju društva, odnosno stranka ugovora o prodaji i prijenosu poslovnog udjela) upisan kao imatelj poslovnog udjela i član društva u knjizi poslovnih udjela. Prema pravilima trgovačkog prava, upis u knjigu poslovnih udjela konstitutivnog je karaktera, pa drugi bračni drug (onaj koji je poslovni udjel stekao *ex lege*) nije imatelj poslovnog udjela niti je član društva jer se članom društva smatra samo onaj tko je upisan u knjizi poslovnih udjela i o čijem je članstvu u društvu obaviješten registarski sud (čl. 411. ZTD), a što potvrđuje i sudska praksa.¹⁴

11 Treba voditi računa o tome da poslovni udjel ne nastaje u trenutku sklapanja društvenog ugovora, već u trenutku upisa osnivanja društva u sudski registar, o čemu se izjasnila i sudska praksa – vidi presudu Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, posl. br. Pž 7475/2004-3 od 6. veljače 2007. u kojoj je navedeno: „Obzirom da poslovni udio podrazumijeva prava i obveze člana društva u tom društvu, te budući da društvo nastaje u trenutku upisa osnivanja društva u sudski registar, poslovni udjel nastaje u trenutku upisa osnivanja društva u taj registar.“

12 U slučaju da uprava društva koja je dužna voditi knjigu poslovnih udjela, pravodobno ne obavi upis stjecatelja poslovnog udjela na temelju ugovora o prodaji i prijenosu poslovnog udjela, ZTD propisuje presumpciju da je u knjizi poslovnih udjela obavljen upis s danom kada društvu prisprije valjana prijava za upis (čl. 411/2. ZTD). Shodno tome, u teoriji trgovačkog prava izvodi se zaključak da valjana prijava za upis ima značenje samog upisa u knjizi poslovnih udjela bez obzira na to je li upis stvarno i obavljen te da se u takvim slučajevima članom društva uvijek treba smatrati osoba čije je stjecanje poslovnog udjela prijavljeno upravi društva. Prema: Gorenc *et al.*, *op. cit.*, bilj. 8., str. 965-966.; Navedenu odredbu ZTD-a te teorijsko tumačenje iste, smatramo iznimno važnom za uređenje pravnih odnosa (bivših) bračnih drugova u pogledu poslovnog udjela kao predmeta bračne stečevine.

13 Dugar, G., Division of an Equity Stake in a Company Due to Division of Common Property of the Spouses, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61 (2014) 2, str. 201-202., 204. i 216.; Rijavec, V., Udeležba zakoncev v kapitalskih gospodarskih družbah, Podjetje in delo, 32 (2006) 8, str. 1706-1707.; Jelinić, *op. cit.*, bilj. 1., str. 123.; Cikač, *op. cit.*, bilj. 9., str. 182.; Općenito o pravnim osnovama stjecanja bračne stečevine vidi: Magličić, *op. cit.*, bilj. 5., str. 84., 86. i 116-117.; Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V. i Stipković, Z., *Stvarno pravo, Svezak prvi*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 567. i 569-570.; Ernst, H., Oštećenje vjerovnika i bračna stečevina u novoj ustavnosudskoj analizi, *Liber amicorum Petar Klarić*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2012., str. 118.; Rešetar, B., Josipović, U., Sporna pitanja bračne stečevine s osvrtom na bankovne ugovore bračnih drugova, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 50 (2013), 1, str. 117-118.; Naravno, bračni drugovi mogu odstupiti od navedenog zakonskog režima stjecanja bračne stečevine, te sklopiti bračni ugovor kojim bi predmetno pitanje pripadanja poslovnog udjela i članstva u društvu mogli regulirati na drugačiji način. Također, neovisno o navedenoj zakonskoj presumpciji da ono što je stečeno ulaganjem bračne stečevine ili na temelju rada za vrijeme trajanja bračne zajednice predstavlja bračnu stečevinu, svaki od bračnih drugova bi mogao tvrditi da je poslovni udjel stečen uplatom, odnosno unosom vlastite imovine kao uloga u društvo, a temeljem čega je preuzeo predmetni poslovni udjel i postao članom društva s ograničenom odgovornošću.

14 Presuda Visokog Trgovačkog suda Republike Hrvatske, posl. br. Pž 3063/05-3 od 5. lipnja 2008.: „Naime, tom je zakonskom odredbom propisano da je u odnosu na društvo član društva samo onaj tko je upisan u knjizi poslovnih udjela i o čijem je članstvu obaviješten registarski sud, a smatra se da je u knjizi poslovnih udjela upis obavljen kada društvu prisprije prijava za upis, bez obzira na vrijeme kada

Navedena pravila trgovačkog prava u koliziji su s temeljnim postavkama obiteljskog imovinskog prava prema kojima bi poslovni udjel *ex lege* predstavljao bračnu stečevinu, odnosno zajedničku imovinu bračnih drugova, pod uvjetom da su ispunjene zakonske pretpostavke propisane odredbama ObZ-a, odnosno ZBPO-a, ovisno o tome koji je od navedenih zakona bio na snazi u trenutku stjecanja predmetnog poslovnog udjela.¹⁵ Samim time drugi bračni drug koji je poslovni udjel stekao *ex lege*, trebao bi biti u mogućnosti legitimirati se prema svim trećim osobama, ali i prema samom društvu kao član i ovlaštenik na predmetnom poslovnom udjelu, što je rezultat shvaćanja da poslovni udjel predstavlja jedinstvenu cjelinu koja nije djeljiva (čl. 36. ObZ u vezi s čl. 417. ZTD).¹⁶

Navedeno stajalište potvrđeno je i od strane recentne sudske prakse. Tako Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (dalje: VTS RH) u obrazloženju presude posl. br. PŽ-2631/15 od 6. siječnja 2016. navodi: „*U slučaju kada je jedan bračni drug nositelj poslovnog udjela u određenom društvu, a društvo je osnovano za vrijeme trajanja braka, drugi bračni drug je ovlaštenik na tom poslovnom udjelu u smislu odredbe članka 417. ZTD-a u vezi s odredbom članka 271. ZBPO-a. U smislu navedene odredbe Zakona o trgovačkim društvima izraz „više ovlaštenika na poslovnom udjelu“ označava i slučaj kada je poslovni udjel stekao jedan bračni drug. Drugi bračni drug je ovlaštenik na tom udjelu što znači da bračnim drugovima zajedno i nepodijeljeno pripada taj poslovni udjel. Oni nisu pojedinačno i svaki*

je upis stvarno obavljen. ... Zbog toga što tužitelj nije upisan u knjigu poslovnih udjela, a nesporno nije niti podnio prijavu za upis u knjigu poslovnih udjela upravi trgovačkog društva M. d.o.o., tužitelj nije član tog trgovačkog društva.“

15 Prema pravnom shvaćanju zauzetom na sjednici Građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske (Su IVg 1/2006-4 od 8. svibnja 2006.): „*Na imovinu stečenu za vrijeme trajanja bračne zajednice do 1. srpnja 1999. kao dana početka primjene Obiteljskog zakona (Narodne novine, br. 162/98.) primjenjuju se odredbe zakona koji je bio na snazi u vrijeme stjecanja te imovine.*“ Navedeno shvaćanje Vrhovnog suda Republike Hrvatske duboko je ukorijenjeno u hrvatskoj sudskoj praksi, ali trpi ozbiljne kritike od dijela akademske i stručne zajednice. Vidi: Hrabar, D., *Retroaktivnost i stečena prava prema Obiteljskom zakonu*, Hrvatska pravna revija, 5 (2005) 5, str. 38-46.; Jelinić, *op. cit.*, bilj. 1., str. 122-123.; Aralica, T., *Bračna stečevina i drugi imovinski odnosi bračnih drugova u sudskoj praksi*, Novi informator, Zagreb, 2015., str. 22-24.; Primjena navedenog shvaćanja Vrhovnog suda Republike Hrvatske dovodi do zaključka da sva imovina koja je stečena do 30. lipnja 1999., pa tako i poslovni udjeli društva s ograničenom odgovornošću, predstavlja zajedničku imovinu u kojoj su udjeli bračnih drugova određivi, ali do njihova sporazuma ili sudske odluke nisu određeni. Za razliku od toga, ako je predmetna imovina stečena nakon 1. srpnja 1999. i stupanja na snagu ObZ-a 98, odnosno 1. srpnja 2003. i stupanja na snagu Obiteljskog zakona iz 2003. (*Narodne novine*, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 75/14, 5/15. – dalje: ObZ 03), predstavljat će bračnu stečevinu u kojoj bračni drugovi suvlasnici u jednakim dijelovima, ako nisu drugačije ugovorili. Potvrdu navedenog pronalazimo i u recentnoj sudskoj praksi VTS RH, posl. br. PŽ-5014/2016-7 od 29. ožujka 2017.: „*Načelo bračne stečevine je u tome što se sva imovina, pa tako i poslovni udjeli u trgovačkim društvima, stečena radom za vrijeme bračne zajednice, ili potječe iz te imovine, smatra njihovom zajedničkom imovinom, dakle skupnim vlasništvom neodređenih suvlasničkih razmjera, ako je stečena do 30. lipnja 1999., a ukoliko je stečena nakon 1. srpnja 2004., njihovom bračnom stečevinom u suvlasništvu supružnika na jednake dijelove, ako nije drugačije među njima ugovoreno.*“

16 Jelinić, *op. cit.*, bilj. 1., str. 131.; Cikač, *op. cit.*, bilj. 9, str. 182.; Mogućnost da se jednog bračnog druga poima kao ovlaštenika na poslovnom udjelu društva spominje i Barbić. Prema: Barbić, J., *Pravo društava, Knjiga prva, Opći dio, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Organizator, Zagreb, 2008., str. 40.

za sebe članovi društva pa se u knjigu poslovnih udjela uz poslovni udjel koji im zajednički pripada upisuje svaki od njih. ... Stoga je pravilno prvostupanjski sud zaključio da je predmetni poslovni udjel u društvu G. d.o.o. zajednička imovina tužiteljice i tuženika stečena za vrijeme trajanja braka pa tužiteljica ima pravo zahtijevati status ovlaštenika na poslovnom udjelu“.

U nastavku rada nastojat ćemo, kroz analizu dostupne sudske prakse trgovačkih sudova i sudova opće nadležnosti, iznaći odgovore na pitanja koja su se u praksi pokazala spornima te u konačnici objasniti kako bi se mogao poboljšati nezavidan položaj drugog bračnog druga koji je poslovni udjel stekao *ex lege*.

2.2. Analiza sudske prakse

Jedno od pitanja koje se u praksi pokazalo prijepornim jest postoji li pravno uporište prema kojem bi jedan bračni drug mogao tražiti donošenje presude kojom bi se utvrdilo da imovina u vlasništvu društva s ograničenom odgovornošću, čiji je član i imatelj poslovnog udjela drugi bračni drug (primjerice, nekretnine, plovila, motorna vozila ili pak potraživanja prema trećim osobama), predstavlja zajedničku imovinu odnosno bračnu stečevinu obaju bračnih drugova. Postavljanje takvih tužbenih zahtjeva nije rijetkost u praksi, a posljedica je shvaćanja, koje je pogrešno, prema kojem je bračni drug koji je član društva i imatelj poslovnog udjela zapravo vlasnik predmetnog društva. U teoriji trgovačkog prava naglašava se da članove trgovačkog društva ne treba smatrati niti zvati vlasnicima društva, jer poslovni udio ne znači da članu društva koji ga ima pripadaju imovinska prava na onome što čini imovinu društva.¹⁷ Unatoč navedenom, u praksi je relativno zastupljeno pogrešno stajalište prema kojem bi taj bračni drug trebao ujedno biti i vlasnikom imovine koja je „samo formalnopravno“ u vlasništvu predmetnog društva te pod uvjetom da je ta imovina stečena radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili iz takve imovine potječe, ista bi zapravo predstavljala zajedničku imovinu odnosno bračnu stečevinu obaju bračnih drugova.

Navedeno shvaćanje protivno je temeljnim postulatima trgovačkog prava prema kojima društvo s ograničenom odgovornošću predstavlja samostalan pravni subjekt koji ima pravnu i poslovnu sposobnost (čl. 4. i 5. ZTD), a koje mu omogućavaju da stječe imovinu koja je različita i odvojena od imovine članova društva, ujedno i imatelja poslovnih udjela.¹⁸ Zbog toga se u pravnoj teoriji ističe da iz činjenice da je jedan bračni drug imatelj poslovnog udjela ne proizlazi da njemu kao članu društva pripadaju imovinska prava na svemu što čini imovinu samog društva.

17 Tako Barbić ističe: „Jako bi se na prvi pogled moglo pomisliti da je član vlasnik odnosno suvlasnik onoga što ima društvo, pa da je to ekonomski isto, pravna razlika je vrlo velika.“ Prema: Barbić, *op. cit.*, bilj. 16., str. 215.; S navedenim stajalištem suglasni su drugi istaknuti autori iz područja trgovačkog prava, poput Petrovića i Ceronje koji ističu: „Članove trgovačkog društva odnosno njegove dioničare ne treba smatrati niti zvati vlasnicima društva.“ Prema: Petrović, S., Ceronja, P., *op. cit.*, bilj. 8., str. 34.; S tim u vezi Gorenc i dr. zaključuju: „Kao što nema vlasništva nad fizičkom osobom, tako nema vlasništva nad pravnom osobom.“ Citirano prema: Jelinić, *op. cit.*, bilj. 1., str. 124., bilj. 9.

18 O tome detaljnije u: Barbić, *op. cit.*, bilj. 16., str. 203-204., 211. i 215.; Petrović, S., Ceronja, P., *op. cit.*, bilj. 8., str. 24. i 33-34.

Dakle, društvo s ograničenom odgovornošću te bračni drug koji je član tog društva i imatelj poslovnog udjela, različiti su pravni subjekti čija se imovina razlikuje.¹⁹ Time dolazimo do zaključka da ono što se nalazi u imovini društva ne može biti dijelom imovine članova istog tog društva, pa samim time ne može biti niti dijelom zajedničke imovine odnosno bračne stečevine članova društva i njihovih bračnih drugova. U nastavku rada navest ćemo nekoliko primjera iz sudske prakse kojima se potvrđuje prethodno zauzeto stajalište.

Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje: VSRH), u presudi kojom je prihvatio reviziju te preinačio presude nižestupanijskih sudova opće nadležnosti (posl. br. Rev 2128/2010-2 od 18. prosinca 2012.), zauzeo je stajalište prema kojem brod kao imovina društva s ograničenom odgovornošću čiji je jedini osnivač i član tuženi bračni drug „*ne predstavlja, a niti može predstavljati bračnu stečevinu stranaka već se radi o posebnoj imovini pravne osobe, odnosno trgovačkog društva kao treće osobe izvan ove parnice*“. Time je VSRH jasno istaknuo potrebu razlikovanja imovine društva kao jednog pravnog subjekta od imovine bračnog druga tužiteljice kao drugog pravnog subjekta, zaključivši da za konačni ishod postupka nije od utjecaja niti činjenica što je tuženik „*jedini član i osnivač toga društva te da ima potpunu kontrolu nad tim društvom*“. Time je najviši sud u Hrvatskoj, nakon što su nižestupanijski sudovi zauzeli suprotno stajalište, potvrdio prethodno izloženu tezu da jednom kad društvo kupi stvar ili kad netko u društvo stvar uloži, samo društvo stječe pravo vlasništva nad tom stvarju te predmetno pravo postaje dijelom imovine društva, koja se razlikuje od imovine njegovih članova. Osobito zanimljiva činjenica u predmetnom slučaju bila je ta što je tužiteljica pozajmila društvu novce za kupnju predmetnog broda. Niti ta okolnost ne dovodi u sumnju ispravnost zaključka VSRH da predmetni brod predstavlja imovinu društva. Shodno tome, time što je tužiteljica pozajmila društvu novce potrebne za kupnju broda, ista je uspostavila pravni odnos s društvom te je po toj osnovi trebala postaviti obveznopravni zahtjev prema samom društvu, ali ne i prema tuženom bračnom drugu. Razlog tome je što za obveze trgovačkog društva odgovara samo društvo, a ne njegovi članovi (čl. 9. st. 1. i čl. 10. st. 2. ZTD-a), što je jasno istaknuo VSRH u obrazloženju citirane presude.

Prema mišljenju autora, tužbeni zahtjev tužiteljice trebao je biti usmjeren na utvrđenje da poslovni udjel koji u predmetnom društvu ima tuženik predstavlja dio njihove zajedničke imovine odnosno bračne stečevine. Naime, jedino se taj poslovni udjel kao skup članskih prava i obveza tuženika nalazi u njegovoj imovini, dok je brod dio imovine društva. Samim time, poslovni udjel u predmetnom društvu (ne i imovina društva) bi mogao predstavljati dio zajedničke imovine odnosno bračne stečevine tužiteljice i tuženika, pod uvjetom da je novac kojeg je tuženi bračni drug uplatio kao ulog, u trenutku unošenja u društvo predstavljao njihovu zajedničku imovinu, odnosno bračnu stečevinu.

Da je predmetno pitanje razlikovanja imovine društva od imovine članova društva predstavljalo kamen spoticanja, pokazuje i praksa specijaliziranih trgovačkih

¹⁹ Barbić, *op. cit.*, bilj. 16., str. 215.; Petrović, S., Ceronja, P., *op. cit.*, bilj. 8., str. 34.; Jelinić, *op. cit.*, bilj. 1., str. 124.

sudova u Republici Hrvatskoj.²⁰ Tako je VTS RH preinačio presudu Trgovačkog suda u Pazinu kojom je prihvaćen dio tužbenog zahtjeva te je utvrđeno kako je cjelokupna imovina društva s ograničenom odgovornošću (B. d.o.o.), zajednička imovina tužitelja i tuženice stečena u bračnoj zajednici i to svakog u 1/2 dijela. U presudi posl. br. Pž-7677/09-3 od 16. veljače 2011., VTS RH je u cijelosti odbio prethodno navedeni dio tužbenog zahtjeva uz obrazloženje da je „*društvo s ograničenom odgovornošću pravna osoba koja ima svoju posebnu imovinu, različitu od imovine članova društva*“ slijedom čega je utvrdio da je „*sud prvog stupnja pogrešno primijenio materijalno pravo kada je usvojio tužbeni zahtjev jer ne postoji jedinstvo imovine društva s ograničenom odgovornošću i imovine njegovih članova*“. Time je VTS RH potvrdio prethodno izneseno stajalište autora prema kojem ono što se nalazi u imovini društva ne može biti dijelom imovine članova istog tog društva, odnosno samim time ne može niti biti dijelom zajedničke imovine odnosno bračne stečevine članova društva i njihovih bračnih drugova.

3. MEHANIZMI ZAŠTITE PRAVNOG POLOŽAJA BRAČNOG DRUGA KOJI NIJE UPISAN U KNJIGU POSLOVNIH UDJELA KAO ČLAN DRUŠTVA I IMATELJ POSLOVNOG UDJELA KOJI PREDSTAVLJA BRAČNU STEČEVINU

Zaštita bračnog druga koji nije upisan u knjigu poslovnih udjela kao član društva i imatelj poslovnog udjela trebala bi se osigurati vodeći računa o prethodno objašnjenom stajalištu da zajedničku imovinu odnosno bračnu stečevinu bračnih drugova može predstavljati poslovni udjel, ali ne i imovina predmetnog društva. Na takav zaključak nas upućuje i presuda VSRH (posl. br. Rev 1176/2010-2 od 11. prosinca 2012.) u obrazloženju koje se zaključuje: „*Imovinu, pa tako i zajedničku imovinu bračnih drugova, može predstavljati samo poslovni udjel, kao samostalna pravna kategorija...*“.

Shodno tome, bračni drug koji traži pravnu zaštitu trebao bi postaviti tužbu i tužbeni zahtjev s ciljem ishoda:

a) deklaratorne sudske odluke kojom se utvrđuje da predmetni poslovni udjel predstavlja zajedničku imovinu odnosno bračnu stečevinu njega i bračnog druga koji je upisan kao član društva i imatelj istog poslovnog udjela (tužitelja i tuženika),

²⁰ Pitanje stvarne nadležnosti trgovačkih odnosno općinskih sudova za suđenje u predmetima u kojima je tužbeni zahtjev bio usmjeren na utvrđivanje poslovnih udjela ili dionica kao predmeta bračne stečevine, dugo vremena je bilo predmetom previranja najviših sudova u Hrvatskoj. O pitanju stvarne nadležnosti najprije se izjasnio VTS RH koji je zauzeo stajalište da su za suđenje u takvim predmetima, sukladno odredbi članka 34. stavak 2. ZPP-a, stvarno nadležni općinski sudovi (Pravno shvaćanje prihvaćeno na sjednici VTS RH od 19. lipnja 2008., posl. br. 7 Su-55/08). Međutim, stajalište suprotno od navedenog zauzeo je VSRH u brojnim rješenjima koja je donosio povodom izazivanja sukoba nadležnosti (vidi primjerice rješenja posl. br. Gr1 294/2009-2 od 18. studenog 2009., Gr1 100/2012-2 od 10. travnja 2012., Gr1 487/2012-2 od 27. rujna 2012., Gr1 578/2012-2 od 1. listopada 2012.). U predmetnim rješenjima, VSRH je zauzeo stajalište da su za suđenje u takvim predmetima, sukladno odredbi članka 34. b točka 2. ZPP-a, stvarno nadležni trgovački sudovi. Izneseno stajalište VSRH, s kojim se autor ne slaže, prevladalo je u sudskoj praksi, međutim detaljnija pravna analiza tog pitanja prelazila bi opseg ovoga rada.

b) deklaratorne sudske odluke kojom se utvrđuje da je on, sukladno odredbi članka 417. ZTD-a, ovlaštenik na predmetnom poslovnom udjelu u točno određenom dijelu²¹, te

c) kondemnatorne sudske odluke kojom se nalaže tuženiku (bračnom drugu koji je upisan kao član društva i imatelj poslovnog udjela) da tužitelju izda ispravu podobnu za upis u knjigu poslovnih udjela predmetnog trgovačkog društva, kao i ispravu podobnu za upis kod nadležnog registarskog suda, kao ovlaštenika na tom poslovnom udjelu u točno određenom dijelu.

Na taj bi način, u slučaju pozitivnog ishoda sudske postupka, bračni drug koji traži pravnu zaštitu potvrdio da je predmetni poslovni udjel bio stekao *ex lege* u istom trenutku kad ga je formalnopravno bio stekao njegov bračni drug (na temelju ugovora o osnivanju društva ili na temelju ugovora o prodaji i prijenosu poslovnog udjela). Nadalje, došao bi u poziciju da prema društvu, tj. upravi društva podnese prijavu za svoj upis u svojstvu člana društva i ovlaštenika na poslovnom udjelu u knjigu poslovnih udjela (čl. 410. st. 2. i čl. 411. st. 2. ZTD-a). Time bi došao korak bliže prema konačnom cilju – mogućnosti da se prema trećim osobama i samom društvu legitimira kao član društva i ovlaštenik na poslovnom udjelu²², čime bi stekao mogućnost ostvarivanja upravljačkih i imovinskih članskih prava zajedno s (bivšim) bračnim drugom, a što je rezultat shvaćanja da poslovni udjel predstavlja jedinstvenu cjelinu koja nije djeljiva (čl. 36. ObZ u vezi čl. 417. ZTD-a).²³

S obzirom na to da je izmjenama i dopunama ZTD-a (*Narodne novine*, br. 137/09) brisana odredba članka 416. ZTD-a²⁴, poslovni udjel bi se načelno mogao podijeliti pod uvjetom da tako što nije izrijekom zabranjeno društvenim ugovorom samog trgovačkog društva.²⁵ Time bi se otvorila mogućnost da tužitelj postavi tužbu i tužbeni zahtjev na utvrđenje pojedinog poslovnog udjela bračnom stečevinom odnosno zajedničkom imovinom, te da u istoj tužbi postavi i podredni tužbeni zahtjev (sukladno članku 188. Zakona o parničnom postupku²⁶) kojim traži da ga se

21 U kojem dijelu je bračni drug koji je u procesnoj ulozi tužitelja ovlaštenik na poslovnom udjelu ovisit će o tome smatra li on da poslovni udjel predstavlja zajedničku imovinu, odnosno bračnu stečevinu. Sukladno tome, isti će i urediti tužbeni zahtjev na odgovarajući način.

22 Navedeno stajalište potvrđuje VTS RH koji u rješenju posl. br. Pž 3063/05 od 5. lipnja 2008. navodi: "...ovaj sud smatra da je prvostupanjski sud pravilno zaključio da se tužitelja, zbog toga što nije podnio upravi društva M. d.o.o. prijavu za upis u knjigu poslovnih udjela, ne može smatrati članom društva..."

23 O upravljačkim i imovinskim pravima članova društva s ograničenom odgovornošću detaljnije u: Barbić, *op. cit.*, bilj. 8., str. 238-302.; Petrović, S., Ceronja, P., *op. cit.*, bilj. 8., str. 191-193.; Jelinić, *op. cit.*, bilj. 1., str. 125. i 132.

24 Odredbom članka 416. ZTD-a bile su propisane zakonske pretpostavke za prijenos dijela poslovnog udjela u točno određenim situacijama. O razlozima ukidanja odredbe članka 416. ZTD-a više u: Barbić, J., *Zakon o trgovačkim društvima s uvodnim objašnjenjima, pregledom usklađenosti s europskim pravom i abecednim kazalom*, Peto, izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2010., str. 58.

25 Barbić, *op. cit.*, bilj. 8., str. 89. i 91.; U slovenskom Zakonu o gospodarskih družbah, u odredbi članka 483. stavak 4. izrijekom je propisano da se društvenim ugovorom može zabraniti podjela poslovnih udjela. Zakon o gospodarskih družbah dostupan je na: <https://zakonodaja.com/zakon/zgd-1/483-c-len-odsvojitvev-dela-poslovnega-deleza> (14.3.2018.).

26 Zakon o parničnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 4/77, 36/77, 36/80, 6/80, 69/82, 43/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, *Narodne novine*, br. 53/91, 91/92, 112/99, 129/00, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 96/08, 84/08, 123/08, 57/11, 25/13, 89/14. – dalje: ZPP.

utvrdi ovlaštenikom na predmetnom poslovnom udjelu (sukladno čl. 417. ZTD-a) te u konačnici da traži izdavanje isprave podobne za njegov upis u knjigu poslovnih udjela trgovačkog društva kao ovlaštenika na poslovnom udjelu. Tek nakon upisa u knjigu poslovnih udjela kao člana društva, a ujedno i ovlaštenika na poslovnom udjelu isti bi mogao tražiti sazivanje skupštine društva te predložiti donošenje odluke o podjeli poslovnog udjela na kojem je ovlaštenik, a sve u svrhu diobe bračne stečevine odnosno zajedničke imovine. Nakon donošenja odluke skupštine društva o podjeli poslovnog udjela, nastala bi dva nova poslovna udjela koji bi bili manji od prijašnjega²⁷, ali na tim novonastalim poslovnim udjelima (bivši) bračni drugovi više ne bi bili u položaju ovlaštenika (čl. 417. ZTD-a), već bi bili samostalni imatelji svih članskih prava i obveza koje proizlaze iz predmetnog novonastalog poslovnog udjela. Navedeno stajalište potvrđeno je od strane VTS RH u nekoliko presuda. Tako u obrazloženju rješenja posl. br. PŽ-3111/2016 od 1. rujna 2016. godine VTS RH donosi zaključak: „U tom smislu poslovni udio se može podijeliti na dva ili više poslovnih udjela na način da se stranke sporazume o omjerima njihovih idealnih dijelova, a što ne može učiniti sud već samo član društva odlukom skupštine“. U obrazloženju presude posl. br. PŽ-3073/2013-2 od 19. listopada 2016. VTS RH izrijekom navodi da do „...podjele poslovnog udjela ne dolazi automatizmom, nego odluku o podjeli poslovnog udjela donosi skupština“.

Bračni drug koji traži pravnu zaštitu svakako bi trebao koristiti i dodatne procesne mehanizme koji osnažuju njegov položaj tijekom trajanja samog sudskog postupka u kojem traži donošenje meritorne odluke o poslovnom udjelu kao predmetu bračne stečevine. Tako bi zajedno s podnošenjem tužbe, sadržaj koje smo prethodno podrobno prikazali, bračni drug trebao tražiti upis zabilježbe predmetnog spora u sudski registar (čl. 24. st. 2. toč. 8. u vezi s čl. 38. st. 4. i čl. 38.a Zakona o sudskom registru²⁸), odnosno podnijeti prijedlog za određivanje odgovarajuće privremene mjere s ciljem osiguranja svoje tražbine (čl. 341. u vezi s čl. 346.-347. Ovršnog zakona²⁹). Mišljenje je autora da bi bračni drug koji traži pravnu zaštitu, u takvim slučajevima trebao uz tužbu svakako podnijeti i prijedlog za određivanje privremene mjere zabrane otuđenja i opterećenja poslovnoga udjela na kojeg je upravljena njegova tražbina, uz zabilježbu te zabrane u knjigu poslovnih udjela, odnosno privremenu mjeru zabrane korištenja ili raspolaganja pravima po osnovi predmetnog poslovnog udjela. Time bi bračni drug mogao pokušati prevenirati moguće radnje drugog bračnog druga kao člana društva i imatelja predmetnog poslovnog udjela, a koja bi bila na njegovu štetu (primjerice, prevenirati sklapanje ugovora o osnivanju založnog prava ili o prijenosu spornog poslovnog udjela na drugu fizičku ili pravnu osnovu).³⁰ Nesumnjivo se radi o važnim i korisnim mehanizmima koji su usmjereni

27 Tom prilikom treba voditi računa o odredbi članka 390. ZTD-a kojom je određeno da nominalni iznos poslovnog udjela ne može biti manji od 200,00 kuna, osim ako samim ZTD-om nije drugačije određeno.

28 Zakon o sudskom registru, *Narodne novine*, br. 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11, 148/13, 93/14, 110/15.

29 Ovršni zakon, *Narodne novine*, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17.

30 O najčešćim manipulativnim potezima koje u praksi poduzima onaj bračni drug koji je upisan u knjigu poslovnih udjela kao član društva i imatelj poslovnog udjela, podrobnije u: Dugar, *op. cit.*, bilj. 13., str. 212-222.

na podizanje razine pravne zaštite bračnog druga koji je inicirao predmetni sudski postupak.³¹

4. UMJESTO ZAKLJUČKA

Pravni položaj bračnog druga koji nije upisan u knjigu poslovnih udjela kao član društva i imatelj poslovnog udjela koji predstavlja bračnu stečevinu mogao bi se poboljšati i kroz normativnu aktivnost u području obiteljskog i trgovačkog prava. Tako se u akademskim krugovima predlaže uvođenje nove odredbe u Obiteljski zakon kojom bi se izrijeком reguliralo da su bračna stečevina poslovni udjeli, ali i dionice trgovačkih društava koje su bračni drugovi stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili potječu iz te imovine. Na taj bi se način dodatno osnažio položaj prethodno spomenutih bračnih drugova koji bi dobili izričito zakonsko uporište za postavljanje tužbe na utvrđenje da poslovni udjel predstavlja bračnu stečevinu obaju bračnih drugova, zatim za postavljanje prijedloga za određivanje odgovarajuće privremene mjere s ciljem osiguranja svoje tražbine te u konačnici i za podnošenje prijedloga za upis u knjigu poslovnih udjela u svojstvu ovlaštenika.

Nakon uspješnog okončanja sudskog postupka i upisa u knjigu poslovnih udjela, bračni drug koji je inicirao predmetni postupak mogao bi se legitimirati kao član društva i ovlaštenik na poslovnom udjelu prema svim trećim osobama, ali i prema samom društvu te bi imao mogućnost ostvarivati upravljačka i imovinska članska prava zajedno s bračnim drugom. Ipak, time se ne bi dokraja razriješili odnosi između bračnih drugova uslijed činjenice što bi oni prema društvu mogli nastupati samo zajedno te na taj način ostvarivati članska prava koja proizlaze iz predmetnog poslovnog udjela, dok bi za obveze odgovarali solidarno. Vodeći računa o tome da su odnosi bračnih drugova nakon prestanka bračne zajednice i pokretanja bračnih sporova, u pravilu znatno narušeni, takva situacija bi mogla biti vrlo nepovoljna za samo društvo jer bračni drugovi kao ovlaštenici na poslovnom udjelu prema društvu mogu nastupati samo zajedno (npr. ako bi glede određene točke dnevnog reda na skupštini društva bračni drugovi kao ovlaštenici različito glasovali, onda bi se trebalo uzeti da glasovi koji pripadaju tom poslovnom udjelu uopće nisu dani). Upravo zbog toga, mišljenje je autora da bi razvrgnuće bračne stečevine na poslovnom udjelu bilo jedino rješenje kojim bi se omogućilo nesmetano poslovanje i funkcioniranje društva s jedne strane, te ostvarivanje prava (i obveza) bračnih drugova po osnovi bračne stečevine na poslovnom udjelu s druge strane. Međutim, analizom mjerodavnih odredbi ObZ-a 15 i ZTD-a dolazi se do zaključka da ne postoje odredbe kojima bi se regulirao način razvrgnuća nakon što se utvrdi da poslovni udjel predstavlja bračnu stečevinu. Slijedom navedenog, u budućnosti će se morati intervenirati u odredbe ZTD-a kojima bi se *de lege ferenda* regulirali modaliteti za razvrgnuće bračne stečevine na poslovnom udjelu kao specifičnom skupu imovinskih prava, te na taj način popuniti postojeću pravnu prazninu.

31 Podrobnija pravna analiza instituta privremene mjere i zabilježbe spora prelazila bi opseg ovoga rada. O tome više u: Dika, M., *Građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 846-898.

Dr. sc. Ivan Šimović, Assistant Professor
Faculty of Law, University of Zagreb

**BUSINESS SHARES IN A LIMITED LIABILITY COMPANY AS A
SUBJECT OF MATRIMONIAL PROPERTY IN THE REPUBLIC
OF CROATIA – THEORETICAL DOUBTS AND CHALLENGES IN
PRACTICE**

Summary

A complex life union, such as marriage, inevitably entails a community of property of spouses which is manifested through their matrimonial property. By analyzing the definition of the matrimonial property from the Family Act and the provisions on the establishment of a limited liability company under the Companies Act, it can be concluded that the subject of the matrimonial property may also be the business shares of the companies which were formally obtained only by one of the spouses by investing a stake in the share capital of the companies concerned. The basic prerequisite for this is that the money, things or rights that have been entered as a stake in each of the companies have been acquired by labour during the abidance of the marriage union or derive from that property. Nevertheless, in spite of the aforementioned theoretical settings, certain issues related to business shares as a subject of the matrimonial property have proven to be particularly disputed in the jurisprudence and are therefore the subject of this work.

Key words: limited liability company, property, spouses

Dr. sc. Boris Krešić, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Dr. sc. Dženeta Omerdić, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

IZJEDNAČAVANJE PRAVA VANBRAČNIH I BRAČNIH PARTNERA – ANALIZA PRESUDE USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

Ustavni sud Bosne i Hercegovine odlučujući u predmetu broj: AP 4207/13 donio je Odluku u kojoj je zaključio da su sudovi primjenom Zakona o nasljeđivanju iz 1980. godine, bez uvažavanja opredjeljenja iz Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. godine o dosljednom izjednačavanju vanbračne zajednice koja traje preko tri godine sa bračnom zajednicom u svim pravima i obvezama, uključujući i imovinska prava, i odbijanjem apelantova zahtjeva da mu se prizna pravo da kao nasljednik prvog nasljednog reda sudjeluje u ostavinskom postupku, prekršili zabranu diskriminacije.

U radu se daje kritički osvrt na navedenu presudu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, te se analizom pozitivno-pravnih propisa u Federaciji Bosne i Hercegovine navode pozitivne i negativne posljedice navedene presude Suda. Predmet istraživanja jeste da se utvrdi da li postoji objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje između bračnih i vanbračnih partnera.

Ključne riječi: brak, vanbračna zajednica, zabrana diskriminacije, Ustavni sud BiH.

Uvod

Presudom Općinskog suda u Živinicama broj 33 0 P 000492 07 P od 19. augusta 2009. godine, odbijen je apelantov tužbeni zahtjev kojim je tražio da se utvrdi da je, po osnovi vanbračne zajednice, „zakonski nasljednik drugog nasljednog reda“. Sporno je bilo pitanje da li apelant ulazi u krug zakonskih nasljednika iza ostaviteljice. U odgovoru na ovo pitanje, Općinski sud je naveo da je apelant postavljeni tužbeni zahtjev temeljio na odredbi člana 3. Porodičnog zakona Federacije BiH¹ (u daljnjem tekstu: PZ FBiH) kojim je propisano da je vanbračna zajednica ona koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno dijete. Međutim, Općinski sud je smatrao da se „pravilnim tumačenjem ove odredbe nikako ne može izvesti zaključak da je ova zajednica u svemu izjednačena sa bračnom zajednicom“, već samo „u pogledu

¹ Porodični zakon FBiH (*"Službene novine Federacije BiH"*, br. 35/05, 41/05 i 31/14).

određenih prava⁴. Općinski sud je naveo da to konkretno znači da su „vanbračnim partnerima priznata određena prava iz ove zajednice kao u bračnoj zajednici, kao što su prava međusobnog izdržavanja, u pogledu sticanja vanbračne stečevine“, ali da „nisu ipak izjednačeni u svim pravima, pogotovo u pogledu nasljeđivanja“. Kantonalni sud u Tuzli je naveo da je pravilan zaključak Općinskog suda da vanbračna zajednica ne utiče na zakonsko nasljeđivanje, odnosno da „sama po sebi ona nije osnov za nasljeđivanje“. Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine je zaključio da su nižestepeni sudovi pravilno primijenili materijalno pravo, pa je naročito naglasio da je apelantov tužbeni zahtjev „nejasan i neprecizan, ali i neosnovan jer tužitelj kao vanbračni partner umrle, prema važećim zakonskim propisima, nema pravo da naslijedi“ ostaviteljicu, zato što ne ulazi u krug zakonskih nasljednika „nijednog od nasljednih zakonskih redova predviđenih Zakonom o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine“.² Postupajući u predmetu AP 4207/13, Ustavni sud BiH (u daljnjem tekstu: USBiH) u zaključku svoje Odluke, između ostalog, navodi da je Porodični zakon FBiH, koji je donesen 2005. godine, u cijelosti izjednačio vanbračnu i bračnu zajednicu u pravima i obvezama, uključujući i imovinska prava, te je utvrdio da je prekršena zabrana diskriminacije.

Obzirom na predmet istraživanja prezentiran u ovom radu, a imajući u vidu cjelokupnu jurisdikciju USBiH, akcentat ćemo staviti na tzv. apelacionu nadležnost USBiH temeljem koje Sud odlučuje „u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini“.³ Naime, kao organ koji „podržava Ustav“⁴ i koji je ujedno i njegov nezavisni čuvar, USBiH istovremeno predstavlja i „institucionalnog garanta za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ustanovljenih Ustavom Bosne i Hercegovine i instrumentima Aneksa I Ustava“.⁵ U Bosni i Hercegovini, demokratskoj državi koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora,⁶ „prava i slobode predviđene u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju“, pri čemu navedeni međunarodni akti „imaju prioritet u odnosu nad svim ostalim zakonima“.⁷ Nadalje, ljudska prava i slobode nabrojana u članu II 3. stav 2. Ustava BiH, kao i ona prava i slobode predviđena u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I na Ustav BiH, osigurana su svim licima „u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo

2 Zakon o nasljeđivanju FBiH (Sl.list SRBiH, br.7/80-267, 15/80-711). U vrijeme donošenja odluke Općinskog, Kantonalnog i Vrhovnog suda na snazi je bio „stari“ Zakon o nasljeđivanju. U trenutku donošenja Odluke Ustavnog suda BiH na snagu je stupio novi Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine (Zakon o nasljeđivanju u FBiH ("Službene novine Federacije BiH", broj 80/14).

3 Član VI 3. 1b) Ustava BiH, preuzet sa:

http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf

4 Član VI 3. 1 Ustava BiH.

5 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (Prečišćeni tekst), „Službeni glasnik BiH“, broj 94/14. Posebno je zanimljiva činjenica da ne postoji Zakon o Ustavnom sudu BiH, nego se sva pitanja vezana za postupak pred ovim državnim organom, kao i pitanja njegove organizacije regulišu odredbama Ustava BiH, kao i Pravilima koja usvaja sam Ustavni sud BiH.

6 Član I 2. Ustava BiH

7 Član II 2. Ustava BiH

kojem osnovu⁸, te se kao takva niti jednim amandmanom na Ustav BiH ne mogu „eliminirati niti umanjiti“.⁹

1. Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u postupku zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda: normativni aspekt

U savremenim demokratskim državama, ustavni sudovi su osnovani u cilju kontrole ustavnosti normativnih akata (tzv. normativna kontrola). Pored ove primarne nadležnosti, ustavni sudovi, teorijski posmatrano, u državama sa složenim državnim uređenjem odlučuju i o nadležnostima državnih organa vlasti (tzv. organska kontrola). Veoma često ustavni sudovi odlučuju i o povredama „ustavnih prava građana nezavisno kojim aktom su ta prava povrijeđena“,¹⁰ odnosno štite ustavom utvrđena prava građana „od povreda učinjenih opštom normom, pojedinačnim aktom ili radnjom“.¹¹ O povredi ustavnih prava građana, ustavni sudovi po pravilu odlučuju nakon što osoba čije je pravo povrijeđeno podnese ustavnu tužbu (žalbu).

Imajući u vidu činjenicu da navedena ljudska prava i slobode, kao i njihovo ostvarivanje i zaštita, predstavljaju temeljne principe na kojima je izgrađen cjelokupni bosanskohercegovački ustavni sistem, neophodno je bilo i institucionalizirati posljednju sudsku kariku pred kojom osoba čije je pravo prekršeno koristi posljednju priliku da „unutar“ Bosne i Hercegovine ostvari zaštitu garantovanih ljudskih prava i osnovnih sloboda. I upravo tu „posljednju institucionalnu kariku“ na nivou Bosne i Hercegovine predstavlja USBiH.¹²

Pored navedenih nadležnosti, USBiH ima jurisdikciju da odlučuje u pitanjima „koja mu je prosljedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda“.¹³

8 Član II 4. Ustava BiH

9 Član X 1. Ustava BiH

10 Pobrić, N., *Ustavno pravo*, Slovo, Mostar, 2000, str. 469.

11 Fira, A., *Ustavno pravo*, Treće, dopunjeno izdanje, Privredni pregled, Beograd, 1981, str. 324.

12 Ustavni sud BiH, kao organ koji je u odnosu na sve druge organe vlasti i vanjske uticaje, nezavisan i samostalan, utemeljen je članom VI Ustava Bosne i Hercegovine. Na temelju člana VI 3. Ustava BiH, USBiH je „jedini nadležan da odlučuje o bilo kojem sporu koji se javlja po ovom ustavu između dva entiteta, ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta, te između institucija Bosne i Hercegovine, uključujući, ali ne ograničavajući se na to pitanje: Da li je odluka entiteta da uspostavi poseban paralelan odnos sa susjednom državom u skladu sa ovim Ustavom, uključujući i odredbe koje se odnose na suverenitet i teritorijalni integritet Bosne i Hercegovine. Da li bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta u skladu sa ovim Ustavom“.

13 Član VI 3. 1c) Ustava BiH

Ustavni sud BiH svoju apelacionu nadležnost vrši na temelju podnesene apelacije¹⁴ lica čija su prava povrijeđena u postupku u kojem je donesena odluka koja se osporava. Podnesenu apelaciju USBiH će razmatrati samo ako su „protiv presude, odnosno odluke koja se njome osporava, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako je podnesena u roku od 60 dana od dana kada je podnositelj apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku koji je koristio“.¹⁵ Apelacija¹⁶ se može podnijeti protiv presuda (i odluka) bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini. Izuzetno, USBiH može razmatrati i apelaciju u slučaju kada nema odluke nadležnog suda“ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i osnovnih sloboda koje štiti Ustav ili međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini“.¹⁷ Prilikom postupanja po apelaciji, USBiH ne preispituje stavove redovnih sudova povodom utvrđenog činjeničnog stanja niti stavove vezane za primjenu materijalnih propisa. Zadatak USBiH je da utvrdi da li je „eventualno došlo do povrede ili zanemarivanja ustavnih prava, te da li je primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminacijska“.¹⁸

Ukoliko USBiH, „u skladu sa svojim nadležnostima iz člana VI 3.a) i VI 3.b) Ustava i Amandmana I, utvrdi povredu Ustava, odnosno kada, u skladu sa svojim nadležnostima iz člana VI 3.c) Ustava, utvrdi da je zakon o čijem važenju ovisi odluka bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini inkompatibilan sa Ustavom, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ili sa zakonima Bosne i Hercegovine, ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog općeg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda“,¹⁹ usvoji apelaciju/zahtjev može svojom odlukom²⁰ ukinuti osporenu presudu ili odluku, te predmet vratiti sudu, odnosno organu koji je donio tu odluku, na ponovni postupak, „osim u slučaju

14 Apelacija predstavlja suspidijarni vanredni pravni lijek, obzirom da je dopuštena tek nakon što su iscrpljeni svi, zakonom predviđeni, djelotvorni pravni lijekovi. Nadalje, teorijski posmatrano, apelacija bi se u određenom smislu mogla poistovjetiti sa ustavnom revizijom – pravnim lijekom „kojeg mogu koristiti ne samo privatne fizičke i pravne osobe već i javnopravni subjekti zbog povrede ne samo ustavnih prava i sloboda već i svake ustavne norme“. Steiner, C.; Ademović, N., *Ustav Bosne i Hercegovine: komentar*, Fondacija „Konrad Adenauer“, Sarajevo, 2010, 642.

15 Član 18 st. (1) Pravila Ustavnog suda BiH

16 Apelacija treba sadržavati:

- a) odluku suda u Bosni i Hercegovini koja se osporava;
- b) odredbe Ustava i/ili međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima koje se primjenjuju u Bosni i Hercegovini i za koje apelant smatra da su povrijeđene;
- c) navode, činjenice i dokaze na kojima se apelacija zasniva;
- d) u nedostatku osporene odluke, razloge za podnošenje apelacije;
- e) potpis podnositelja apelacije, odnosno ovlaštenog opunomoćenika;
- f) posebnu punomoć za zastupanje pred Ustavnim sudom ako podnositelj apelacije ima zastupnika.“

Detaljnije vidjeti: član 21 Pravila USBiH.

17 Član 18 st. (2) Pravila USBiH.

18 Uporediti: Odluka Ustavnog suda BiH broj AP-657/07 (par. 6) od 16.07.2009., dostupno na: www.ccbh.ba/bos/odluke/povuci_html.php?pid=211948

19 Član 59 st. (2) Pravila USBiH.

20 Odluka USBiH sadrži uvod, izreku, obrazloženje i zaključak, s tim da u obrazloženju odluke o apelaciji, Ustavni sud navodi koje je ustavno pravo povrijeđeno i u čemu se sastoji povreda. Detaljnije vidjeti: čl. 33 i 62 Pravila USBiH.

kada se posljedice kršenja ustavnih prava mogu otkloniti na drugi način²¹. Sud, odnosno organ čija je presuda/odlučka ukinuta dužan je da donese novu odluku pri čemu je „obavezan da poštuje pravno shvatanje Ustavnog suda o povredi Ustavom utvrđenih prava i osnovnih sloboda podnositelja apelacije“²². S tim u vezi, izuzetno, pod uslovom da organ čija je odluka ukinuta donese novu odluku a da pri tome nije uzeo u obzir izrečene stavove i mišljenja Suda, USBiH „može sam odlučiti o meritumu predmeta ukoliko postoji odluka organa koja ne krši ustavna prava, tako što će takvu odluku ostaviti na pravnoj snazi“²³.

Na temelju člana 31 Pravila USBiH, prilikom odlučivanja Sud „u pravilu, ispituje samo one povrede koje su iznesene u zahtjevu/apelaciji“²⁴. Međutim, USBiH će „obimnije preispitivati“ apelaciju ukoliko je apelant „propustio da eksplicitno spomene i tačno navede relevantne odredbe Ustava BiH ili EKLJP“ pod uslovom da je apelant svoju apelaciju „dovoljno obrazložio“²⁵. Nadalje, djelovanjem u okviru datih ustavnih nadležnosti USBiH je data i mogućnost da prilikom odlučivanja po apelaciji istovremeno preispituje i pravnu normu koja je suprotna „ustavnim ljudskim pravima i slobodama, i to ne samo djelovanjem na pojedinačni slučaj već uz mogućnost da istu normu po potrebi proglasi i ništavom“²⁶. Naime, imajući u vidu činjenicu da redovni sudovi prilikom donošenja svojih odluka u znatnoj mjeri zanemaruju primjenu standarda ljudskih prava iz Ustava BiH i Evropske konvencije²⁷, izuzetno je značajna uloga Ustavnog suda i njegovo postupanje u skladu sa čl. VI 3. B) i c) Ustava BiH. Iz tih razloga, Ustavni sud veoma često pored navoda sadržanih u apelaciji razmatra i kvalitet predmetnog zakona, jer upravo nedostatak određenog kvaliteta zakona,²⁸ kako je navedeno u anketnom listu popunjenom za potrebe Konferencije evropskih ustavnih sudova, dovodi do povrede ljudskih prava.²⁹

Odlučujući po apelaciji, Ustavni sud u svojoj odluci iznosi pravno shvatanje koje je obavezujuće za sudski organ čija je odluka bila predmetom osporavanja. Prema nekim autorima, ovim normativnim rješenjem, odluci USBiH se u konkretnom slučaju daje zakonska snaga, dok prema svim drugim državnim organima vlasti, premda nije formalno obavezujuća, ima prejudicirajuće djelovanje.³⁰ Prilikom donošenja odluka,

21 Član 62 st. (1) Pravila USBiH.

22 Član 62 st. (4) Pravila USBiH.

23 Član 62 st. (5) Pravila USBiH.

24 Član 31 Pravila USBiH.

25 Steiner C., Ademović N., str. 719.

26 Ibid, str. 722.

27 Tadić, M., *Ustavnosudska zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda u Bosni i Hercegovini*, Zbornik sa međunarodne konferencije „Ustavni sud Crne Gore, 50 godina“, Budva, 2014, str. 23.

28 Ustavni sud je u predmetu broj AP 2271/05 od 21. decembra 2006. godine smatrao da neprecizni zakoni ostavljaju veliki prostor za proizvoljnost. Detaljnije vidjeti: Odluka Ustavnog suda BiH AP 2271/05 od 21.12.2006. godine, „Službeni glasnik BiH“, broj 38/07.

29 Detaljnije vidjeti: *Problemi legislativnih propusta u ustavnoj sudskoj praksi*, Anketni list za XIV kongres Konferencije evropskih ustavnih sudova, dostupno na: http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Bosnia_Herzegovina_bhs.pdf

30 Uporediti: Steiner C., Ademović N., str. 853.

a obzirom na član II 2. Ustava BiH, USBiH se poziva na praksu Evropskog suda za ljudska prava, kao i na praksu ustavnih sudova drugih demokratskih država.

Odluke USBiH su konačne i obavezujuće³¹ i svako fizičko i pravno lice je dužno da ih poštuje.³² Kada je riječ o izvršenju odluka USBiH, sam Sud u svojoj odluci može odrediti način i rok izvršenja odluke,³³ pri čemu su svi organi vlasti dužni, u okviru svojih ustavnih i zakonskih nadležnosti, provoditi odluke Ustavnog suda.³⁴ U slučaju nepostupanja, odnosno „kašnjenja u izvršavanju ili obavještanju Ustavnog suda o preduzetim mjerama, Ustavni sud donosi rješenje kojim se utvrđuje da odluka Ustavnog suda nije izvršena, odnosno može odrediti način izvršenja odluke. To rješenje se dostavlja nadležnom tužiocu, odnosno drugom organu nadležnom za izvršenje kojeg odredi Ustavni sud“.³⁵

Imajući u vidu činjenicu da su odluke USBiH neposredno izvršive, odnosno da Sud sam može odrediti način i rok izvršenja, jasna je namjera adresanta da se *de facto* i *de iure* ojača ustavnosudska zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda u Bosni i Hercegovini. Naravno, izvršavanje odluka USBiH u najvećoj mjeri zavisi od sadržaja izrečene obaveze, složenosti samog postupka implementacije, kao i od političke moći državnih organa prema kojima je izrečena mjera upućena. Ovo posljednje je posebice izražajno kada je riječ o odlukama koje su rezultat apstraktne kontrole ustavnosti.

2. Ustavnosudska zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda u Bosni i Hercegovini: predmet AP 4207/13

Postupajući u predmetu broj AP 4207/13, USBiH je usvojio apelaciju, te je utvrdio da je prekršena zabrana diskriminacije. Naime, konstatujući kršenje člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u vezi sa pravom na imovinu iz člana II 3.k Ustava BiH i člana 1. Protokola broj 1 uz

31 Član VI 5. Ustava BiH.

32 Član 72 st. (1) Pravila USBiH.

33 U slučaju postojanja tzv. legislativnih propusta, USBiH „zakonodavcu ne daje preporuke u pogledu toga kako izbjeći nedostatke u zakonskoj regulativi“. Detaljnije vidjeti: *Problemi legislativnih propusta u ustavnoj sudskoj praksi*, str. 18.

Tako na primjer, postupajući u predmetu broj AP-1125/05 od 16.01.2007. godine, USBiH je, između ostalog, naglasio da nije njegov zadatak da odredi da li će nadležni zakonodavac pristupiti izmjenama postojećih ili donošenju novih propisa kojima bi se obezbijedilo poštovanje prava apelanta ili drugih lica koja su krivično djelo učinila u stanju neuračunljivosti, već da je to isključivo zadatak nadležnog zakonodavca i odgovarajućih organa izvršne vlasti. Nadalje, premda je riječ o pitanju koje spada u *slobodnu procjenu države*, Ustavni sud ukazuje da su nadležne vlasti dužne da hitno preduzmu odgovarajuće legislativne i druge mjere kojima će obezbijediti da lišavanje slobode lica koja su krivično djelo učinila u stanju neuračunljivosti bude “zakonito” kako to zahtijeva član 5 stav 1e Evropske konvencije, kao i da ta lica imaju pravo da, u razumnim vremenskim intervalima, pokrenu postupak pred “sudom” u smislu Evropske konvencije, radi preispitivanja “zakonitosti” izrečene mjere i njenog produženja, kako to zahtijeva član 5 stav 4 Evropske konvencije, sa svim garancijama na koje je Ustavni sud ukazao u ovoj odluci. Detaljnije vidjeti: Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 1125/05 od 16.01.2007. godine.

34 Član 72 st. (2) i (3) Pravila USBiH.

35 Član 72 st. (6) Pravila USBiH.

Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, USBiH je ukinuo presudu Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 33 0 P 000492 2 Rev od 23.7.2013. godine, te mu istovremeno naložio da u roku od tri mjeseca od dana dostavljanja Odluke obavijesti Sud o preduzetim mjerama.

U navedenom predmetu, Ustavni sud je obimnije preispitivao apelaciju obrazlažući to navodima da je:

- apelant *propustio* da se pozove na kršenje zabrane diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije u vezi sa pravom na imovinu iz člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju,
- apelant *propustio* da se pozove na kršenje zabrane diskriminacije u postupku pred redovnim sudovima.

Međutim, Ustavni sud naglašava da je apelant svoju apelaciju dovoljno obrazložio, odnosno da se njegovi navodi eksplicitno odnose na različit tretman njega kao ostaviteljčinog vanbračnog partnera, čime su ispunjene formalno-pravne pretpostavke za obimnije preispitivanje apelacije.

Nadalje, vršeći apelacijsku nadležnost, USBiH je, u zaključku donesene odluke, naglasio da je vanbračna zajednica koja traje preko tri godine, prema odredbama PZ FBiH, izjednačena sa bračnom zajednicom „u svim pravima i obavezama, uključujući i imovinska prava“³⁶. Ovu pravnu „kvalifikaciju“ USBiH je izrekao bez detaljnijeg razmatranja predmetnih zakona. Odnosno, Ustavni sud nije ulazio u analizu kvaliteta predmetnog zakona, te je, samim tim, i izostalo detaljnije obrazloženje značenja termina „svih prava i obaveza“. U konkretnom slučaju, USBiH je propustio da se referira na sadržaj svih prava i obaveza u kojima su vanbračna i bračna zajednica izjednačene u porodičnim zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini.

Obzirom da se prilikom donošenja odluka USBiH rukovodi praksom Evropskog suda za ljudska prava, kao i odlukama ustavnih sudova drugih demokratskih država, neophodno je sagledati i dio prakse Evropskog suda. Evropski sud za ljudska prava u više svojih odluka izrazio je stajalište da nema diskriminacije vanbračnih partnera u odnosu na bračne partnere kada ne uživaju jednaka prava u nacionalnim zakonodavstvima jer u vanbračnoj zajednici žive po vlastitom odabiru i u svakom trenutku mogu sklopiti brak i uživati njegove pravne posljedice.³⁷ Naime, za razliku od USBiH, kada je u pitanju izjednačavanje vanbračnih i bračnih zajednica, Evropski sud za ljudska prava ima drugačiju praksu. Tako na primjer, u predmetu *Velikova v. Bulgaria*³⁸ Evropski sud za ljudska prava konstatuje da postoje objektivni razlozi temeljem kojih nacionalna zakonodavstva ne izjednačavaju u potpunosti vanbračne i bračne zajednice, niti je izgledno da će se između pomenutih zajednica staviti znak jednakosti. S tim u vezi, mišljenja smo da je USBiH pomalo ishitreno zaključio da između vanbračne i bračne zajednice, a kada je riječ o svim pravima i obavezama, postoji znak jednakosti.

36 Detaljnije vidjeti: Odluka u predmetu AP 4207/13.

37 Vidi šire: Lucić, N., Grigić, N., *Marriage v. cohabitation in the legal practice of the European court of human rights*, u “Contemporary legal and economic issues V”, ur. Barković Bojanić, I., Lulić, M., Pravni fakultet Osijek, Osijek, 2015., str. 57.–84.

38 Presuda dostupna na web stranici: <http://www.errc.org/article/velikova-v-bulgaria/3857>.

Kao što je već naglašeno, obzirom da se važećim odredbama entitetskih porodičnih zakona vanbračne i bračne zajednice ne izjednačavaju u svim pravima i obavezama, postavlja se pitanje pravnog dejstva odluke USBiH u predmetu AP 4207/13. Drugim riječima, „Da li izrečeni stav USBiH prema kojem su vanbračna i bračna zajednica izjednačene u svim pravima i obavezama, uključujući i imovinska prava, nameće obavezu zakonodavcima u Federaciji Bosne i Hercegovine, Republici Srpskoj i Brčko Distriktu da izmijene važeće odredbe porodičnog zakonodavstva, te na taj način *de iure* i *de facto* izjednače pomenute zajednice“?

U konkretnom slučaju, sasvim je jasna ustavna i zakonska obaveza Vrhovnog suda FBiH da postupi prema „pravnom shvatanju“ USBiH sadržanom u navedenoj odluci, odnosno obavezi Vrhovnog suda da apelanta „prepozna“ kao zakonskog nasljednika prvog nasljednog reda. Za Vrhovni sud FBiH, kao organa čija je odluka osporena, pravno shvatanje USBiH sadržano u predmetnoj odluci ima „zakonsku“ snagu. Vrhovni sud FBiH dužan je da u predviđenom roku obavijesti Ustavni sud o izvršenju odluke, implementirajući u cijelosti pravno shvatanje USBiH. Međutim, kada je riječ o pravnom dejstvu odluke Ustavnog suda prema drugim organima čije odluke nisu bile predmetom osporavanja pred USBiH, situacija je bitno drugačija. Mišljenja smo da odluka USBiH nije formalno obavezujuća, odnosno ne stvara implicitno (direktno) obavezu za entitetske zakonodavne organe vlasti i zakonodavni organ Brčko Distrikta.

U dijelu rada koji slijedi dat je pojam vanbračne zajednice u pozitivnom zakonodavstvu, a nakon toga dat je prikaz prava i obaveza u porodičnom zakonodavstvu u kojima vanbračna i bračna zajednica nisu izjednačene.

3. Vanbračna zajednica u Porodičnim zakonima u BiH

Porodični zakoni u BiH³⁹ na različit način uređuju vanbračnu zajednicu. U sva tri porodična zakona vanbračna zajednica je pravno uređena. Porodični zakon FBiH normira da je „vanbračna zajednica zajednica života žene i muškarca koji nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugom osobom, koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete“.⁴⁰ Prema zakonskoj definiciji zastupljen je princip monogamije čime je isključena mogućnost da vanbračna zajednica postoji pored braka ili druge vanbračne zajednice i proizvodi zakonom priznata dejstva.⁴¹ Drugim riječima, ne mogu egzistirati i proizvesti pravne posljedice dvije zajednice života, brak i vanbračna zajednica ili dvije vanbračne zajednice, odnosno ukoliko postoji brak nikada ne može nastati vanbračna zajednica, bez obzira na njeno trajanje.

Porodični zakon Republike Srpske (u daljem tekstu PZ RS) normira da je

39 Porodično-pravni odnosi u BiH uređeni su sa tri zakona. Porodičnim zakonom FBiH ("Službene novine Federacije BiH", br. 35/05, 41/05 i 31/14), Porodičnim zakonom Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/02,41/08 i 63/14) i Porodičnim zakonom Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 23/07). U radu će se obrađivati Porodični zakon FBiH i Porodični zakon RS.

40 PZ FBiH član 3., PZ BD član 5. st. 1.

41 Traljić, N.; Bubić, S., *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007. str 144.

vanbračna zajednica „zajednica života žene i muškarca koja nije pravno uređena na način propisan ovim zakonom“.⁴² U literaturi se kritikuje navedena definicija vanbračne zajednice u smislu da ovoj zajednici nedostaje samo forma braka, „a svakako da jeste, a ne da nije pravno uređena na način propisan zakonom“.⁴³ Primjetno je da zakonodavac u Republici Srpskoj nije naveo uslov da se vanbračna zajednica ne može zasnovati ukoliko jedan od vanbračnih partnera živi u braku ili drugoj vanbračnoj zajednici. Ipak, primjenom načela monogamije neće se priznati pravna dejstva vanbračne zajednice ukoliko je jedan od vanbračnih partnera u braku ili drugoj vanbračnoj zajednici.⁴⁴ U teoriji se navodi da bi bilo svrsishodno, a radi nepostojanja mogućnosti registracije vanbračnih zajednica, izričito definisati da je jedan od uslova nastanka vanbračne zajednice da vanbračni supružnici nisu u braku ili drugoj vanbračnoj zajednici.⁴⁵

Da bi vanbračni partneri mogli koristiti određena prava i imati određene obaveze njihova zajednica života mora ispuniti sve zakonom propisane uslove. U skladu sa navedenim definicijama vanbračne zajednice kao uslovi za njen nastanak navode se: različitost spolova, zajednica života i dužina trajanja zajednice života.

Prema navedenim zakonskim definicijama da bi zajednica života, bilo bračna ili vanbračna, bila pravno priznata u pozitivnom pravu BiH neophodno je ispunjenje uslova različitosti spolova.⁴⁶

U porodičnim zakonima u BiH nisu određeni kriteriji kojima bi se dokazivalo postojanje zajednice života. Prihvaćeno je stanovište da je zajednica života konstitutivni element koji treba da odvoji vanbračnu zajednicu od drugih sporadičnih veza.⁴⁷ Postoji i suprotno stanovište prema kojem, zajednica života nije konstitutivni element, već da vođenje zajedničkog domaćinstva i zajedničko stanovanje predstavljaju činjenicu koja olakšava njeno dokazivanje.⁴⁸ Zajednica života treba da predstavlja volju i namjeru žene i muškarca da žive zajedno kao žena i muž te da izvršavaju prava i dužnosti koje postoje između bračnih partnera.⁴⁹

Da bi postojala vanbračna zajednica, zajednica života žene i muškarca mora trajati duže vrijeme. Određenje vremenske granice trajanja životne zajednice treba da napravi razliku između vanbračne zajednice i onih veza kod kojih ne postoji volja

42 Član 12. PZRS.

43 Panov, S., *Porodično pravo – drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 144.

44 Ibid, str. 146.

45 Demirović, R., *Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu*, Zbornik radova, Naučni skup – Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog, Mostar, 2012, str. 114. Isto i Slobodan Panov, str. 146.

46 BiH nije osigurala da tretman osoba homoseksualne orijentacije koje žive u kohabitaciji ne bude lošiji od tretmana koji imaju kohabitanti različitog spola. Normiranje prava na zasnivanje istospolne kohabitacije je izostalo u pravnom sistemu BiH. Zapravo osobama homoseksualne orijentacije se ne garantuje pravo na zajednicu života niti im se priznaju bilo koja prava koja imaju heteroseksualni vanbračni partneri.

47 Ponjavić, Z., *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2005, str. 131.

48 Cvejić-Jančić, O., *Porodično pravo, Knjiga I - Bračno pravo*, IV dopunjeno izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2001. str. 206.

49 Traljić, N.; Bubić, S., op cit. str. 144.

i namjera za uspostavljanje odnosa koji je sličan braku. Za razliku od PZ RS u kojem nije izričito normirana vremenska odrednica u PZ FBiH određeno je da vanbračna zajednica mora trajati najmanje tri godine a može i kraće ukoliko se u njoj rodi zajedničko dijete. U PZ RS vremensko trajanje zajednice života izvodi se posredno iz odredbi koje se odnose na međusobno izdržavanje i imovinske odnose vanbračnih partnera. Uslov potrebnog vremenskog trajanja vanbračne zajednice se razlikuje u odnosu na činjenicu da li se radi o pravu na izdržavanje vanbračnog partnera gdje se zahtijeva trajanje zajednice života od najmanje tri godine,⁵⁰ dok se u slučaju zajedničke imovine vanbračnih partnera koristi pravni standard „duže vremena“.⁵¹

3.1. Dosljedno izjednačavanje vanbračne zajednice sa bračnom u porodičnom zakonodavstvu BiH

Ustavni sud BiH u svojoj Odluci na više mjesta, kao i zaključku odluke, navodi da je Porodični zakon FBiH koji je donesen 2005. godine u cijelosti izjednačio vanbračnu i bračnu zajednicu u pravima i obvezama, *uključujući i imovinska prava* (naglasili koautori).⁵² Sud nadalje konstatuje da „situacija u kojoj jedan zakon izjednačava trajniju vanbračnu zajednicu sa bračnom u pravima i obvezama, uključujući i imovinska prava“, a drugi potpuno isključuje mogućnost međusobnog nasljeđivanja vanbračnih partnera, svakako predstavlja različit tretman koji treba ispitati.⁵³

Interesantno je da ni u jednom dijelu svoje odluke Sud nije naveo koji je to član koji izjednačava vanbračnu zajednicu sa bračnom. Iz dijela obrazloženja Odluke može se pretpostaviti da se Sud pozivao na odredbu člana 2. PZ FBiH.⁵⁴ Naime USBiH navodi da PZ FBiH regulira, između ostalog, pitanje porodice i porodičnih odnosa i izjednačava vanbračnu zajednicu koja je trajala preko tri godine sa bračnom u pravima i obvezama.⁵⁵

Član 2. PZ FBiH definiše porodicu kao životnu zajednicu roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu. Iz navedene odredbe može se zaključiti da bračni partneri nisu članovi porodice,⁵⁶ te se postavlja pitanje na koji način je Ustavni sud izveo zaključak da je PZ FBiH vanbračnu zajednicu u cijelosti izjednačio sa bračnom?

U PZ FBiH vanbračna zajednica je izjednačena sa bračnom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i u pogledu imovinskih odnosa vanbračnih partnera (sa izuzetkom). Vanbračni partner koji ispunjava uvjete iz čl. 3. i 224. PZ FBiH ima pravo na izdržavanje od drugog vanbračnog partnera nakon prestanka vanbračne

50 Član 248. st. 1. PZ RS.

51 Član 284. st. 1. PZ RS.

52 Paragraf 27. Odluke Ustavnog suda.

53 Paragraf 28. Odluke Ustavnog suda.

54 Član 2. PZ FBiH je citiran kao relevantni propis.

55 Paragraf 33. Odluke Ustavnog suda.

56 Traljić, N.; Bubić, S., op cit. str. 15.

zajednice. Opći uvjeti za izdržavanje vanbračnih partnera identični su uvjetima za izdržavanje bračnih partnera.⁵⁷

Što se tiče ostalih prava i obaveza PZ FBiH ne navodi da je brak izjednačen sa vanbračnom zajednicom, niti da su u ostalim pravima vanbračni partneri izjednačeni sa bračnim partnerima.

S druge strane, u PZ RS vanbračna zajednica izjednačena je sa bračnom zajednicom u pogledu imovinsko-pravnih odnosa i prava na međusobno izdržavanje. U pogledu određenja zajedničke imovine bračnih partnera i izdržavanja ne postoje razlike u odnosu na vanbračne partnere.

Na osnovu analize može se konstatovati da zakonodavci u FBiH i RS nisu izjednačili bračnu i vanbračnu zajednicu nego su priznali pojedina (određena) prava vanbračnim partnerima. S tim u vezi, mišljenja smo da je Općinski sud pravilno zaključio da su „vanbračnim partnerima priznata određena prava iz ove zajednice kao u bračnoj zajednici, kao što su prava međusobnog izdržavanja, u pogledu sticanja vanbračne stečevine“, ali da „nisu ipak izjednačeni u svim pravima, pogotovo u pogledu nasljeđivanja“.

3.2. Načelo monogamne vanbračne zajednice

Načelo monogamije, pored toga što zabranjuje postojanje dva braka, zabranjuje i istovremeno postojanje dvije vanbračne zajednice. PZ FBiH u članu 3. normira da je vanbračna zajednica, zajednica između muškarca i žene koji nisu u braku ili u vanbračnoj zajednici sa drugom osobom. Prema tome, ranije zasnovana vanbračna zajednica će proizvoditi pravna dejstva, a ostale neće proizvoditi porodično-pravna dejstva, već samo građansko-pravna.⁵⁸ Iako u PZ RS nije izričito propisano da vanbračni supružnici ne žive u nekoj drugoj vanbračnoj zajednici, analognom primjenom načela monogamije, neće se priznati pravna dejstva vanbračne zajednice ukoliko je jedan od vanbračnih supružnika već bio u nekoj drugoj vanbračnoj zajednici.

U oba porodična zakona problem može nastati u pogledu dokazivanja momenta nastanka vanbračne zajednice a sve iz razloga ne postojanja registra vanbračnih zajednica. Prihvatimo li zaključak USBiH o izjednačavanju bračne i vanbračne zajednice, opravdanim postavljamo pitanje da li postojanje vanbračne zajednice predstavlja bračnu smetnju ?

Primjenom načela monogamije jasno je da postojanje braka ne dozvoljava nastanak vanbračne zajednice. Ako je jedan vanbračni partner u braku, vanbračna zajednica ne može nastati, odnosno vremenski prioritet braka ne dozvoljava nastanak vanbračne zajednice. Ukoliko su brak i vanbračna zajednica izjednačene onda postojanje vanbračne zajednice trebalo bi da onemogućava zaključenje punovažnog braka. Međutim, postojanje vanbračne zajednice nije smetnja za nastanak braka. Ako je jedna osoba u vanbračnoj zajednici ona može zaključiti brak sa drugom osobom.

57 Ibid. str 146.

58 Panov, S., str. 146.

Što znači da zaključenje braka čini vanbračnu zajednicu pravno nepostojećom iako je ona ranije nastala i iako je nastala po zakonu.⁵⁹

Da li načelo monogamije vrijedi samo za brak ili vrijedi i za vanbračnu zajednicu? Ako jedna osoba ostvaruje potpunu zajednicu života sa drugom osobom suprotnog spola to onda isključuje mogućnost da može voditi još jednu zajednicu.⁶⁰ Uzmemo li u obzir odredbe porodičnih zakona da će se uvijek poništiti kasnije zaključeni brak⁶¹ može se dati potvrđan odgovor na prethodno pitanje. Ako je pravo bračnog partnera da njegov raniji brak pobijedi kasniji brak bigamiste, ako je pravo bračnog partnera da bude zaštićen od bigamnog bračnog partnera, onda to pravilo važi i za vanbračnog partnera, odnosno vanbračni partner treba biti zaštićen, ustanovom poništenja, ako njegov partner kasnije zaključi brak s nekom drugom osobom.⁶²

Apsolutno izjednačavanje bračne i vanbračne zajednice, bez omogućavanja registracije vanbračnih zajednica, dovodi do pravne nesigurnosti. Naime, pitanje nastanka braka i vanbračne zajednice ima direktan uticaj i na nastanak imovinskih odnosa između bračnih i vanbračnih partnera. Ako ne možemo znati trenutak nastanka zajednice života, bilo bračne ili vanbračne, onda ne možemo znati ni od kojeg trenutka partneri imaju prava i obaveze propisane porodičnim zakonom.

3.3. Razlike imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera.

Kao što smo u radu prethodno naveli, PZ RS je vanbračnim supružnicima priznao određena prava, odnosno izjednačio ih je sa bračnim partnerima u pogledu izdržavanja i imovinskih odnosa. U pogledu imovinskih odnosa vanbračni supružnici su u potpunosti izjednačeni sa bračnim supružnicima. Zajednička imovina vanbračnih supružnika određena je kao imovina koja je stečena radom lica u vanbračnoj zajednici koja je trajala duže vremena.⁶³ Prilikom diobe zajedničke imovine vanbračnih supružnika shodno se primjenjuju pravila o diobi zajedničke imovine bračnih supružnika.⁶⁴ U praksi se može postaviti pitanje na koji način se dokazuje trajnost vanbračne zajednice, tj. da je trajala duže vremena. Odnosno, da li se trajnost vanbračne zajednice dokazuje protekom određenog vremena ili izjavom vanbračnih supružnika i na koji način dokazati namjeru trajne zajednice života u slučaju smrti vanbračnog supružnika. Sadržinu pravnog standarda „duže vrijeme“ nemoguće je odrediti unaprijed, te on svoj puni izraz nalazi u sudskoj praksi u svakom konkretnom slučaju. Ukoliko su bračna i vanbračna zajednica izjednačene onda bi mogli reći da trajnost vanbračne zajednice ne igra nikakvu ulogu pri odlučivanju o imovinskim odnosima vanbračnih supružnika u RS. Bračni supružnici zajedničku imovinu stiču od trenutka sklapanja braka, pa bi analogno tome i vanbračni supružnici sticali zajedničku imovinu od trenutka zasnivanja zajednice života.

59 Ibid.

60 Komar; Korač; Ponjavić, *Porodično pravo*, Nomos DOO Beograd, Beograd, 1999, str. 128.

61 Član 35. PZ FBiH, Član 31. PZ RS.

62 Ibid.

63 Član 284. st. 1. PZ RS.

64 Član 284. st. 2. PZ RS.

U PZ FBiH imovinski odnosi vanbračnih partnera nisu u potpunosti izjednačeni sa imovinskim odnosima bračnih partnera. Imovina koju su vanbračni partneri stekli radom u vanbračnoj zajednici koja ispunjava uvjete iz člana 3. ovog Porodičnog zakona smatra se njihovom vanbračnom stečevinom.⁶⁵ Prema navedenoj normi vanbračna stečevina se stiče radom oba vanbračna partnera, bez postojanja izuzetaka o radu kao načinu sticanja vanbračne stečevine. Za razliku od vanbračne stečevine, bračna stečevina se u pravilu stiče radom te postoje i izuzeci od rada kao načina sticanja bračne tečevine i u nju ulaze: prihodi od bračne stečevine, dobici od igara na sreću, prihodi od intelektualnog vlasništva i pokloni trećih osoba.⁶⁶ Da bi nastala vanbračna stečevina nije dovoljno samo postojanje vanbračne zajednice. Neophodno je da vanbračna zajednica traje najmanje tri godine, ili kraće ukoliko je u njoj rođeno zajedničko dijete. Za bračnu stečevinu je dovoljno samo postojanje zajednice života, trajanje te zajednice nije relevantno.⁶⁷ Ukoliko vanbračnu zajednicu u potpunosti izjednačimo sa bračnom u svim pravima i obavezama, uključujući i imovinska, onda nepobitno postoje izuzeci od rada kao načina sticanja vanbračne stečevine. Odnosno, možemo reći da Odluka Ustavnog suda predstavlja osnov na koji bi se vanbračni partneri, u eventualnom postupku pred redovnim (i ustavnim) sudovima, mogli pozivati u slučaju dokazivanja da dobitak od igara na sreću ili prihod od intelektualnog vlasništva predstavlja vanbračnu stečevinu.

Ukoliko je vanbračna zajednica trajala manje od tri godine ne može nastati vanbračna stečevina, uz izuzetak da u njoj nije rođeno zajedničko dijete. Prema pozitivno-pravnim propisima, poštujući primjenu načela monogamije, ukoliko vanbračni partneri nakon dvije godine trajanja vanbračne zajednice zaključe brak sa drugom osobom ili između sebe, imovina koju su sticali tokom dvije godine raspraviti će se prema odredbama građanskog prava, odnosno na njih se neće primijeniti pravila porodičnog prava.

Drugačije tumačenje nalazimo u sudskoj praksi Republike Hrvatske. Može se reći da se radi o „presedan“ prema kojem trajanje zajednice života ne predstavlja uslov nastanka vanbračne zajednice i to u onim slučajevima kada vanbračni partneri zaključe brak. Naime, prema odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske (u daljem tekstu VSRH), iako je utvrđeno da je zajednica života započeta u septembru 2001. godine te da je brak sklopljen jedanaestog decembra 2003. godine, što znači da je zajednica života trajala dvije godine i jedan mjesec, utvrđeno je postojanje vanbračne stečevine. Obiteljskim zakonom nije bio predviđen izuzetak u podjeli bračne stečevine kada se vanbračna zajednica nastavlja bračnom.⁶⁸ VSRH je konstatovao: „S obzirom na kontinuitet zajednice stranaka, a osobito s obzirom na njeno povećanje kvalitete (u pogledu pravnog statusa), prema stajalištu ovog suda treba smatrati da se radi i o kontinuitetu imovine koja predstavlja stečevinu prvo

65 Član 263. st 1. PZ FBiH.

66 Vidi član 251. PZ FBiH.

67 Traljić, N.; Bubić, S., op cit. str. 147.

68 Obiteljski zakon Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 103/15. Član 11. stav 1. Obiteljskog zakona: „Odredbe ovoga Zakona o učincima izvanbračne zajednice primjenjuju se na životnu zajednicu neudane žene i neoženjenoga muškarca koja traje najmanje tri godine, a kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete ili ako je nastavljena sklapanjem braka“.

izvanbračnih, a potom bračnih drugova⁶⁹. Kao odlučujući kriterij koji je VSRH uzeo prilikom odlučivanja postojanja vanbračne stečevine nije bilo vrijeme trajanja zajednice života nego kontinuitet zajednice. Prema mišljenju VSRH, a sada i prema novom obiteljskom zakonodavstvu, pravnu zaštitu ne uživaju zajednice izvan braka koje traju, primjerice, dvije godine i jedanaest mjeseci, ali uživaju one koje traju dva mjeseca samo zbog činjenice sklapanja braka koji može trajati i svega mjesec dana.⁷⁰ Pravno je kontradiktorno pružiti pravnu zaštitu kratkotrajnim zajednicama samo zato što je došlo do sklapanja braka, neovisno o tome što vanbračna zajednica i brak zajedno traju i samo nekoliko mjeseci a uskratiti pravnu zaštitu vanbračnim zajednicama koje traju preko dvije godine ali nije došlo do sklapanja braka.⁷¹

3.4. Izdržavanje bračnog i vanbračnog partnera

Uslovi za izdržavanje vanbračnog partnera identični su uslovima koje treba ispuniti bračni partner. Oba porodična zakona su na identičan način izjednačili pravo vanbračnog partnera na izdržavanje. Odnosno oba zakona upućuju na odredbu kojom se uređuju uslovi za izdržavanje bračnog partnera.⁷² Ipak ne može se reći da su bračni i vanbračni partner u pogledu ostvarivanja prava na izdržavanje u jednakom položaju.

U literaturi se postavlja pitanje o ostvarivanju prava na izdržavanje vanbračnog partnera u onim zakonodavstvima u kojima vanbračni partner nije zakonski nasljednik.⁷³ Prema Zakonu o nasljeđivanju Republike Srpske (dalje u tekstu: ZoNRS) vanbračni partner ne ulazi u krug zakonskih nasljednika.⁷⁴ Sa aspekta nasljednog prava bračni partner se nalazi u prvom zakonskom redu nasljeđivanja, pa je pravično da je njegova obaveza izdržavanja srazmjerna njegovom pravu na zakonsko nasljeđe. Ako je pravičan princip da onaj ko ima prvenstvenu imovinsku korist ima i prvenstvenu imovinsku obavezu, onda nije pravično da vanbračni partner, koji nema nikakvu imovinsku korist (iz razloga što nije zakonski nasljednik) bude prvi na listi dužnika izdržavanja, i to prije lica koja kao krvni srodnici mogu da postanu zakonski nasljednici.⁷⁵ Ovdje se nalazi opravdanje Odluke USBiH u pogledu prava vanbračnog partnera da bude nasljednik prvog zakonskog nasljednog reda. Ipak ne treba zaboraviti na činjenicu da u PZ RS nije normirana dužina trajanja vanbračne zajednice, te bi se u svakom konkretnom slučaju morala utvrđivati volja za trajnom zajednicom života kao prethodnim pitanjem od kojeg bi zavisilo pravo na nasljeđivanje vanbračnog partnera.

69 Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rješenje broj: Rev 1364/10-2 od 21. novembra 2012. godine.

70 Lucić, N., *Dokazivanje izvanbračne zajednice – odgovori na neujednačeno zakonodavstvo i sudsku praksu*, Pravni vjesnik, god 31., broj 3-4, 2015, str. 105.

71 Ibid.

72 Član 248. PZ RS, Član 230 PZ FBiH.

73 Panov, S., str. 148.

74 Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske, (Službeni glasnik Republike Srpske br: 1/09). Vidi član 8. ZoNRS.

75 Panov, S., str. 148.

U PZ RS postoji još jedna razlika između braka i vanbračne zajednice kada govorimo o pravu na izdržavanje. Pravo na izdržavanje prestaje, i kod braka i kod vanbračne zajednice, sklapanjem novog braka ali ne i zasnivanjem vanbračne zajednice. Ukoliko su brak i vanbračna zajednica izjednačeni u svim pravima i obavezama onda bi i zasnivanje vanbračne zajednice trebalo predstavljati činjenicu koja dovodi do prestanka izdržavanja. Ponovo se postavlja pitanje na koji način bi se dokazivao trenutak nastanka vanbračne zajednice? Da li bi to bio trenutak početka zajedničkog života ili možda trenutak izjave volja o zajednici života ili trenutak prijave zajedničkog mjesta prebivališta?

U PZ FBiH vanbračni partner ima pravo na izdržavanja nakon prestanka vanbračne zajednice dok bračni partner ovo pravo ostvaruje i u toku i nakon razvoda braka.⁷⁶ Za razliku od PZ RS u PZ FBiH propisano je da pravo na izdržavanje prestaje ako izdržavani razvedeni bračni partner, ili bračni partner iz poništenog braka sklopi novi brak, ili zasnjuje vanbračnu zajednicu, ili postane nedostojan tog prava, ili ako više ne postoji neki od uvjeta iz člana 224. PZ FBiH.⁷⁷ I ovdje se može postaviti pitanje koji je to trenutak zasnivanja vanbračne zajednice?

3.5. Posljedice apsolutnog izjednačavanja vanbračne i bračne zajednice u ostvarivanju drugih prava

U odluci u predmetu AP 4207/13 Ustavni sud BiH navodi: „da bez uvažavanja opredjeljenja iz PZ FBiH o dosljednom izjednačavanju vanbračne zajednice koja traje preko tri godine sa bračnom zajednicom u svim pravima i obvezama, uključujući i imovinska, prekršena je zabrana diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi sa pravom na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju“. Nadalje se navodi da apelant ne može snositi štetne posljedice toga što relevantni zakoni nisu ranije harmonizirani kako bi se provelo dosljedno opredjeljenje zakonodavca da otkloni diskriminaciju u tretmanu izvanbračnih i bračnih partnera i u nasljednim odnosima.⁷⁸ Ovakav stav Suda jasno sugerira da su svi zakoni koji ne omogućavaju vanbračnim partnerima ona prava koja imaju i bračni partneri u suprotnosti sa Ustavom BiH i Evropskom konvencijom. Primjena navedene Odluke na porodično-pravne odnose značilo bi da vanbračni partneri mogu ostvarivati sva prava kao i bračni partneri.

S tim u vezi, nameće se i pitanje: „Da li vanbračni partneri imaju mogućnost izbora prezimena iz člana 31. PZ FBiH i člana 43. PZ RS“? Nadalje, samo po sebi se postavlja i pitanje na koji način će se u dokazivati postojanje vanbračne zajednice i da li bi se primjena prava na promjenu prezimena mogla zloupotrijebiti u praksi? Obiteljski zakon RH navodi da primjena pravila o izboru prezimena ne predstavlja nepovoljno postupanje prema izvanbračnim drugovima.⁷⁹

⁷⁶ Traljić, N.; Bubić, S., str. 146.

⁷⁷ Član 229. PZ FBiH.

⁷⁸ Para 34. Odluke Ustavnog suda BiH.

⁷⁹ Član 11. st 4. OZRH.

Mogu li vanbračni partneri usvojiti dijete odmah nakon što ispune uslov iz člana 3. PZ FBiH ili nakon dužeg trajanja zajednice života ? Tumačenjem stava Ustavnog suda BiH u predmetu AP 4207/13, navedena odluka trebala bi da predstavlja relevantan pravni osnov na koji se mogu pozivati vanbračni partneri u Republici Srpskoj prilikom usvajanja djeteta, obzirom da prema odredbama PZ RS-a ovo pravo nije propisano.⁸⁰ Naravno, da bi ostvarili pravo na usvojenje djeteta, vanbračni partneri bi morali pokrenuti upravni postupak i pozvati se na navedenu Odluku Ustavnog suda BiH.

Da li se na očinstvo ili materinstvo djeteta rođenog u vanbračnoj zajednici može primijeniti pravna pretpostavka o ocu djeteta? U sva tri porodična zakona ocem djeteta rođenog u braku ili periodu do 300 dana od prestanka braka smatra se muž majke djeteta.⁸¹ Ukoliko su bračna i vanbračna zajednica izjednačene onda bi se navedena pravna pretpostavka trebala primijeniti i na vanbračnog oca. Kako vanbračna zajednica može proizvoditi pravna dejstva i prije isteka roka od tri godine, pod uslovom da je u njoj rođeno zajedničko dijete, a što se u konkretnom primjeru dešava, dokazivanje postojanja ili nepostojanja vanbračne zajednice moralo bi prethoditi upisu oca djeteta. Jasno je da pravna pretpostavka o ocu djeteta nije primjenjiva na vanbračne zajednice, naročito u onim slučajevima kada ne postoji registar vanbračnih zajednica.

Međutim, postoji li mogućnost primjene pravne pretpostavke o ocu djeteta i na vanbračnu zajednicu? Dvije osobe različitog spola, sklapanjem braka ili zasnivanjem vanbračne zajednice, prihvaćaju da se pridržavaju svih obveza koje zakon propisuje na brak ili vanbračnu zajednicu. Jedna od tih obveza, u onim državama koje normiraju registraciju vanbračne zajednice, jeste da bračni partneri ravnopravno odlučuju o rađanju i podizanju djece. Porodični život u braku i vanbračnoj zajednici zaslužuje zaštitu, odnosno integritet i mir unutar porodice čine interes koji zaslužuje zaštitu. Primjena pravne pretpostavke o očinstvu je i u skladu sa najboljim interesom djeteta, odnosno da dijete od svog rođenja ima upisanog i oca i majku. Iako u porodičnim zakonima postoji mogućnost priznanja vanbračnog očinstva prije rođenja djeteta⁸², primjena pravne pretpostavke o ocu djeteta riješila bi sve one slučajeve u kojima do priznanja nije došlo. Ovo opravdava primjenu pravne pretpostavke na upis očinstva i materinstva.⁸³

80 Vidi članove 153. i 158. PZ RS.

81 Član 54. st. 1. PZ FBiH., Član 109. st. 2. PZ RS, Član 50. st. 1. PZ BD.

82 Član 61. st. 1. PZ FBiH, Član 115. st. 1. PZ RS, Član 56. st. 1. PZ BD.

83 *Child and Parents in The 21st Century Report of The Government Committee on The Reassessment of Parenthood*, str. 33. Preuzeto sa web stranice: <file:///C:/Users/DEPOCEI/Downloads/Child+and+parents+in+the+21st+century+ENG.PDF>

Zaključak

Nakon provedene analize mišljenja smo da na pitanja, poput:

- da li je opravdan koncept izjednačavanja vanbračne zajednice, kao posebnog odnosa sa svim njenim specifičnostima, sa pravnim dejstvima braka?
- da li se može govoriti o diskriminaciji u onim slučajevima kada osobe imaju pravo izbora između braka i vanbračne zajednice?
- odnosno, postoji li povreda u smislu kršenja zabrane diskriminacije u situacijama kada vanbračni partneri, svojom slobodnom voljom, odlučuju da neće sklopiti brak, te na taj način svjesno prihvataju da gube određene benefite koje imaju bračni partneri?,

kao i na brojna druga koja ne spadaju u domen porodično-pravnih odnosa, odgovore će morati ponuditi sudska praksa.

Smatramo da je Općinski sud u Živinicama zauzeo pravilan stav kada je naveo da se „pravilnim tumačenjem člana 3. PZ FBiH nikako ne može izvesti zaključak da je ova zajednica u svemu izjednačena sa bračnom zajednicom“, već samo „u pogledu određenih prava“. Općinski sud je naveo da to konkretno znači da su „vanbračnim partnerima priznata određena prava iz ove zajednice kao u bračnoj zajednici, kao što su prava međusobnog izdržavanja, u pogledu sticanja vanbračne stečevine“, ali da „nisu ipak izjednačeni u svim pravima, pogotovo u pogledu nasljeđivanja“.

Nadalje, mišljenja smo da odluka USBiH *nije formalno obavezujuća*, odnosno da *ne stvara implicitno (direktno) obavezu* za entitetske zakonodavne organe vlasti i zakonodavni organ Brčko Distrikta. No, u svakom slučaju odluka u predmetu AP 4207/13 ima *prejudicirajuće dejstvo*, odnosno predstavlja svojevrstan izvor prava, te kao takva predstavlja relevantan pravni osnov za eventualno pokretanje novih postupaka pred redovnim (i ustavnim) sudovima u Bosni i Hercegovini.

Dr. sc. Boris Krešić, Associate Professor
Faculty of Law, University of Tuzla
Dr. sc. Dženeta Omerdić, Associate Professor
Faculty of Law, University of Tuzla

EQUALIZATION OF RIGHTS OF COMMON-LAW AND MARITAL PARTNERS – ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Having conducted the analysis, we believe that the questions such as:

- Is equalizing common-law marriage, as a particular relationship with all its specific features, a justifiable concept?
- Is there discrimination in the cases when persons have the right to choose between marriage and common-law marriage?
- Is there a breach of the law in terms of violating prohibition of discrimination in the situations when common-law partners willingly decide not to contract a marriage, thus consciously accepting the loss of certain benefits given to marital partners?,

along with many other questions outside the framework of the family law must be answered by court practice.

We believe that the Municipal Court took a proper position when stating that “by the correct interpretation of Article 3 of the Family Law of Bosnia and Herzegovina Federation, it is certainly not possible to conclude that common-law marriage is entirely equal to marriage”, but rather “in terms of certain rights” only. The Municipal Court stated that this specifically means that “common-law partners are granted certain rights as are married partners, such as the right to mutual support, in terms of the acquisition of non-marital property” but that “common-law partners are not equal in all the rights, especially regarding inheritance.”

Furthermore, we believe that the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina is *not formally binding* and that *it does not directly imply the obligation* for the entity legislative authorities and the legislative authority of Brčko District. However, the decision in the case AP 4207/13 has a prejudicial effect i.e. a source of right and as such it is a relevant legal basis for potential initiation of legal proceedings before courts (including the Constitutional Court) in Bosnia and Herzegovina.

Key words: marriage, common-law marriage, prohibition of discrimination, The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

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

OBITELJSKOPRAVNI ODNOS KAO TEMELJ ZA NASLJEĐIVANJE – STANJE I TENDENCIJE

U suvremenim pravnim sustavima obiteljskopravni odnos općenito može nastati između osoba povezanih nekim oblikom životne zajednice ili pravno priznatim srodstvom. Obiteljskopravni odnos ima pravne učinke osobnopravne i imovinskopravne prirode.

U radu se prikazuje društvena pozadina, evolucija i dinamika povezanosti obiteljskopavnog odnosa i prava na nasljeđivanje. Iznose se specifičnosti nasljednog statusa i prava pojedinih subjekata obiteljskopavnog odnosa u sklopu suvremenih društvenih i pravnih tendencija, te analiziraju i kritički vrednuju važeće zakonske norme, posebice Zakona o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: obiteljskopravni odnos, životna zajednica, srodstvo, pravo nasljeđivanja, tendencije u nasljednom pravu.

1. Uvod

Društveno-ekonomska pojava nasljeđivanja nastala je na određenom stupnju razvitka ljudskog društva, kada se uvidjela praktična potreba korištenja predmeta koji su pripadali pokojniku. S vremenom je nasljeđivanje postalo pravni institut, kao egzistencijalni izraz srodničkih i obiteljskih odnosa, i kao drugi oblik povezanosti koji se za života ostavitelja ogledao u međusobnim obvezama uzdržavanja s bliskim osobama.

Prijenos imovine između nekih osoba može biti posljedica raznih okolnosti, odnosa i pretpostavki od kojih je jedan i srodstvo, krvno i adoptivno. Temeljem srodstva taj prijelaz može biti u slučaju smrti – nasljeđivanjem, ili za života samih srodnika – uzdržavanjem, odnosno različitim oblicima uzdržavanja.¹

Nasljeđivanje je prijelaz ostavine, stvari i prava umrloga na njegove nasljednike. Ostavina je imovina koja je predmet nasljeđivanja, tj. skup imovinskih prava umrloga i ona neimovinska prava koja prelaze na nasljednike (autorska i moralna

¹ Autori u teorijsko - povijesnim pristupima navode dva različita načina nasljeđivanja dobara: 1. afrički, gdje je nasljeđivanje vezano za spol – muškarci nasljeđuju muškarce a žene nasljeđuju žene; 2. eu-roazijski – u kojem žene nasljeđuju muškarce i obratno, što dovodi do podjele „... imanja izvan skupine s jednolinijskim računanjem podrijetla“. Usp. Segalen, M., *Srodstveni odnosi u zapadnim (zapadnoeuropskim) društvima : povijesne i suvremene perspektive*, Etnološka tribina, Zagreb, 20 (1997), str. 34.

prava).² Nasljeđivanjem se ne može stupiti u sve pravne odnose umrloga, pa predmet nasljeđivanja nisu osobna prava i imovinska prava koja su isključivo osobne naravi, vezani uz osobu umrloga, a koja se gase njegovom smrću (npr. osobne služnosti, punomoć, pravo prvokupa). Ostavitelj je fizička osoba čijom se smrću, odnosno proglašenjem za umrloga, otvara njezino nasljedstvo. Ako umrla osoba nije ostavila imovine, nema ostavine pa ni ostavitelja. Naslijeđene obveze su obveze koje je nasljednik naslijedio jer su pripadale ostavitelju, a nisu prestale njegovom smrću. Obveze ostavitelja ulaze u ostavinu ako nisu strogo osobne naravi, jer u tom slučaju prestaju smrću ostavitelja.

Sukladno načelu nasljeđivanja zbog smrti (*mortis causa*), nitko ne može postati nasljednikom prije nego što ostavitelj umre. Zato nitko, bez obzira koliko mu je nasljedna nada osnovana,³ nije ovlašten za života ostaviteljeva išta zahtijevati kao njegov budući nasljednik, niti je ovlašten za ostaviteljeva života pobijati njegova raspolaganja učinjena na štetu one koristi kojoj se eventualni budući nasljednik nada. Drukčija situacija je bila u vremenima kada su prava i obveze pripadale obitelji, a ne pojedinim članovima. Tada su neki članovi obitelji bili samo upravitelji i nominalni nositelji prava i obveza, a ostali članovi obitelji su za života upravitelja obiteljskih dobara imali neko pravo, jer su se već za života smatrali njegovim nasljednikom. Suvremeni pravni poređci utemeljeni su na individualizmu, pojedinac je pravni subjekt koji može samostalno raspolagati svojom imovinom, neovisno ugrožava li time položaj svojih potencijalnih nasljednika.

Obiteljskopravne odnose možemo promatrati kao osobnopravne i imovinskopravne prirode. Prestankom ljudskog života dolazi do promjene trajanja i prirode odnosa koji su do tada postojali. Svi odnosi osobne prirode, dakle, odnosi koji ne proizvode neki imovinskopravni učinak (posljedicu), prestaju postojati trenutkom smrti čovjeka.⁴ Imovinskopravni odnosi u pravilu ne prestaju gubitkom pravnog subjektiviteta neke fizičke osobe, jer na mjesto dotadašnjeg pravnog subjekta, u imovinskopravne odnose mogu stupiti druge osobe.

U svim društvima kroz povijest postojalo je nasljeđivanje kao društveni odnos, koji je bio uređen različitim normama, a danas je nasljeđivanje pravni institut. Temeljni uvjeti za nastupanje nasljeđivanja su smrt ostavitelja, postojanje nasljednika i osnov pozivanja nasljednika na nasljeđe.⁵

Osnove za nasljeđe su pravni temelji kojima netko nasljeđuje neku osobu. To su zakon i oporuka, a negdje i ugovor o nasljeđivanju.

Određene kategorije osoba u obiteljskopравnim odnosima, pored toga što su zakonski nasljednici, mogu biti i nužni nasljednici. Time se dodatno naglašava njihova bliskost i na odgovarajući način vrjednuju u sklopu nasljednih prava. Te osobe su ponajprije najbližiji krvni srodnici u ravnoj (predci i potomci) i pobočnoj

2 Vidaković Mukić, M., *Opći pravni rječnik*, Narodne novine d. d., Zagreb, 2006., str. 598.

3 *Pravni leksikon* (gl. ur. Pezo, V.), Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 789. Nasljednu nadu možemo definirati kao očekivanja određenih osoba da će naslijediti ostavitelja nakon njegove smrti.

4 Đorđević, Ž. S.; Bakić, V. S., *Osnovi imovinskog i porodičnog prava* - drugo dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1959., str. 85.

5 *Ibid*, str. 89. Svakako ovim uvjetima treba pridodati i postojanje ostavine.

liniji (braća i sestre), adoptivni srodnici ali i (izvan)bračni partner ostavitelja. Od svih njih samo su (izravni) potomci ostavitelja, posvojenici te bračni partner bezuvjetni, *ex lege* nužni nasljednici. Ostale osobe imat će status nužnih nasljednika samo ako ispunjavaju i druge propisane uvjete: da imaju trajnu nesposobnost za rad i nedostatak nužnih sredstava za život.⁶

U nastavku rada ćemo ukratko prikazati koje obiteljskopravne veze imaju primat pri nasljeđivanju i na koji način se zakonodavčeva i ostaviteljeva volja uvažavaju i isprepleću u određivanju titulara nasljeđivanja.

2. Nasljedna prava krvnih i adoptivnih srodnika

Smrću neke fizičke osobe i prestankom njezina pravnog subjektiviteta nastaje nova pravna situacija u sklopu uže i/ili šire zajednice u kojoj je pokojnik egzistirao. Nasljeđivanjem ostaviteljevi nasljednici stupaju u većinu pravnih odnosa u kojima se u trenutku smrti nalazio ostavitelj. Među osobama koje stupaju u pravne odnose ostavitelja značajnu ulogu imaju srodnici, čime se očituje povezanost i solidarnost određenog kruga osoba. Vrstu i krug srodnika koji mogu nasljeđivati ostavitelja određuje pravni sustav, i on je na izvjestan način odraz međusobne povezanosti i bliskosti odnosno uspostavljenе hijerarhije odnosa za vrijeme života ostavitelja.⁷

Sustavima klasiranja srodnika obavlja se razvrstavanje svih srodnika temeljem određenih kriterija. Postoje dvije skupine tih sustava: 1. sustavi temeljeni na biološkim mjerilima srodstva; i 2. sustavi temeljeni na društvenim mjerilima srodstva.

U skupini sustava temeljenim na društvenim mjerilima srodstva je i parentelarni sustav,⁸ koji je svojevrsna sinteza, kombinacija društvenih i bioloških mjerila srodstva.

Nasljednopravni sustav u Bosni i Hercegovini (dalje u tekstu: BiH), kao i većina suvremenih, prihvaća sljedeće temeljno načelo nasljeđivanja: osobe pozvane na nasljeđivanje su ponajprije one koje su s ostaviteljem bile povezane najbližim socijalnim vezama⁹ pa je parentelarni sustav razvrstavanja srodnika temelj pravnog uređenja nasljeđivanja. Svi srodnici ostavitelja svrstavaju se u određene nasljedne

6 Usp. Radić, D., *Imovinski odnosi u braku*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2016., str. 439.

7 On je odraz stajališta pravnog sustava o vrjednovanju pojedinih odnosa koji su postojali za života ostavitelja, ali i o njihovoj važnosti nakon njegove smrti, ponajprije u kontekstu refleksije tih odnosa na širu zajednicu. Zato se u ovoj sinergiji obiteljskih odnosa i mogućih titulara nasljeđivanja mogu prepoznati tendencije i dosegnuta socijalno-humana razina nekog društva i pravnog sustava.

8 Skupina srodnika koji potječu od istog pretka zove se parentela (lat. *parentes* - roditelji). Taj sustav prvi je uveo Austrijski opći građanski zakonik (dalje u tekstu: OGZ) i srodnike razvrstavao u šest parentela (loza), primjerice „Na prvu lozu spadaju oni, koji izlaze od pokojnika, kao stabla svojega, to jest njegova djeca i njihovi potomci. Na drugu lozu spadaju otac i mati pokojnika, zajedno s onima, koji ishode od oca i od matere, to jest: njegova braća i sestre i njihovi potomci“. OGZ, § 731., Izvor: *Opći austrijski građanski zakonik, proglašen patentom od 29. studena 1852. u kraljevinama Hrvatskoj i Slavoniji s naknadnim zakonima i naredbama* (ur. Posilović, S. u prijevodu Speveca, F. J. iz 1899), IV. popravljeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, str. 278.

9 Smatra se da je prirodna želja ostavitelja da mu najbliži srodnici budu nasljednici, jer se među srođnicima redovito formira životna zajednica u kojoj se njeguju uvažavanje i poštovanje, pomaganje i uzdržavanje, te očituju mnogi oblici bliskosti.

redove¹⁰ prema pravilu grupiranja srodnika u bliže ili dalje nasljedne redove, pri čemu bliži nasljedni redovi isključuju dalje. Mogući korektiv takvog pravila je sama volja ostavitelja, jer objektivna srodnička i obiteljska bliskost ne mora uvijek značiti i stvarnu životnu i socijalnu bliskost.

Zakon o nasljeđivanju u entitetu Federaciji BiH¹¹ (dalje u tekstu: ZN FBiH) još više je osnažio krvne srodnike u nasljednim pravima, tako što je proširio krug zakonskih nasljednika.¹² Naime, pored svih potomaka ostavitelja, njegovih posvojenika i njihovih potomaka i bračnog partnera (prvi zakonski nasljedni red); roditelja ostavitelja, njegove braće i sestara i njihovih potomaka (drugi nasljedni red); propisano je da u trećem nasljednom redu pored djedova i baka mogu nasljeđivati svi njihovi potomci¹³. Po prethodno važećem zakonu mogla su nasljeđivati samo (ostala) djeca bake i djedova, tj. stričevi, tetke i ujaci ostavitelja. Broj nasljednih redova sada nije ograničen, te je teorijski moguće da nasljeđuju i osobe četvrtog nasljednog reda (prabake i pradjedovi ostavitelja) ili čak i dalji predci u daljem nasljednom redu, sve uz načelne uvjete da nema nasljednika u bližim nasljednim redovima.

Posebno je važno istaknuti iznimku od pravila da nasljednik treba biti živ, odnosno rođen¹⁴ - u slučaju začetog a još nerođenog djeteta. Pravnom fikcijom se pretpostavlja da je dijete rođeno,¹⁵ a tek nakon rođenja djeteta se realiziraju njegova nasljedna prava. Time veza krvnog srodstva dobiva trajnu potvrdu od samog početka života, tj. djetetovog začeca.¹⁶ Vrijednovanje i zaštita (korektnih i skladnih) srodničkih odnosa u sklopu nasljednih prava očituju se i kroz institute nedostojnosti nasljeđivanja – za nasljednike koji nasljeđuju na temelju zakona, oporuke, ugovora o nasljeđivanju, kao i isključenja nužnih nasljednika.¹⁷ U suvremenim zakonodavstvima ograničavanje ili gubljenje nasljednih prava uglavnom je posljedica određenog nedoličnog ponašanja srodnika - nasljednika prema ostavitelju i njegovim srodnicima ili ako je radnjama ostavitelja bio narušen javni interes odnosno javni poredak.

10 Nasljedni redovi sastavljeni su od krvnih i adoptivnih srodnika te bračnog i izvanbračnog ostaviteljevog partnera.

11 Zakon je objavljen u Službenim novinama FBiH, br. 80/2014.

12 Čl. 8. ZN FBiH glasi: „(1) Ako ovim zakonom nije drukčije određeno, na temelju zakona umrlog nasljeđuju: svi njegovi potomci, njegovi posvojenici i njihovi potomci, njegov bračni partner, njegovi roditelji, njegovi posvojitelji, njegova braća i sestre i njihovi potomci, njegovi djedovi i bake i njihovi potomci, njegovi ostali predci.

(2) Osobe iz stavka 1. ovoga članka nasljeđuju po nasljednim redovima.

(3) Nasljednici bližeg nasljednog reda isključuju iz nasljedstva osobe daljnjeg nasljednog reda.“

13 U švedskom pravu, ostavitelja djeca koja nisu djeca i nadživjelog bračnog partnera, imaju pravo dobiti svoj nužni dio nakon ostaviteljeve smrti. https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-se-hr.do?member=1 ; 22. 2. 2018.

14 Čl. 157. st. 1. ZN FBiH glasi: „Nasljednik može biti samo osoba koja je živa u trenutku otvaranja nasljeđa.“

15 „Dijete već začeto u trenutku otvaranja nasljedstva smatra se kao rođeno ako se rodi živo.“ (Čl. 157. st. 2. ZN FBiH).

16 O nepostojanju apsolutne zaštite prava na život ljudskog zametka u suvremenim zakonodavstvima i pravnoj praksi v. podrobnije u: Čolaković, M., *Pravo na tjelesni integritet: privatnopravni aspekt*, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2015., str. 12 -16.

17 Primjerice, OGZ je (u § 540.) uređivao da je nedostojan prava nasljeđivanja onaj tko ostavitelja, njegovu djecu roditelje ili druge uvrijedi.

Ostavitelj može isključiti iz nasljedstva nasljednika koji ima pravo na nužni dio: ako se on teže ogriješio prema ostavitelju povredom neke zakonske ili moralne obveze koja proizilazi iz njegova obiteljskog odnosa s ostaviteljem; ako je namjerno počinio neko teže kazneno djelo prema njemu ili njegovu bračnom partneru, djetetu ili roditelju; ako je počinio neko od kaznenih djela protiv integriteta BiH ili čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom; te ako se odao neradu ili nepoštenu životu.¹⁸ Ostavitelj koji želi isključiti nasljednika mora to navesti u oporuci ili u ugovoru o nasljeđivanju kao i razlog isključenja.¹⁹

Nedostojnost za nasljeđivanje (na temelju zakona, oporuke i ugovora o nasljeđivanju) je posljedica nekih čina i odnosa nasljednika prema ostavitelju, primjerice pokušaj lišenja života ostavitelja, prijetnja ili prijevaran odnos.²⁰ Ovakvo ponašanje nasljednika ima samo osobnopravne učinke, tako da ono ne onemogućava njegove potomke, pa oni nasljeđuju kao da je on umro prije ostavitelja. Nasljednikova volja uvažava se kod odricanja od nasljeđa, a izjavljeno odricanje važi i za potomke, osim ako davatelj izjave nije izričito izjavio da se odriče samo u svoje ime. Zanimljivo je spomenuti da za ovo odricanje i u slučaju maloljetnosti potomaka nije potrebno odobrenje skrbničkoga tijela.²¹

Donekle sličan oblik društvenog kažnjavanja zbog vlastitog ponašanja ili stanja poznao je tijekom 19. stoljeća francuski *Code civile*, uređujući poseban institut tzv. civilne (građanske) smrti, na temelju koje bi neka osoba, u slučaju osude na tešku kaznu, zarobljeništva, deportacije, pristupanja nekim crkvenim redovima, zbog oboljelosti od lepre i sl., za života gubila građanska prava. Fizička egzistencija takvih osoba ipak bi sprječavala potpuni gubitak pravne sposobnosti, ali ako su bili u bračnom statusu prestajao bi brak, dok bi već za života takve osobe dolazilo

18 V. čl. 45. st. 1. ZN FBiH.

19 Čl. 46. st. 1. ZN FBiH.

20 Čl. 158. ZN FBiH glasi: „Nedostojan je naslijediti, kako na temelju zakona tako i na temelju oporuke i ugovora o nasljeđivanju, kao i dobiti bilo što na temelju oporuke ili ugovora o nasljeđivanju:

1) tko je s namjerom lišio ili pokušao lišiti života ostavitelja,

2) tko je prinudom ili prijetnjom natjerao ili prijevarom naveo ostavitelja da sačini ili opozove oporuku, odnosno ugovor o nasljeđivanju, ili neku odredbu oporuke, odnosno ugovora o nasljeđivanju, ili ga je spriječio da to učini,

3) tko je uništio ili sakrio ostaviteljevu oporuku ili ugovor o nasljeđivanju u namjeri da spriječi ostvarenje posljednje ostaviteljeve volje, kao i onaj tko je falsificirao oporuku ili ostaviteljev ugovor o nasljeđivanju,

4) tko se teže ogriješio o obvezu uzdržavanja prema ostavitelju prema kome je imao zakonsku obvezu uzdržavanja, kao i onaj tko nije htio pružiti ostavitelju nužnu potporu, koju mu je mogao pružiti bez opasnosti po vlastiti život, ili ga je ostavio bez potpore u prilikama opasnim po život ili zdravlje,

5) tko je kaznenim djelom s namjerom doveo ostavitelja u stanje stalne nesposobnosti za sačinjavanje oporuke

ili ugovora o nasljeđivanju, ili je kaznenim djelom s namjerom stekao povoljniji nasljednopravni položaj.“

21 Čl. 163. st. 2. i 3. ZN FBiH. Prema odredbama st. 5. tog članka, kad se nasljeđa odreknu svi nasljednici koji u trenutku smrti ostavitelja pripadaju najbližem nasljednom redu, na nasljedstvo se pozivaju nasljednici sljedećeg nasljednog reda, a u slučaju kad se nasljedstva odreknu ostali nasljednici prvoga nasljednog reda, bračni partner ostaje u prvom nasljednom redu.

do ostavinskog postupka, a ako je bila ranije sačinjena oporuka, proglašavana je ništavom.²²

Nasljednopravni položaj (izvanbračnih) krvnih srodnika, posebice djece, tijekom povijesti²³ postupno se poboljšavao.²⁴

Savezni Zakon o nasljeđivanju²⁵ iz 1955. nije uređivao potpunu jednakost bračne i izvanbračne djece. Preduvjet nasljeđivanja izvanbračnog djeteta je da je krvna veza s roditeljima izvjesna i sigurna,²⁶ bilo prirodno ili formalnopravno.²⁷ Danas je načelo ravnopravnosti bračne i izvanbračne djece jedno od temeljnih načela nasljednog prava.²⁸ Na ovim prostorima to je prvi put izričito uređeno odredbama saveznog ustava bivše SFRJ,²⁹ te republičkih i pokrajinskih ustava iz 1974. godine. Odredbama Zakona o nasljeđivanju SRBiH izvanbračno krvno srodstvo je glede zakonskog nasljeđivanja bilo izjednačeno s bračnim krvnim srodstvom (čl. 5. st. 1. tog zakona).³⁰

22 Odredbe o civilnoj smrti u Francuskoj ukinute su 1854. godine. Podrobnije v. kod: Hlača N., *La mort civile – Civilna smrt*, Zbornik radova Znanstvenog skupa „200-ta obljetnica Code civil-a (1804-2004)“, Rijeka, 2004, str. 107-116.

23 O zakonskom nasljeđivanju izvanbračnog djeteta i njegovih descendenata prema roditeljima i njihovim srodnicima i obratno, v. kod: Kurdulija, M., *Nasledno pravo vanbračnih srodnika*, „Savremena administracija“, Beograd, 1973.

24 Zanimljivo je navesti da su u srednjovjekovnoj Bosni izvanbračna djeca isključivana iz nasljednog prava i vladarskim poveljama, primjerice Sandaljevom. Izvor: Spajić, V., *Nasljedno pravo u srednjovjekovnoj Bosni*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, I/1953, str. 111 i 112. Prema srednjovjekovnim statutima dalmatinskih gradova nezakonita (izvanbračna) djeca nisu mogla nasljeđivati svoje roditelje, a mogla su primati neke oporučne legate. Od toga su postojale i iznimke, ako primjerice netko nije imao žive zakonite djece a rodbina prihvati nezakonito dijete za člana roda – Nikolić, Z., *Rođaci i bližnji: Dalmatinsko gradsko plemstvo u ranom srednjem vijeku*, Matica hrvatska, Zagreb, str. 54 i 55.

25 Zakon o nasljeđivanju, Službeni list FNRJ, br. 9/1955 i Službeni list SFRJ, br. 42/1965. – dalje u tekstu: ZN SFRJ.

26 Ta krvna veza između majke i djeteta je uglavnom prirodna i izvjesna, pa izvanbračno dijete sigurno nasljeđuje majku i majčine srodnike.

27 Stoga izvanbračno dijete svoga oca može naslijediti samo ako je očinstvo priznato ili utvrđeno, odnosno ako se izvanbračni otac nakon utvrđivanja očinstva sudskim putem prema djetetu ponašao kao otac. Ako je očinstvo utvrđeno sudskom presudom poricano od oca, dijete je imalo zakonsko nasljedno pravo prema ocu ali ne i prema očevim srodnicima. Usp. čl. 23. tog zakona i Marković, S., *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Beograd, 1978, str. 90 i 91.

28 O različitim aspektima nasljednih prava naknadno priznatog izvanbračnog djeteta v. slučaj iz prakse Europskog suda za ljudska prava *Marckx v. Belgium*. Izvor: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/15E0E23D-8D4A-4B53-B483-9B443AB99AA3/0/Listechrono.pdf>; II. 2016.

29 Čl. 190. st. 4. Ustava SFRJ iz 1974. je glasilo: „Djeca rođena van braka imaju ista prava i dužnosti kao i djeca rođena u braku.“

30 Čl. 5. st. 1. tog zakona glasi: „Vanbračno srodstvo izjednačuje se u pogledu nasljeđivanja sa bračnim, a srodstvo potpunog usvojenja sa srodstvom po krvi.“

ZN FBiH također (kao i ostala dva zakona o nasljeđivanju u BiH),³¹ u pogledu nasljednih prava izjednačava djecu rođenu izvan braka s bračnom djecom.³²

Prema odredbama ZN FBiH zakonski nasljednici ostavitelja su ovi njegovi srodnici: potomci; posvojenici i njihovi potomci; roditelji; posvojitelji; braća i sestre i njihovi potomci; djedovi i bake i njihovi potomci; i ostali predci. Pored toga, temeljem zakona umrlog nasljeđuju bračni i izvanbračni partner. Ove osobe, ovisno o bliskosti s ostaviteljem, razvrstani su u nasljedne redove, tako da nasljednici bližeg nasljednog reda isključuju od nasljeđivanja osobe daljeg nasljednog reda.³³

Adoptivno srodstvo iz potpunog posvojenja izjednačeno je s krvnim srodstvom.³⁴ Time je nasljednopravni položaj posvojenika i njegovih potomaka, odnosno posvojitelja i njegovih srodnika isti kao i kod roditeljskog odnosa iz krvnog srodstva,³⁵ pa se na te adoptivne srodnike primjenjuju nasljedna pravila koja vrijede za krvne srodnike određenog stupnja srodstva. Posvojenik i njegovi potomci – njegovi posvojenici i njihovi potomci, nasljeđuju posvojitelja i njegove srodnike kao što biološka djeca i njihovi srodnici nasljeđuju roditelje i njihove srodnike; a posvojitelji sa srođnicima nasljeđuju posvojenika i njegove potomke kao što roditelji sa srođnicima nasljeđuju svoju djecu i njihove potomke. Ovim oblikom posvojenja prestaju međusobna prava i dužnosti posvojenika i njegovih krvnih srodnika, osim ako su posvojitelji maćeha ili očuh. Pored toga, prestaju i međusobna nasljedna prava između posvojenika i njegovih potomaka s posvojenikovim krvnim srođnicima, kao i prava i dužnosti iz roditeljskog odnosa, prava i obveze uzdržavanja i dr.³⁶

Različiti su nasljednopravni učinci nepotpunog posvojenja između posvojitelja na jednoj strani i posvojenika i njegovih potomaka na drugoj strani, a kojim nastaju prava i dužnosti jednaka onima između roditelja i djece. Tim učincima

31 Čl. 4. st. 1. Zakona glasi: „Izvanbračno srodstvo izjednačuje se u pogledu nasljeđivanja s bračnim, a srodstvo potpunog posvojenja sa srodstvom po krvi.“ S obzirom da je pojam „izvanbračno srodstvo“ dosta nejasan, ovdje izričemo primjedbu terminološke prirode smatrajući boljim izrazima: „Djeca rođena izvan braka i njihovi potomci“ ili „krvni srodnici rođeni izvan braka“. Inače, iste odredbe i terminologiju imaju i druga dva zakona u BiH – Zakon o nasljeđivanju (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 1/2009, 55/2009 i 91/2016; dalje u tekstu: ZN RS) i Zakon o nasljeđivanju Brčko distrikta BiH (Sl. glasnik Brčko distrikta BiH, br. 36/2017; dalje u tekstu: ZN BD).

32 Primjerice i u njemačkom pravu izvanbračna djeca zakonski su nasljednici svojih majki i očeva i njihove rodbine. https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-de-hr.do ; 6. 3. 2018.

33 Spolna ravnopravnost pri nasljeđivanju novijeg je datuma. Kod plemenskih Albanaca nasljeđivali su samo muškarci, a imovinu „...pustog ognjišta preuzimaju odijeljeni stričevi i braća od stričeva ili rodaci makar „stotog stupnja srodstva“ po muškoj lozi.“ Usp. Đuričić, M., *Ognjište i nasljeđivanje*, Odvjetnik, Zagreb, 3 - 4 (1978), str. 149.

34 Usp. čl. 4. st. 1. ZN FBiH i čl. 4. st. 1. ZN RS.

35 Čl. 113. st. 1. Obiteljskog zakona Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, br. 35/2005, 41/2005 i 31/2014; dalje u tekstu: ObZ FBiH) glasi: „Potpunim posvojenjem se između posvojitelja i njegovih krvnih srodnika, s jedne strane, i posvojećeta i njegovih potomaka, s druge strane, zasniva neraskidiv odnos srodstva jednak krvnom srodstvu.“ Usp. sadržajno iste odredbe u čl. 156. Porodičnog zakona (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014; dalje u tekstu: PoZ RS) i čl. 96. st. 1. Obiteljskog zakona Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 23/2007; dalje u tekstu: ObZ BD).

36 Usp. Zečević, E., *Porodičnopravni odnosi*, „Logos“ Centar za edukaciju i pružanje intelektualnih usluga, Sarajevo, 2005., str. 185 i 186.

u pravilu³⁷ posvojenik i njegovi potomci imaju prema posvojitelju ista nasljedna prava kao i posvojiteljeva djeca i drugi njegovi potomci. Ako posvojenik i njegovi potomci nasljeđuju posvojitelja kao njegova djeca, tada i posvojitelj nasljeđuje posvojenika i njegove potomke.³⁸ U nepotpunom posvojenju je nasljednopravni položaj posvojenika i njegovih potomaka prema posvojitelju jednak položaju posvojiteljeve djece i drugih njegovih potomaka, osim ako pri posvojenju ta prava nisu ograničena ili sasvim isključena.³⁹ Kod nepotpunog posvojenja posvojenik i njegovi potomci ne nasljeđuju posvojiteljeve srodnike, njegovog bračnog partnera, ni druge njegove posvojenike, a srodnici posvojitelja i njegov bračni partner ne nasljeđuju posvojenika ni njegove srodnike.⁴⁰ Uz to, nepotpunim posvojenjem pravo nasljeđivanja, kao i pravo uzdržavanja između posvojenika i njegovih srodnika ostaje nedirnutu, pa ako posvojitelj nije u stanju uzdržavati posvojenika, obvezu uzdržavanja imaju posvojenikovi biološki roditelji i ostali (krvni) srodnici.

3. Životne zajednice kao temelj nasljeđivanja

Zakonodavac entiteta FBiH je u Zakonu o nasljeđivanju unio novinu (u čl. 123.) kojom naglašava važnost obiteljskopravnog odnosa braka, time što je propisao da će učinci raspolaganja oporukom u korist bračnog partnera biti opozvani ako je brak prestao pravomoćnom presudom nakon sastavljanja oporuke, osim ako je ostavitelj drukčije odredio u oporuci. Pored toga, (u čl. 163. st. 5.) sadržano je novo uređenje po kojem ako se djeca ili njihovi potomci iz prvog zakonskog nasljednog reda odreknu nasljeđa, bračni partner ne prelazi u drugi nasljedni red i može naslijediti svu imovinu. Time se poštuje volja nasljednikovih potomaka koji na taj način žele da njihov drugi roditelj naslijedi cjelokupnu ostavinu, čime se izražava različitost od situacije kada nasljednik nema potomaka. Ovim je na određen način osnažen položaj bračnog partnera i krvnih srodnika ravne silazne linije. U kontekstu tendencije poštivanja individualnih prava su i odredbe čl. 167. st. 2., kojima se uz potomke ostavitelja i bračnom partneru omogućava iznimka, tj. odricanje od nasljeđa koje bi mu pripalo nakon smrti njegovog bračnog partnera.

Iako ObZ FBiH ne poznaje institut krivice kao razlog za prestanak braka, ipak je zakonodavac u zakonu o nasljeđivanju uzeo u obzir element krivice kao razloga za

37 Prema odredbama čl. 119. ObZ FBiH, posvojitelj može posvoječeta ograničiti ili isključiti iz prava nasljeđivanja, pod uvjetima predviđenim u posebnom zakonu. Odredba ZN FBiH o mogućnosti takvog ograničenja ili isključenja pri zasnivanju nepotpunog posvojenja sadržana je u čl. 22. st. 1.: „1) Posvojenik iz nepotpunog posvojenja i njegovi potomci imaju prema posvojitelju ista nasljedna prava kao i posvojiteljeva djeca i drugi njegovi potomci, osim ako pri posvojenju ta prava nisu ograničena ili sasvim isključena.“

38 Time je ZN FBiH u čl. 22. st. 2. nasljednopravni položaj posvojitelja prema posvoječetu normirao po načelu reciprociteta: „U slučajevima u kojima posvojenik i njegovi potomci nasljeđuju posvojitelja kao njegova djeca, posvojitelj nasljeđuje posvojenika i njegove potomke.“

39 V. čl. 22. st. 1. ZN FBiH.

40 Čl. 22. st. 4. i 5. ZN FBiH.

prestanak prava nasljeđivanja između bračnih partnera. Time se posredno naglašava i promiče važnost skladnih bračnih odnosa i štiti obitelj.⁴¹

Brak ima učinke imovinskopravne prirode za života i u slučaju smrti jednog bračnog partnera. U slučaju smrti jednog bračnog partnera, preživjeli bračni partner može biti zakonski odnosno oporučni nasljednik.⁴² Važnost braka za širu zajednicu kao i ostale članove obitelji, razlog je i temelj postojanja međusobnog zakonskog nasljednog prava bračnih partnera.⁴³ S obzirom da brak može prestati za života bračnih partnera (poništajem ili razvodom), pravo nasljeđivanja kao mogućnost može privremeno trajati, do prestanka braka za života bračnih partnera.

Zakonodovac pri određivanju kruga ovlaštenika za nasljeđivanje, pored toga što vodi računa o vrsti i razini bliskosti pojedinih obiteljskopравnih odnosa, vodi računa i o skladnosti odnosno kakvoći (kvaliteti) tih odnosa, što može biti određujući faktor i za nasljeđivanje.

Bračni partner je u domaćem pravu zakonski nasljednik u prvom odnosno drugom nasljednom redu, može biti nužni i oporučni nasljednik kao i nasljednik temeljem ugovora o nasljeđivanju.⁴⁴ Stvarna životna situacija u kojoj se nalaze bračni partneri itekako je važna i određujuća za nasljednopravni položaj i ostvarivanje nasljednih prava od strane preživjelog bračnog partnera. U prvom nasljednom redu bračni partner s djecom nasljeđuje na jednake dijelove. Međutim, nasljedni dio bračnog partnera, može se smanjivati ili povećati zbog posebnih životnih okolnosti u kojima se nalaze sunasljednici ili on sam. Smanjenje nasljednog dijela bračnog partnera uslijedit će kad sud na zahtjev djece (u prvome nasljednom redu)⁴⁵ odnosno roditelja (u drugome nasljednom redu)⁴⁶ koji nemaju nužnih sredstava za život odluči da oni naslijede i jedan dio ostavine koji bi po zakonu trebali naslijediti ostali nasljednici. Pravo na povećanje nasljednog dijela, ima na sličan način i preživjeli bračni partner u odnosu na ostale nasljednike prvoga i drugoga nasljednog reda.⁴⁷

41 Čl. 25. st. 2. toč. 3. ZN FBiH glasi: „(2) Bračni partner nema pravo na nasljeđe: 3) ako je njegova zajednica života s ostavitelem bila trajno prestala njegovom krivicom ili u sporazumu s ostavitelem.”

42 Tako u Francuskoj ako iza pokojnika ostaju bračni drug i predci, bračni drug nasljeđuje polovicu imovine, a otac i majka nasljeđuju svaki po četvrtinu imovine. Ako je jedan od predaka umro prije pokojnika, njegovu četvrtinu dobiva bračni drug (članak 757-1 Gradanskog zakonika).

https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-fr-hr.do?member=1 ; 2. 3. 2018.

43 O aktualnostima primjene Uredbe (EU) Vijeća 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima u ostavinskim postupcima s prekograničnim elementom v. detaljnije kod: Poretti, P., *Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1991) v. 38, br. 1, 2017, str. 449- 474.

44 Prema talijanskim propisima, zakonski nasljednici odgovorni su za dugovanja ostavitelja srazmjerno vrijednosti njihovih udjela u nasljedstvu, dok oporučni nasljednici nisu odgovorni za te dugove. https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-it-hr.do?member=1 ; 15. 2. 2018.

45 Čl. 24. st. 1. ZN FBiH.

46 Usp. čl. 27. st. 1. ZN FBiH. Pored toga, sud može odlučiti da roditelji naslijede cijelu ostavinu ako je ona tako male vrijednosti da bi njezinom podjelom roditelji zapali u oskudicu (st. 2. tog zakona).

47 Čl. 26. ZN FBiH glasi: „(1) Kada je bračni partner koji nema nužnih sredstava za život pozvan na nasljeđe s nasljednicima prvoga ili drugoga nasljednog reda, sud može, na zahtjev bračnog partnera, odlučiti da bračni partner naslijedi i jedan dio onoga dijela ostavine koji bi po zakonu trebali naslijediti

Bračni partner dakle u pravilu nasljeđuju ako je u trenutku smrti postojao valjani brak. Međutim, u situacijama kada je ostavitelj prije svoje smrti podnio tužbu za razvod (ili poništaj) braka tada činjenica postojanja braka u trenutku smrti neće definitivno biti određujuća činjenica za nasljeđivanje. U takvim okolnostima, (drugi) zakonski nasljednici umrloga bračnog partnera imaju pravo nastaviti započeti parnični postupak razvoda ili poništaja braka, na način da će zahtijevati utvrđivanje osnovanosti tužbenoga zahtjeva za razvod ili poništaj braka.⁴⁸ Ako se utvrdi osnovanost tužbenog zahtjeva, nadživjeli bračni partner neće imati status zakonskog nasljednika. Ovdje se dakle uvažava, na neki način anticipirana želja i volja bračnog partnera za prestankom braka, tj. u konačnici i posljedicom takvoga ishoda – gubitkom zakonskog nasljeđivanja drugoga bračnog partnera.

U situacijama kada je tužbu bio podnio nadživjeli bračni partner, a ostavitelj-tuženik umro prije donošenja pravomoćne presude o razvodu braka, zakonodavac nije predvidio mogućnost da drugi nasljednici ostavitelja mogu nastaviti započeti postupak. Dakle, položaj nasljednika bračnog partnera tužitelja i bračnog partnera tuženika nije isti, odnosno ne vrjednuje se jednako volja i želja za razvodom braka - bračnog partnera u ulozi tužitelja i bračnog partnera u ulozi tuženika.⁴⁹ Za ovakvo stajalište zakonodavca mogli bismo navesti argumente *pro et contra*, a čija opravdanost može ovisiti o svakoj konkretnoj životnoj situaciji (o duljina i skladnosti bračnih odnosa, o razlozima razvoda ili poništaja, i sl.).

Ratio legis ovakvog pristupa zakonodavca mogao bi se prepoznati u uvažavanju interesa stranke koja je pokrenula postupak za razvod ili poništaj braka tužbom, a tuženik-ostavitelj nije želio razvod ili poništaj braka, a tijekom postupka nije posezao primjerice za protutužbom. Stoga, njegova smrt ostavlja tužitelja u nasljednom redu i ne eliminira ga, jer tužba nije imala za cilj eliminaciju osobe koja je tužitelj, nego onog tuženog, koji je umro.

Drukčijim pristupom mogli bismo reći da su obje situacije na izvjestan način, bez obzira je li nakon podnesene tužbe umro tužitelj ili tuženik, sadržajno dosta slične, pa bi se nasljednicima ostavitelja moglo omogućiti utvrđivanje osnovanosti tužbenoga zahtjeva za poništaj ili razvod braka, jer ne treba zanemariti vezu između voljnog elementa trajanja braka i njegovih nasljednopravnih učinaka.

Prema odredbama prethodno važećega Zakona o nasljeđivanju⁵⁰, koji se na prostoru Bosne i Hercegovine, odnosno Federacije BiH primjenjivao do početka

ostali nasljednici, a može odlučiti i da bračni partner naslijedi cijelu ostavinu, ako je ona tako male vrijednosti da bi njezinom podjelom bračni partner zapao u oskudicu.

(2) Pri odlučivanju u slučaju iz stavka 1. ovoga članka sud će uzeti u obzir sve okolnosti, a naročito imovinske prilike i sposobnosti za privređivanje bračnog partnera, trajanje bračne zajednice, imovinske prilike ostalih nasljednika i njihovu sposobnost za privređivanje i vrijednost ostavine.“

48 Usp. čl. 290. st. 2. ObZ FBiH; čl. 66. st. 2. PoZ RS i čl. 261. st. 2. ObZ BD. Isto tako i odredbe čl. 25. st. 2. toč. 2. ZN FBiH, čl. 24. st. 2. toč. a) ZN RS i čl. 26. st. 2. toč. a) ZN BD.

49 Kao izvjesna satisfakcija ovakvog različitog položaja nasljednika bračnih drugova ovisno o tome jesu li bili tužitelj ili tuženik, nasljednici tuženog ostavitelja mogli bi zahtijevati utvrđivanje je li zajednica života između tužitelja i tuženika prestala (znatno) prije smrti tužitelja. O tome detaljnije v. kod Radić, *op. cit.*, f. 6., str. 443.

50 Zakon o nasljeđivanju (pročišćeni tekst) objavljen je u Službenom listu SR BiH, br. 7/1980 i 15/1980.

primjene novog Zakona o nasljeđivanju, izvanbračni partneri nisu bili navedeni kao zakonski⁵¹ niti kao nužni nasljednici.⁵² ZN FBiH je pored braka, kao temelj nasljeđivanja uređio i izvanbračnu zajednicu, koja je drugi pravno uređeni oblik životnog zajedništva žene i muškarca.⁵³ Ovim uređenjem je osnažen društveni i pravni tretman izvanbračne zajednice u smislu njenoga izjednačavanja s brakom.

Neka zakonodavstva opće ili nasljednopravne učinke izvanbračne zajednice priznaju samo ako ne postoje smetnje za njezin nastanak koje su istovjetne bračnim smetnjama – hrvatsko,⁵⁴ srpsko⁵⁵, crnogorsko⁵⁶, slovensko, francusko, nizozemsko pravo. S obzirom da su učinci izvanbračne zajednice u nekim segmentima izjednačeni s učincima braka, smatramo da bi za zasnivanje i priznavanje postojanja izvanbračne zajednice trebali urediti preduvjeti, odnosno odsutnost bračnih smetnji kao i za sklapanje braka.⁵⁷ Zbog toga se izvanbračna zajednica ne bi mogla pravno priznati između osoba koje su primjerice međusobno bliski krvni srodnici, jer je to ograničavajuća okolnost za sklapanje braka⁵⁸.

U praksi su česte nejasnoće vezane za dokazivanje i utvrđivanje postojanja izvanbračne zajednice, i o tome postoje različita gledišta. Istaknut ćemo stajalište po kojem ako ne postoji spor između zakonskih nasljednika, sud bi odmah trebao izvanbračnog partnera uvrstiti i u nasljednike,⁵⁹ a ako postoji nejasnoća ili spor o postojanju izvanbračne zajednice, tada: „...činjenice ne može utvrđivati sud u

51 Čl. 9. st. 1. tog zakona glasi: „Ako ovim zakonom nije drukčije određeno na osnovu zakona umrlog nasljeđuju: svi njegovi potomci, njegov bračni drug, njegovi roditelji, njegova braća i sestre i njihovi potomci, njegovi djedovi i babe i njihova djeca“.

52 Čl. 28. st. 1. i 2. glase: „Nužni nasljednici su: djeca umrlog, njegovi usvojenici (član 20) i njegov bračni drug.

Ostali potomci umrlog, njegovi usvojenici i njihovi potomci (član 19. stav 1), njegovi roditelji i njegova braća i sestre su nužni nasljednici samo ako su trajno nesposobni za rad i nemaju nužnih sredstava za život.“

53 Čl. 9. Zakona, a da bi proizvodila pravne učinke nasljeđivanja potrebno je njezino trajanje do smrti ostavitelja.

54 V. čl. 8. st. 2. Zakon o nasljeđivanju (Narodne novine, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 i 33/2015).

55 Čl. 4. st. 1. tog zakona glasi: „Vanbračna zajednica je trajnija zajednica života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji (vanbračni partneri)“. (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/2005, 72/2011 i 6/2015). „Jasno je da izvanbračna zajednica ima obiteljskopravne učinke samo ako ima uvjete propisane zakonom. Ako ti uvjeti nisu ispunjeni, takvo izvanbračno zajedništvo nema obiteljskopravnu zaštitu, a sporni pravni odnosi između tih osoba rješavat će se normama građanskog prava“ Tako: Kovaček-Stanić, G., *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*; Drugo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2007, str. 176.

56 Taj zakon izrijeком povezuje moguće učinke izvanbračne zajednice s nepostojanjem „ smetnji za sklapanje punovažnog braka“ (usp. čl. 12. st. 2. Porodičnog zakona (Službeni list Republike Crne Gore, br. 1/2007 i 53/2016).

57 Time će se u većoj mjeri istaknuti sličnost pravnog sadržaja ovih dviju životnih zajednica i posredno izraziti važnost uzajamnih prava i obveza partnera u izvanbračnoj zajednici.

58 U prilog tome nije potrebno posebno isticati moralne, psihološke, medicinske i društvene aspekte, te djelomičnu podudarnost same svrhe bračne i izvanbračne zajednice.

59 Usp. Crnić, J.; Končić, A-M., *Zakon o nasljeđivanju s komentarom, sudskom praksom, priložima, primjerima i abecednim kazalom, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Organizator, Zagreb, 2005., str. 39. i 40.

ostavinskom postupku ... Neka osoba... svoje svojstvo izvanbračnog druga može dokazati samo pravomoćnom presudom donesenom u parničnom postupku kojom je sud utvrdio postojanje izvanbračne zajednice u času smrti ostavitelja. Ako takva presuda još ne postoji, ostavinski sud može samo postupati po pravilima o upućivanju na parnicu zbog spora o činjenicama(...), prekinuti ostavinski postupak i uputiti izvanbračnog druga na parnični postupak radi utvrđenja da je u času smrti postojala izvanbračna zajednica s ostaviteljem.⁶⁰

Iako institut nasljeđivanja ne obuhvaća pravo na obiteljsku mirovinu, spomenut ćemo da nedavno doneseni federalni Zakon o mirovinskom i invalidskom osiguranju pravo na obiteljsku mirovinu priznaje samo bračnim partnerima,⁶¹ što je tijekom javne rasprave i postupka donošenja tog zakona od strane određenih subjekata bilo okarakterizirano kao diskriminacija.⁶²

4. Osvrt na specifičan položaj žene u nasljeđivanju

Dugo vremena kroz povijest žene nisu mogle biti nositeljice prava vlasništva, pa nisu, kao muškarci mogle nasljeđivati svoje srodnike ni bračne partnere. Taj segment društvenih odnosa jedan je od pokazatelja opće neravnopravnosti žene u obitelji i društvu, ali i uzročnik podređenog statusa žene.⁶³

U primitivnim društvima vjerovalo se da je žena božansko, a ne ljudsko biće, obdarena najvažnijom moći na svijetu - rađanjem. Mnogi starovjekovni zakonici bave se i pravima žena. Primjerice, prema Hamurabijevu zakoniku iz 17. st. pr. Kr. žena u braku zadržava miraz (kojim upravlja muž) u svom vlasništvu do svoje smrti, a nakon toga ga nasljeđuju djeca, nakon muževe smrti dijeli ostavinu na jednake dijelove sa svojim sinovima, na svome dijelu nema pravo vlasništva već samo pravo uživanja.⁶⁴ U slučaju razvoda, ako žena dokaže da je muž krivac za razvod, on je dužan uzdržavati ženu i djecu. U starogrčkim državama žene uglavnom nisu mogle nasljeđivati, ali je kroz institut *epiklerata* ostavitelj koji nema sinove mogao osigurati svoje kćeri tako što bi im odredio prije svoje smrti muža, preko kojeg će one posredno naslijediti očevu imovinu.⁶⁵ Općenito kazano, u starom i srednjem vijeku položaj žene jačao se kroz institute miraza i darovanja.

60 Josipović, T., *Nasljeđivanje na temelju zakona*, a u : J. Crnić, M. Dika, B. Hrvatin, O. Jelčić, T. Josipović, Z. Koharić, J. M. Ruždjak, *Novo nasljedno pravno uređenje*, Zagreb, 2003, str. 39.

61 Prema odredbama Zakona o mirovinskom i invalidskom osiguranju (Službene novine FBiH, br. 13/2018), među članove obitelji umrlog osiguranika koji imaju pravo na obiteljsku mirovinu uvršten je bračni supružnik (udovica odnosno udovac), ali ne i preživjeli izvanbračni partner. Takva odredba (čl. 60) postojala je i u prethodno važećem Zakonu o mirovinskom i invalidskom osiguranju (Službene Novine FBiH, br. 29/1998, 49/2000, 32/2001, 61/ 2002, 73/2005, 59/2006 i 4/2009).

62 Iako je u tu svrhu i institucije Ombusmana za ljudska prava BiH podnijela Prijedlog Vladi FBiH, te odredbe nisu korigirane.

63 V. Erent-Sunko, Z., *Tri pravno-povijesna modela nasljednog prava koji su poboljšali pravni položaj žene ili bili još jedan oblik nasilja nad njom*, u Zbornik radova sa znanstvenog skupa *Dies historiae* 2012. – Žene kroz povijest održanog 5. prosinca 2012., Zagreb, 2014., str. 45.

64 *Ibid*, str. 47.

65 *Ibid*, str. 53.

Rimsko nasljedno pravo možemo promatrati u četiri razvojne faze: 1. nasljedno pravo starog civilnog prava; 2. nasljedni red po pretorskom pravu (ediktu); 3. carsko, predjustinijansko pravo; i 4. reforme Justinijanovog prava.⁶⁶

U starom Rimu otac obitelji je imao vlast nad sinovima i kćerima,⁶⁷ bez obzira na njihovu životnu dob. Pored toga, bio je vlasnik svega što je porodica posjedovala, a posjedovanje materijalnih dobara ženi nije bilo dozvoljeno. Vlast nad kćerkom najprije ima otac, kasnije njezin muž kojeg joj izabere otac. Žene su smatrane pravno i poslovno nesposobne i stavljane su u kategoriju s robovima, strancima, maloumnicima i senilnim osobama, a ograničavanje žena u građanskim pravima opravdavano je čijenicom "prevrtljivosti njihove pameti".⁶⁸ Međutim, žena u *manus*-braku je s djecom nasljeđivala jednake dijelove, jer je prema svojoj djeci imala položaj agnatske sestre.⁶⁹ Po pretorskom pravu žena je iz braka *sine manu* mogla nasljeđivati ako nije bilo drugih agnatskih ni kognatskih srodnika iz prva tri nasljedna reda.⁷⁰ Carsko zakonodavstvo je riješilo pitanje međusobnog nasljeđivanja majke i djece.⁷¹ Justinijan je posebice ojačao nasljedni status siromašnih udovica, koje bi, ako nemaju miraz ni drugu imovinu koju su unijele u brak, mogla je naslijediti četvrtinu muževe imovine, a ko je nasljeđivala sa svojom djecom, dobivala je i određeni dio na uživanje.⁷²

Prema germanskom srednjovjekovnom pravu žene uglavnom nisu mogle nasljeđivati, dobivale su miraz, a samo iznimno zemlju su mogle naslijediti od očeva ako nema muške djece.⁷³ U dalmatinskim srednjovjekovnim gradovima, pod utjecajem mletačkog prava, postojao je nejednak položaj muške i ženske djece u nasljeđivanju.⁷⁴ U kasnom srednjem vijeku postojala je i mogućnost tzv. prefekcije (*prefectio*), kojom bi, u slučaju da plemić nema muških potomaka, kralj na njegov zahtjev mogao njegovu kći proglasiti sinom, čime bi ona nakon smrti oca preuzimala očeve posjede.⁷⁵ U srednjem vijeku u Europi ženi su bila uskraćena mnoga prava,

66 Izvori: Horvat, M., *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1977., str. 315, i Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1975., str. 249.

67 O izvjesnim rezervama prema općem mišljenju po kojem je žena u tom razdoblju rimske povijesti bila gotovo potpuno obespravljena v. kod: Jovanović, M., *Komentar starog rimskog ius civile, Knjiga II Zakon XII tablica (I-IV)*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Niš, 2007., str. 219- 236.

68 <http://povijest.net/prava-zena-kroz-povijest/>, preuzeto 5. 3. 2018.

69 Horvat, *op. cit.*, f. 66., str. 318.

70 *Ibid*, str. 320.

71 Na osnovi senatorskih mišljenja – *senatus consultum Tertullianum* uređeno je nasljeđivanje djece od strane majke, odnosno nasljeđivanje majke od strane djece (*senatus consultum Orphitianum*). Izvor: Romac, *op. cit.*, f. 66, str. 507.

72 Horvat, *op. cit.*, f. 66., str. 321.

73 Erent Sunko, *op. cit.*, f. 63., str. 61 i 62.

74 Primjerice, prema Zadarskom statutu, ako iza ostavitelja ostanu muška i ženska djeca, sinovi nasljeđuju nekretnine, a kćeri pokretnine u visini "dostojnog miraza". V. detaljnije u Pezelj, V., *Naznake pravnog položaja žene u srednjovjekovnom Zadru*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, God. 43 (2006), Broj 3-4 (83), preuzeto s <http://www.pravst.unist.hr/zbornik.php?p=15&s=45>; 2. 3. 2018.

75 Te žene nisu nastavljale stari rod, nego je žena koja je proglašena muškarcem bila začetnik novog roda odnosno obitelji. Izvor: Karbić, M., *Uloga pripadnica visokog plemstva u životu hrvatskih zemalja tijekom kasnoga srednjeg vijeka*, u Zbornik radova sa znanstvenog skupa *Dieshistoriae* 2012. – Žene

njezin status, mogućnost obrazovanja i dostupnost društvenim funkcijama bili su znatno suženi u odnosu na muškarca. Kao protuteža mogućim nastojanjima žene za ravnopravnošću u to vrijeme nastala je poslovice koja se u modalitetima može čuti na mnogim jezicima: "Jedina dobra žena je šutljiva žena".

Iako su prema OGZ-u pravni subjekti neovisno o spolu imali jednako pravo nasljeđivanja, muškarci su često uskraćivali zakonom zajamčena nasljedna prava ženskim potomcima, i one su, vjerojatno nenaviknute na pripadajuća im prava, često ih propuštale tražiti.⁷⁶

Ustav BiH,⁷⁷ odredbom čl. II. st. 3. poimenično u Popisu prava navodi ljudska prava i temeljne slobode, a u stavku 4. istoga članka propisuje da "Uživanje prava i sloboda, predviđenih ovim člankom ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovoga Ustava, osigurano je za sve osobe u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo uvjerenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, vezivanje za neku nacionalnu manjinu, imovinu, rođenje ili drugi status". Isto tako, u čl. 2. st. 1., 2. i 3. Zakona o ravnopravnosti spolova izričito je uređena ravnopravnost muškog i ženskog spola, te navedeno da se ravnopravnost odnosi na sva područja društva, te da je zabranjena diskriminacija na temelju spola i spolne orijentacije.⁷⁸

Velika je važnost uloge i poslanja žene i ženskog spola u obitelji i ljudskom društvu.⁷⁹ Usprikoš tome, kroz spolnu neravnopravnost žena je bila dugo vremena, a nažalost i danas, potpuno ili djelomično obespravljena u različitim segmentima obiteljskog i društvenog života. Njezina neravnopravnost ogledala se i u umanjenim nasljednim pravima, ali i običajnim i drugim društvenim poimanjima njezine uloge u imovinskim i nasljednim pravima. Time se, kroz spolnu neravnopravnost, na specifičan način anuliraju temeljna pravila o primarnim titularima nasljedstva iz reda (svih, neovisno o spolu) krvnih srodnika i osoba u životnom zajedništvu.

Sama činjenica da su se na unutarnjoj i svjetskoj razini spoznali i priznali razni segmenti naslijeđenih patrijarhalno-običajnih odnosa, govori dovoljno za sebe i u pravilnom pristupu može biti polazna točka za stvarnu i potpunu društvenu a time i nasljednopravnu ravnopravnost žene. Jer stabilan imovinski status žene odražava se na njezin obiteljski i društveni status i može biti obrambeni mehanizam protiv siromaštva i mogućih oblika nasilja. Osim toga, iako suvremene europske tendencije u zakonodavstvu idu u smjeru sve veće zaštite pojedinca a ne obitelji kao cjeline, držimo da zaštita i ravnopravnost žene u nasljeđivanju u konačnici doprinosi stabilnosti obitelji i obiteljskih odnosa.

kroz povijest održanog 5. prosinca 2012., Zagreb, 2014., str. 85. i 86.

76 Krešić, M., *Nasljednopravna načela Općega građanskog zakonika u praksi hrvatsko-slavonskih ostavinskih sudova*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 63. (5-6), Zagreb, 2013., str. 1107. i 1111.

77 http://www.oscebih.org/dejtonski_mirovni_sporazum/BS/annex4.htm?gclid=CLrm7e-196kCFZUS3wod-xtWag, 12. 11. 2017.

78 Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini (Službeni glasnik BiH, br. 32/2010).

79 Povijest čovječanstva počinje sa ženom. Znanost smatra da su žene izvorni, prvi spol jer se ključni genetski podaci prosljeđuju i prenose isključivo preko žene. Ženin rad i njene vještine su bile ključne za sudbinu ljudske vrste. Izvor: <http://povijest.net/prava-zena-kroz-povijest/>; 2. 3. 2018

5. Umjesto zaključka

Prioriteti u nasljeđivanju, odnosno redosljed osoba koje su pozvane na nasljeđe izraženi su zakonskim nasljednim redovima, koji su utemeljeni na važnosti činjenica-poveznica kao i na razini bliskosti između ostavitelja i nasljednika. To može biti srodstvo, bračna ili izvanbračna veza, uzdržavanje, vjerska, staleška ili klasna pripadnost ostavitelja ili nasljednika, porijeklo ili vrsta dobara koja čine ostavinu i sl. Zakonodavčeva volja sadrži određeni sustav vrijednosti, a uvjetovana je povijesnim, ekonomskim, kulturnim, obiteljskim, ideološkim, klasnim ili drugim uvjetima života određenog društva.

Naši zakonski nasljedni redovi zasnivali su se na sljedećim činjenicama – krvnom i adoptivnom srodstvu te na braku i izvanbračnoj zajednici između ostavitelja i nasljednika. Ostale (dopunske) činjenice važne za nasljeđivanje ili udjel u nasljeđivanju mogu biti trajna nesposobnost za rad, nedostatak nužnih sredstava za život, imovinske prilike nasljednika i njihova sposobnost za privređivanje i sl. Pored toga, kao zadnji zakonski nasljednik pojavljuje se država (odnosno općina i grad), na temelju pravne činjenice državljanstva.

Srodstvo je od najstarijih vremena do danas služilo kao osnovna činjenica pri formuliranju zakonskog nasljednog reda. Za zakonski nasljedni red kod nas su značajni krvno i adoptivno srodstvo. Možemo uočiti da usporedno sa smanjivanjem srodničkih odnosa koji su uključeni u nasljeđivanje, odnosno smanjivanja opsega nasljednih prava srodnika, prisutna je tendencija izvjesnog jačanja nasljedničkog položaja bračnog i izvanbračnog partnera u odnosu na srodnike te izjednačavanja djece rođene u braku i izvan braka. Prateći suvremene pravne tendencije u pogledu jačanja učinaka izvanbračne zajednice, novo nasljedno zakonodavstvo u entitetu Federacije BiH i Brčko Distrikta BiH izjednačava izvanbračnog s bračnim partnerom. Ta činjenica nalaže potrebu dodatnog normiranja i razjašnjenje mogućih dvojbenih životnih situacija. Stoga smatramo da bi trebalo precizirati (jednostavniji) način i postupak utvrđivanja izvanbračne zajednice, jasnije odrediti njezin početak i prestanak, te u svrhu pravne sigurnosti urediti obvezu njezina registriranja, način raskida (uz evidenciju kod istog tijela gdje je registrirana), kao i statusne razlike u odnosu na (još) nepriznato izvanbračno zajedništvo. Usto, za mogućnost priznanja izvanbračne zajednice trebalo bi isključiti postojanje smetnji koje su normirane kao bračne smetnje.

Zakonodavac je uvodeći novi institut ugovora o nasljeđivanju osnažio volju titulara nasljednih dobara, a u odnosu na zakonsko i oporučno nasljeđivanje ovaj temelj nasljeđivanja ima prednost, ali se ne može jednostrano raskinuti ni opozvati.

Zakonsko i nužno nasljeđivanje proizlazi iz obiteljskopravnog odnosa, čime se izravno naglašava društvena važnost obitelji kao cjeline. Međutim, institut nasljeđivanja izraz je i pokazatelj zaštite individualnih prava subjekata obiteljskog odnosa. Pored toga, postojanje oporučnog nasljeđivanja kao izraza volje pojedinca, pokazuje ravnotežu između institucijske važnosti obitelji i individualnih prava pojedinca na drugoj strani.

Proširenje obiteljskopравnih odnosa i pojava novih oblika obitelji uglavnom se podudara sa zakonskim i nužnim ovlaštenicima nasljeđivanja.

Obiteljski i imovinskopravni položaj žene u društvu odraz je i pokazatelj demokratske razine i humanosti tog društva. U našim okolnostima žena je zakonski i deklarativno ravnopravna u nasljeđivanju, ali je društveno poimanje u mnogim sredinama dosta često u nesuglasju s jasno definiranim njezinim pravima. Međutim, tendencija je da takva stajališta sve više uzmiču pred ostvarenjima potpune ravnopravnosti žene i kod nasljeđivanja.

Svjedoci smo dinamike i strukturnih promjena obiteljskih odnosa u suvremenim uvjetima, ali društvo treba stalno pronalaziti uporišne točke za njihovo skladno funkcioniranje. Preduvjet toga je jasno definiranje, prepoznavanje i utvrđivanje životnih zajednica i srodničkih odnosa koji dovode do priznavanja određenih prava i dužnosti.

Institut nasljeđivanja, prijenosom imovine s naraštaja na naraštaj specifičan je izraz nadvremenskog trajanja obitelji. Kroz korištenje davno stečenih materijalnih dobara, koja su trudom i životnim zalaganjem stekli ostavitelji, nasljeđivanje ima i transcendentnu dimenziju. Zbog toga možemo reći da je ovaj institut na više načina spona između naraštaja i vezivno tkivo obitelji i šire društvene zajednice.

Dr. sc. Željko Galić, Assistant Professor
Law Faculty, University of Mostar

FAMILY LAW RELATIONSHIP AS GROUNDS FOR INHERITANCE – CURRENT STATE AND TENDENCIES

Summary

In contemporary legal systems, a family law relationship can generally be formed between persons related through some form of social community or legally recognized kinship. Family law relationship has legal effects of personal law and property law nature.

This paper presents social background, evolution and dynamics of a link between family law relationship and inheritance rights. It also sets forth specific qualities of inheritance status and rights of individual subjects in a family law relationship within contemporary social and legal tendencies, and further analyzes and critically evaluates the applicable legal standards, especially the Inheritance Law in the Federation of Bosnia and Herzegovina.

Keywords: family law relationship, social community, kinship, right to inheritance, inheritance law tendencies.

Dr. sc. Ivona Šego-Marić, docentica
Pravni fakulteta Sveučilišta u Mostaru

IMOVINSKOPRAVNI ASPEKTI OBITELJSKIH ODNOSA U BABILONU I ATENI

Autorica u ovom radu razmatra imovinskopravne aspekte obiteljskih odnosa u Babilonu i Ateni. Obitelj počiva na braku koji je u načelu monogaman. Usporednopravnom metodom atenskog i babilonskog obiteljskog prava analizira se društvena svrha braka s posebnim naglaskom na ugovor o braku kojim se uređuju imovinskopravni odnosi bračnih partnera prilikom zaključenja braka kao i tijekom trajanja braka. Analizira se i pravna priroda imovinskog jamstva za ponašanje supružnika u braku. Ovim radom nastoji se prikazati specifičnost pravne prirode obiteljskog prava u starom vijeku

Ključne riječi: ugovor o braku, stari vijek, *tirhatu*, *šeriktu*, *hedna*, razvod

Uvod

Stari vijek označava povijesno razdoblje koje karakterizira postojanje robovlasničke države i prava. Robovlasništvom započinje treći veliki stupanj u povijesti čovječanstva, a to je civilizacija.¹ Općenito se smatra da stari vijek obuhvaća vrijeme od postanka prvih država u 4. tisućljeću pr.Krista do 5.stoljeća odnosno do propasti Zapadnog Rimskog carstva.²

Osnovna karakteristika robovlasničkih država je pravna nejednakost, podjela na različite društvene slojeve te jak utjecaj teokratskih uvjerenja. Nastankom države, uz moralne norme i običaje nastaju i pravna pravila. Pri tome razlikujemo istočne države od zapadnih država. Istočne države nastaju u dolinama rijeka, karakterizira ih jak birokratski aparat i vladar koji ima neograničenu moć. Zapadne države nastaju na Mediteranu, uloga birokratskog aparata je manja što je bio preduvjet da se razviju određeni elementi demokracije unutar slobodnog sloja stanovništva.³ U ovom radu nastojat ćemo analizirati razvoj ugovora o braku u dvije najznačajnije države istočnog i zapadnog svijeta, Babilon i Atenu.

1 Mustafa Imamović, *Predavanja iz opće povijesti i prava političkih institucija*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str.21.

2 Sima Avramović, *Opšta pravna historija-stari i srednji vek*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1999., str.75.

3 Željko Bartulović, *Opća povijest prava i države*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2014., str.19

1. Imovinskopravni aspekti obiteljskih odnosa u Babilonu

Babilonska obitelj počiva na braku koji je u načelu monogaman. Monogamnost braka se mogla promijeniti u iznimnim situacijama o čemu govori najvažniji pravni izvor babilonskog prava, Hamurabijev zakonik koji predviđa uzimanje druge žene.⁴ Uzimanje druge žene bilo je uvjetovano i pravnim statusom stanovništva u Babilonu. Budući da Hamurabijev zakonik poznaje tripartitnu podjelu stanovništva na slobodne ljude *avilum*, međusloj *muškenum* te robove *wardum*, što je odgovaralo gospodarskom i političko pravnom životu Mezopotamije, brak i bračni odnosi bili su uvjetovani razlikama u pravnom statusu stanovništva.

Brak se sklapao ugovorom, a za njegovu valjanost se tražio pristanak roditelja.⁵ Ugovor o braku nema ništa sakralnog niti posebnog u odnosu prema ostalim ugovorima, ugovor zaključuje mladoženja i djevojčin staratelj.⁶ Nakon sklapanja braka žena dolazi u muževljevu kuću u kojoj živi i nakon eventualne muževljeve smrti. Žena se u babilonskom braku se mogla osigurati da ne odgovara za muževljeve dugove koji su nastali prije braka, međutim ako su dugovi nastali u braku, jednako odgovaraju.⁷

Prema odredbi članka 128. Hamurabijeva zakona koji govori o ugovoru kao *essentialia negotii* pravnog posla ugovora o braku stoji... "Ako čovjek uzme ženu, ali s njom ne sklopi (vjeridbeni) ugovor, ta žena mu nije supruga."⁸ Dakle sam brak ukoliko nije zaključen ugovorom proizvodi ništavne posljedice, a kao temeljni razlog sklapanja ugovora o braku je utvrđivanje međusobnih obveza bračnih partnera. Ova odredba nedvosmisleno potvrđuje da je žena u babilonskom pravu bila ne samo subjekt prava, nego joj je priznata i pravna i poslovna sposobnost.

Sam proces sklapanja braka bio je dosta specifičan što je odgovaralo tadašnjem vremenu kao i samom poimanju društveno političkih odnosa u Mezopotamiji. Razlika u pravnom statusu stanovnika u Babilonu nije imala učinka na sklapanje braka. S

4 Hamurabijev zakonik (Code of Hammurabi; njem. Kodex Hammurabi; franc. Code Hammourabi), skup pravnih propisa sastavljen između 1755. i 1750. pr. Kr. po nalogu babilonskog kralja Hamurabija. Cijeli tekst uklesan na steli od crnog diorita, visine 2,25 m, pronađenoj u Suzi (Iran) kamo je donesena u XII. st. pr. Kr. kao ratni plijen. Danas se čuva u Louvreu. Pisan je klinopisom na akadskom jeziku; isprva nečitljivi dijelovi u cijelosti su rekonstruirani s pomoću kopija zakona, sačuvanih na glinenim pločicama. Navrhu je stupa lik Hamurabija, koji prima zakon iz ruku boga Šamaša. Zakonik se sastoji od prologa, 282 članka (formirana u prvom izdanju iz 1902) i epiloga. U prologu se Hamurabi veliča kao pravedan kralj koji donosi Zakonik radi uspostave mira i pravednosti, a u epilogu se zaziva kletva protiv onih koji bi Zakonik kršili ili mijenjali. Odredbe Hamurabijevog zakonika imaju kazuistički karakter, ali su razmjerno sustavno posložene i odnose se na građansko, bračno i obiteljsko, nasljedno, postupovno, a najviše na kazneno pravo. Monogobrojni prijepisi i izvodi Hamurabijeva zakonika potvrđuju njegovu dugotrajnu primjenu te utjecaj na pravne sustave. Sr. istoka. (PRAVNI LEKSIKON, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 400.)

5 Raifa Festic, *Opća historija države i prava*, Studentska štamparija Univerziteta, Sarajevo, 1998., str. 67.

6 Šefko Kurtović, *Opća povijest prava i države- stari i srednji vijek*, Udžbenici Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005. str. 65.

7 Čl. 151. Usp. čl. 152. Hamurabijevog zakonika u: ZAKONICI DREVNE MESOPOTAMIJE, Službeni list SCG- CID, Beograd-Podgorica, 2003., str. 161. i 162. (dalje- **Zakonici drevne Mesopotamije**)

8 Zakonici drevne Mesopotamije, str. 159.

tim u svezi rob je mogao biti suprug slobodne žene, i robinja supruga slobodnog čovjeka a da i dalje ostane robinja svoga gospodara.⁹ Što se tiče pravnog statusa djece koja se rode u odnosu slobodnog čovjeka i roba, ona nasljeđuju pravni status majke. S tim u svezi članak.175. Hamurabijeva zakonika propisuje: "Ako dvorski rob ili rob muškenuma uzme kćer (slobodna) čovjeka i ona izrodi djecu, vlasnik roba ne može tražiti da djeca kćeri (slobodna)čovjeka budu robovi."¹⁰ U slučaju da je muž slobodan a žena robinja, postaju slobodnima u času očeve smrti. Otac je mogao djecu rođenu sa robinjom izjednačiti sa vlastitom zakonitom djecom izjavom "Vi ste moja djeca". Imovinski učinci ove izjave idu u smjeru da djeca njegove žene i djeca robinje nakon očeve smrti dijele očevu imovinu na jednake dijelove.¹¹ Ukoliko otac djecu rođenu sa robinjom za života ne učini slobodnima, odredbama članka 171. Hamurabijeva zakonika, postaju slobodnima u trenutku očeve smrti.¹²

Uloga koju su imali roditelji pri sklapanju braka bila je iznimno važna. Prema odredbi članka 155. Hamurabijeva zakonika otac sinu odabire zaručnicu.¹³ Postoji i situacija koju predviđa navedeni zakonik po kojoj iako otac sinu izabere zaručnicu pa je njegov sin ne spozna, a on sam spava u njezinu krilu, toj djevojci je bilo potrebno platiti polovicu mine srebra i vratiti joj sve što je donijela iz očeve kuće te joj je bilo dopušteno da se uda za čovjeka kojega sama odabere.¹⁴ U skladu sa ulogom koju je otac obitelji imao u babilonskom pravu, u članku 166. Hamurabijeva zakonika se predviđa da se najmlađem sinu, kojem otac za života nije izabrao ženu, nakon očeve smrti da novac za *tirhatu* kako bi i on imao mogućnost da se oženi.¹⁵

Prvi korak u samoj proceduri sklapanja braka je poklon koji je mladoženja davao ocu svoje buduće nevjeste.¹⁶ Taj poklon se zvao *tirhatu*. *Tirhatu* je termin koji ne izražava kupovnu cijenu žene već poklon mladoženje djevojčinu ocu, znak pažnje, a nipošto kao akt kupovine jer je mladoženja taj poklon mogao ali nije morao dati nevjestinom ocu.¹⁷ Ukoliko bi mladoženja odbio uzeti djevojku bez valjanih razloga, *tirhatu* bi ostajao u očevoj imovini o čemu govori odredba članka 159. Hamurabijeva zakonika.¹⁸ Postojala je i obratna situacija o kojoj govori članak 160.

9 Šefko Kurtović, *nav.dj.*, str.65.

10 *Zakonici drevne Mesopotamije*, str.164.

11 "Ako čovjeku žena izrodi djecu, i njegova mu robinja(također) izrodi djecu, pa otac za života djeci što mu je robinja izrodila kaže Moja djeco, i pribroji ih djeci svoje žene, i potom otac umre, djeca njegove žene i djeca robinje razdijeliće očevu imovinu na jednake dijelove"(*Zakonici drevne Mesopotamije*, str.164., čl. 170.)

12 Šefko Kurtović, *nav.dj.*, str.66.

13 "Ako čovjek svojem sinu odabere zaručnicu, njegov je sin spozna, pa kasnije sam u njezinu krilu spava i uhvate ga, taj čovjek da se sveže i baci u vodu" (Isto., str.162.)

14 *Zakonici drevne Mesopotamije*, čl.156., str, 162.

15 "Ako čovjek uzme žene sinovima koje ima, za najmlađeg sina ne uzme ženu, kad se sinovi nakon očeve smrti stanu dijeliti, svojem najmlađem bratu koji nije uzeo ženu, poviše njegova dijela daće novca za *tirhatu* i time mu omogućiti da se uzme ženu." (*Zakonici drevne Mesopotamije*, čl.166., str.163.)

16 Srđan Šarkić-Dragoljub Popović, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Izdavačka kuća Draganić, Beograd 1996., str.16.

17 *Zakonici drevne Mesopotamije*, bilješka br.36., str, 160.

18 "Ako čovjek u kuću (budućeg) tasta donese bi-bi-lam, da *tirhatu* zatim baci pogled na drugu ženu i (budućem) tastu izjavi. "Neću da uzmem tvoju kćer" djevojčin otac zadržava sve što mu je donijeto" (*Zakonici drevne Mesopotamije*, čl.159., str.162).

Prema navedenoj odredbi ako čovjek u kuću budućeg tasta donese *bi-ib-lam*, da *tirhatu*, pa djevojčin otac potom izjavi "Nedam ti svoju kćer" da vrati dvostruko sve što mu je donijeto.¹⁹ U slučaju klevete, vraćao se dvostruki iznos onoga što je bilo doneseno o čemu govori članak 161. Hamurabijeva zakonika.²⁰ S obzirom na teokratsko poimanje života i svijesti, u Babilonu postoje posvećenice. Među njima je bilo razlika s obzirom na stupanj posvećenja. Tako su postojale posvećenice koje nisu živjele u hramu i koje se nisu smjele udavati, posvećenice u hramu koje nisu tamo živjele i mogle su se udavati te posvećenice koje su živjele u hramu i koje su svoj život posvetile Bogu i nisu se udavale. S tim u svezi kći koja je bila posvećenica nije mogla učestvovati u očevim poslovima *mortis causa* ukoliko joj otac ..." da miraz, uda je za čovjeka i izda joj ispravu sa žigom".²¹ U slučaju da bračni status posvećenice za života oca nije bio riješen, ta obveza je prelazila na njenu braću. O tome govori članak 184. Hamurabijeva zakonika koji glasi: " Ako čovjek svojoj kćeri svjetovnoj posvećenici, ne da miraz, ne uda je za čovjeka, i potom otac umre, njena braća daće joj miraz razmjernan očevoj imovini i udaće je za čovjeka (naći joj muža)".²²

Postojao je još jedan oblik osiguranja žene i djece u slučaju smrti oca obitelji. Originalan izraz je glasio *nu –du-na-am* i označavao je poklon koji muž ženi pokloni za vrijeme braka, sastojao se od oranice, voćnjaka, kuće ili novca.²³ Ovaj oblik imovinskog osiguranja žene i djece nije bio obavezan, ali u slučaju da se dodjeljuje članak 171. Hamurabijeva zakonika predviđa da ukoliko čovjek svojoj ženi pokloni za vrijeme trajanja braka polje, voćnjak ili druga dobra, potrebno je bilo o tome ostaviti pismeni trag. Taj pismeni trag je bio garancija da djeca ne osporavaju majci imovinu i da majka tu imovinu može dati bilo kojem sinu ..."(ali) ne može dati nekome sa strane."²⁴ Ukoliko muž nije dao *nudunu*, njegovoj ženi pripada jednak dio nasljedstva kao i djeci, ali ukoliko udovica napusti muževljevu kuću da bi se preudala, u tom slučaju *nudunu* pripada njenoj djeci.²⁵

Sklapanjem braka mladenka je dolaskom u novu kuću donosila miraz koji se zvao *šeriktu*. Tijekom braka *šeriktu* ostaje ženina imovina iako sudeći prema odredbama članaka 138., 142. i 149., Hamurabijeva zakonika imovinom koja je predmet *šeriktua* upravlja muž. Te odredbe se odnose primarno na postupak rastave braka. Primjerice prema odredbama članka 138. Hamurabijeva zakonika ako muž želi otpustiti svoju ženu..."daće joj uzdarje dobijeno kod sklapanja braka i vratiti miraz (*šeriktu*)koji je donijela od oca i potom je može otpustiti".²⁶ Članak 142. navedenog zakonika se odnosi na slučaj u kojem žena ne snosi nikakvu krivicu i

19 Isto, čl.160.

20 "Ako čovjek u kuću (budućeg)tasta donese *bi-ib-lam*, da *tirhatu* i potom ga njegov prijatelj toliko okleveta da njegov tast na to izjavi " Nećeš se oženiti mojom kćerkom" da vrati dvostruko sve što mu je donijeto, njegov prijatelj ne može uzeti njegovu (nesuđenu) ženu." (Zakonici drevne Mesopotamije, str. 163.)

21 *Zakonici drevne Mesopotamije*, čl.183. str.166.

22 Isto.

23 Fusnota br.39.(*Zakonici drevne Mesopotamije*, str.164.)

24 Isto, str.161., čl.150.

25 Srđan Šarkić-Dragoljub Popović, *nav.dj.*, str.16.

26 *Zakonici drevne Mesopotamije*, str.160

ljagu za ponašanje u braku, za razliku od muža, žena ima pravo uzeti svoj miraz i vratiti se očevoj kući.²⁷ Žena koja u braku oboli od neke bolesti nije mogla biti otpuštena iako njen muž ima pravo dovesti drugu ženu u kuću. Ukoliko ženin ponos, moral i druge vrijednosti ne dopuštaju da živi u kući u kojoj je dovedena druga žena i to odbije, muž joj je dužan vratiti *šeriktu* koji je donijela.²⁸

U slučaju da žena umre za vrijeme trajanja braka, njen miraz pripada njenoj djeci.²⁹ Ukoliko umrla žena nije imala djece, u tom slučaju članak 163. Hamurabijeva zakonika predviđa da ... "njezin miraz pripada kući njezina oca".³⁰ U slučaju da žena koja se preuda rodi djecu i u drugom braku, njen miraz dijele djeca iz prvog i iz drugog braka, a ako nema djece u drugom braku, njen miraz pripada djeci rođenoj u prvom braku.³¹

Miraz se sastoji od pokretnih i nepokretnih dobara. Žena u babilonskom pravu ima pravnu i djelatnu sposobnost, mogla je raspolagati svojom imovinom, sklapati pravne poslove i svjedočiti na sudu.³² Bez obzira na određena ženina prava u Babilonu, ne može se tvrditi da je bila izjednačena sa mužem i sa pravima koja su mužu pripadala. Žena u Babilonu je uglavnom roditeljica, odgojiteljica i domaćica.³³ Najvažnija društvena svrha braka bila je rađanje zakonitog potomstva. Ukoliko rađanje potomstva nije bilo ostvarivo, onda je bio dopušten i drugi brak ili robinja-konkubina koja bi dala potomstvo. Međutim ukoliko je zakonita supruga bila bespriječna supruga onda je odluka o drugom braku bila u njezinim rukama.³⁴ Ukoliko muž želi raskinuti brak sa bespriječnom ženom koja je bila nerotkinja, onda ju je bio dužan obešteti.³⁵

Žena je imala pravo na razvod u slučaju da njen muž izlazi, da je ponižava, da je neosnovano optužuje za preljub, ako je muž napusti i ode u neko drugo mjesto, ukoliko je bolesna ima pravo na uzdržavanje do smrti, ali i u tom slučaju ona ima pravo na razvod braka.³⁶

Brak je prestajao smrću jednog od supružnika ili razvodom. Postupak razvoda je bio lakši za muškarce nego za žene. Žena je morala biti vjerna, nije smjela ponižavati

27 "Ako žena toliko omrzne svoga muža da izjavi "Nećeš me više imati", njezin moral da ispita mjesno vijeće starješina, pa ako je ona bez zamjerke i ljage, a njen muž izlazi, i ako je ponižava, ta žena ne snosi krivicu, uzeće svoj miraz i vratiti se u kuću svoga oca" (Isto., str.161.)

28 Čl.149. Hamurabijevog zakonika (Isto.)

29 "Ako čovjek uzme ženu, ova mu izrodi djecu, i potom umre, njezin otac ne može potraživati njezin miraz (*šeriktu*); njezin miraz pripada njenoj djeci"(Zakonici drevne Mesopotamije, str.163., čl.162.)

30 *Zakonici drevne Mesopotamije*, str.163

31 "Ako ta žena, tamo gdje se odseli, izrodi djecu sa drugim mužem, i potom umre, njezin će miraz podijeliti ranija sa kasnijom djecom". Usp. "Ako drugom mužu ne izrodi djecu, djeca njezina prvoga muža dobiće njen miraz" (*Zakonici drevne Mesopotamije*, str. 164., čl.173. Usp.čl.174.)

32 Željko Bartulović, *nav.dj.*, str.27.

33 Šefko Kurtović, *nav.dj.*, str.67.

34 Isto., str.65.

35 Isto. (Obeštećenje je ovisilo o muževljevom imovinskom statusu:avilu je davao uvijek tri puta veće obeštećenje nego muškenu.Prva uzorna supruga uvijek zadržava pravo prvenstva a robinji –konkubini koja izrodi djecu i koja se "nadmeće" sa svojom gospodaricom, supruga će staviti oznaku i ubrojiti je među ostale robinje. Robinja koja je izrodila djecu ne može biti prodana. Više o tome, Šefko Kurtović, *nav.dj*,str.65.)

36 Isto.,str.66.

muža, zapuštati kuću što vidimo iz članka 141. Hamurabijeva zakonika. Prema navedenoj odredbi " Ako žena (slobodna)čovjeka koja živi u njegovoj kući odluči da ga napusti da bi se posvetila "poslovima", tako zapusti svoju kuću (i)ponizi svog muža, da se to dokaže; ako njezin muž odluči da je otjera, otjerat će je i ništa joj nije dužan dati na ime otpremnine za razvod. Ako njezin muž nije odlučio da je otjera i oženi se drugom ženom, prva žena može ostati u kući svoga muža kao robinja".³⁷

S obzirom na ratne okolnosti i slučaj da je muž zarobljen i da u kući nema dovoljno sredstava za život, njegova žena je mogla otići u kuću drugoga bez ikakve krivnje i osude.³⁸ Suprotno tome, žena koja je napustila muža koji je ratni zarobljenik a ima dovoljno sredstava za život, kažnjavala se bacanjem u vodu.³⁹ Žena je bila dužna vratiti se mužu koji se vrati iz ratnog zarobljeništva, osim u slučaju da je izvrgao ruglu svoje rodno mjesto. Ukoliko bi bilo potomaka u drugom braku, žena je tu djecu ostavljala i vraćala se svom prvom mužu.⁴⁰

Udovica koja je imala malodobnu djecu se mogla preudati jedino ukoliko bi dobila sudsku dozvolu, a imovinu prvog muža suci povjeravaju na upravljanje drugom mužu jer se obiteljska imovina nije mogla prodati. Žena u braku je morala biti vjerna muškarcu, sankcije su bile pogibeljne za ženu, iako postoji mogućnost da muž oprost ženi o čemu govori član. 129. koji kaže: "Ako žena(nekog)čovjeka bude uhvaćena u ložnici sa drugim čovjekom, vezaće ih i baciti u vodu. Ako muž te žene želi poštediti svoju ženu, i kralj svoju svojinu (roba)mogu se poštediti."⁴¹

2. Imovinskopravni aspekti obiteljskih odnosa u Ateni

Kada govorimo o atenskom pravu tu prvenstveno mislimo na običajno pravo jer je državni normativni apsolutizam bio stran grčkom poimanju prava i države. Atensko pravo je bilo posebno u formalno-pravnom smislu, s ne u sadržajnom, materijalno-pravnom pogledu.⁴² Brak i obitelj su bili područje običaja, područje gdje su pravo, moral i vjera usko povezani.⁴³ Atensko zakonodavstvo se nije zasnivalo na jedinstvenom zakoniku kao što je to bio slučaj sa babilonskim pravnim sustavom. Atenski zakonodavci su dali veći doprinos u materiji ustavnog prava nego u sferi privatnog.⁴⁴

Narodna skupština je donosila zakone na način da je potvrđivala postojeće običaje koji su atenski građani upražnjavali. Efijskim reformama 462.g pr.Krista ocjena usklađenosti novih propisa sa običajima predaka povjerena je Helijski kao vrhovnom sudskom organu.⁴⁵ Svi odnosi vezani za brak i obitelj u Ateni su bili

37 *Zakonici drevne Mesopotamije*, str.160.

38 Isto., str.159., čl.134.

39 Isto. čl.133.a

40 " Ako je čovjek odveden kao ratni zarobljenik i u njegovoj kući nema dovoljno za život, pa njegova žena prije njegova povratka ode u kuću drugoga i izrodi mu djecu, (i) kasnije se njezin muž vrati u svoje rodno mjesto, žena da se vrati prvom mužu, a djeca ostaju ocu." (Isto., str.160.čl.135.)

41 Isto., str.159.

42 Šefko Kurtović, *nav.dj.*, str.105

43 Isto, str.110.

44 Detaljnije o tome, Srđan Šarkić-Dragoljub Popović, *nav.dj.*, str.20.-29.

45 Efijski, reformator u staroj Ateni. Oko 462.g.pr.Kr. suzio je nadležnost areopaga na sudjenja za uboj-

određeni običajnim pravom. Brak je u Ateni bio veoma važna ustanova, neženjama su bile čak nedostupne neke državne funkcije.

Ugovor o braku postojao je i u Ateni, bio je formalan u vidu sporazuma između mladoženje i staratelja mlade kyrios (*engue*).⁴⁶ *Engiezis* je sklapanje braka ugovorom madoženje i oca obitelji, a *epidikasija* sklapanje braka pred sudom ili službenikom.⁴⁷ Atensko pravo dakle poznaje dva načina sklapanja braka za razliku od babilonskog koje je poznavalo samo ugovor između mladoženje i mladenkina oca ili staratelja. Sa osamnaest godina muška djeca su stjecala ne samo pravnu i političku zrelost nego i bračnu, mada su brak zaključivali najčešće oko tridesete godine života.⁴⁸ U znanosti postoje različita mišljenja o karakteru kao i o pravnoj prirodi tog ugovora.⁴⁹

Prilikom zaključenja braka obično kyrios djevojke daje uz nju miraz (*prox*)u novcu ili naturi(kuća, zemlja), iako to nije uvjet pravovaljanosti braka.⁵⁰

Bitan element tog ugovora bio je ženidbeni dar koji se zvao *hedna*. Vremenom se *hedna* pretvara u simboličnu kupnju iako je u svojim počecima označavala svojom veličinom namjeru kupovine žene. Za razliku od Babilona, u Ateni ne postoji obveza ženinog miraza koji bi joj služio kao eventualno imovinsko osiguranje u braku. Iako nije postojala obveza, taj miraz se često davao, a označavao je djevojčin udio u obiteljskom nasljeđu. Žena nije mogla upravljati mirazom, on je smatran dijelom nasljeđa koje će naslijediti sinovi rođeni u tom braku. Iako poslovnu sposobnost Atenjanki mnogi povjesničari nazivaju ograničenom, vjerojatno je uopće nije ni bilo, budući da su valjano zaključiti ugovor i dogovoriti posao mogli isključivo skrbnici.⁵¹

Brak u Ateni jednako kao i u Babilonu je bio načelno monogaman.⁵² Muž je bio ženin staratelj, žena obavlja posao majke odgojiteljice. Unatoč ženinom potlačenom položaju i isključenosti iz javnog života, njezina uloga za razvoj društva je vrlo značajna jer su upravljanje imanjem i briga o povjerenim poslovima (posebice za izbivanja muža radi vojne ili dugotrajnog puta i zasjedanja u Skupštini) pridonosili

stva i vjerska pitanja, dok je sudske funkcije prenio na Heliaju, a nadzorne i upravne(uključujući prethodno ispitivanje kandidata za arhonte-dokimasia) na bule i ekleziju, čime je pripremio tlo za konačni razvoj atenske demokracije. (PRAVNI LEKSIKON, str.288.)

46 Detaljnije o tome, Fikret Karčić, *Komparativna pravna historija, predavanja i pravni tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., str.55.

47 Željko Bartulović, *nav.dj.*, str.45.

48 Šefko Kurtović, *nav.dj.*, str.111.

49 "Prema jednima on je imao konstitutivno djelovanje, tj., brak je nastajao čim je sporazum zaključen. Prema drugom stajalištu, brak je pravovaljan tek kada se nakon sporazuma uspostavi zajednica života supružnika (*synoikein*). Nejasna je i pravna priroda tog ugovora, dok jedni u njemu vide reminiscenciju nekadašnjeg ugovora o kupovini žene- jer u homersko doba mladoženja morao davati ženidbeni poklon-hednu, koji je predstavljao simboličnu cijenu, drugi tu prepoznaju ugovor o jamstvu jer ista riječ *engye*, označava jamstvo. Shodno ovom drugom mišljenju, kod Atenjana se žena nije prodavala nego povjeravala mužu. Poslije zaključenja sporazuma se priređivalo svadbeno veselje na kojem se između ostalog pjevala pjesma bogu prve bračne noći, Himeneju." (Sima Avramović, *nav.dj.*, str.180.)

50 Isto.

51 Zrinka Erent Sunko, *Obitelj u demokratskoj Ateni-institucija i polis u malom*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2007., vol.57.,No.3., str.611

52 Monogamnost je ipak bio kontroverzan pojam. Pojavom velikog broja slobodnih žena- *hetera*, kao i mladića koji su se prostituirali – *efeba*, učinilo je da se status formalno monogamnog braka u praksi pretvori u razvratnu poligamiju. (Srđan Šarkić-Dragoljub Popović, *nav.dj.*, str.35.)

napretku cijelog društva.⁵³ Vrlo je specifično za bračno pravo u Ateni činjenica da je muž mogao ženi u času svoje smrti odabrati muža, pa čak i za vrijeme trajanja braka imao je ingerenciju da vlastitu ženu uda za drugoga, najčešće iz razloga ako muž ne može uzdržavati ženu ili ako nisu imali djece. Ovo na nedvosmislen način govori o tome da žena u Ateni nije imala djelatnu sposobnost i da je muž bio njen skrbnik.

Da bi dijete bilo zakonito moralo je biti rođeno u braku koji je sklopljen u formi *engue* ili *epidiaksija*. Izvanbračna djeca su imala status meteka, nisu imala politička prava i u skladu sa običajima kojima se uređivao status meteka, mogli su stjecati imovinu do određene vrijednosti. Odnos roditelja i djece je određen moralom, djeca su dužna poštovati kult obitelji što bi značilo da ne možemo govoriti o pravima djece u smislu pozitivnog prava. Do vladavine Solona otac je djecu mogao prodati u ropstvo, a nakon toga otac je mogao nepokornu djecu izgnati iz kuće.⁵⁴ O životu a samim tim i o smrti odlučuje otac koji bi primanjem u naručje odlučivao da li će dijete zadržati na životu.

U Ateni su sinovi nužni nasljednici, kćeri nisu mogle biti nositeljice prava vlasništva kao ni izvanbračna djeca jer nisu dio obitelji. Uvijek se nasljeđuje po muškoj liniji, s tim da je zanimljivost da ukoliko nema sinova, nasljeđuju braća, pa djedovi ali ako nema braće umrlog da umrloga nasljeđuju sestre.⁵⁵ S tim u svezi postojao je jedinstven pravni režim koji se primjenjivao za jedinicu kćer ili *epikleru*.

Ostavitelj koji je imao jedinicu kćer mogao je oporukom odrediti srodnika nasljednika koji će oženiti njegovu kćer. Ukoliko bi ostavitelj umro bez oporuke tada je arhont-eponim preuzimao brigu o epikleri. Stupanje u brak se smatralo moralnom obvezom, iako ne stupanje u brak nije povlačilo nikakve sankcije već samo moralnu osudu.⁵⁶

Epidiaksija kao forma stupanja u brak primjenjivala se u izuzetnim prilikama kao što je udavanje bogate nasljednice ili prilikom ženidbe usvojenika. S obzirom da se brak zaključivao najčešće bez sudjelovanja javnih službenika na isti način je dolazilo i do razvoda. Muž je mogao razvrći brak jednostavnim vraćanjem žene njenoj obitelji.⁵⁷ Ukoliko je žena zahtijevala razvod, morala se obratiti arhontu eponimu (*arhon eponymos*) pismenim zahtjevom u kojem je morala iznijeti sve razloge za razvod. U slučaju da je muž bezobzirno i surovo postupao sa ženom, postupak za razvod braka mogao je pokrenuti ženin otac zahtijevajući da se kći vrati u njegovu kuću.⁵⁸

Postojalo je više razloga za razvod braka, atimija kao i ropstvo muža bili su najvažniji. Atimija je kazna koja je označavala gubitak građanskih prava koja su ponekad izricali atenski sudovi. Obično se izricala kazna gubitka onog prava koje je bilo povrijeđeno (isključenje iz zajednice, zabrana pristupa svetištu). Potpuna atimija uključivala je konfiskaciju imovine. Izricala se najčešće državnim dužnosnicima, lopovima, prostitutkama, svodnicima, nesavjesnim korisnicima političkih prava ili

53 Zrinka Erent-Sunko, *nav.dj.* str.605.

54 Šefko Kurtović, *nav.dj.*, str.111.

55 Detaljnije o tome: Šefko Kurtović, *nav.dj.*, str.111. Usp. Sima Avramović, *nav.dj.* str.182.

56 Srđan Šarkić-Dragoljub Popović, *nav.dj.*, str.35.

57 Šefko Kurtović, *nav.dj.*, str.110.

58 Srđan Šarkić-Dragoljub Popović, *nav.dj.*, str.35.

prava podizanja tužbe, podnositeljima prijedloga protivnim zakonu, povrediteljima hramova i bogova.⁵⁹

Za vrijeme vladavine Perikla, određeno je da će atenski građani biti samo oni koji su rođeni u braku u kome su oba roditelja čime se Atena zatvara za brakove sa neatenjankama, te je na taj način krug državljanstva bio znatno sužen.⁶⁰

Potrebno se osvrnuti na bračne veze robova u Ateni, koji su se također ženili. Brak robova bio je ugovorno privatna i faktična stvar u kojoj izostaju imovinski elementi zaključenja braka kao kod slobodnih stanovnika Atene. Državni robovi su imali određenu pravnu i djelatnu sposobnost, mogli su zasnovati obitelj, dobivali su određenu naknadu za svoj rad, a mogli su i sami imati robove.⁶¹ Privatni rob je bio *res*, gospodareva imovina i kao takav mogao je biti mučen i kažnjavao, no nije smio biti zlostavljan te je u tom slučaju imao pravo na azil. Gospodar ga nije smio ubiti.⁶² Što se tiče kaznenih djela protiv obitelji, kaznenim djelom se smatralo surovo postupanje djece prema roditeljima, staratelja sa povjerenim im osobama i slično.⁶³ Ženina nevjera je davala mogućnost mužu da ubije ljubavnika na licu mjesta što je predstavljalo veoma primitivan oblik samopomoći. Ukoliko ga nije htio ubiti imao je mogućnost da ga putem tužbe *graphe moicheias* pozove na materijalnu odgovornost. Kaznena djela u Ateni su u nekim slučajevima tužena privatnom (*dike*) ili javnom (*graphe*) tužbom.⁶⁴ Ukoliko bi muž oprostio ženi nevjeru, a uz to još i nastavio s njom živjeti, tada atensko pravo predviđa atimiju, odnosno gubitak časnih prava.⁶⁵

3. Zaključak

Usporednopravnom analizom babilonskog i atenskog prava u materiji obiteljskog prava nastojali smo istražiti neke imovinskopravne aspekte obiteljskih odnosa. Osnovna razlika babilonskog i atenskog prava jeste postojanje odnosno nepostojanje zakonodavne regulative.

Dok je u Babilonu ugovor o braku bio normiran odredbom 128. najvažnijeg pravnog izvora u to vrijeme, Hamurabijeva zakonika, ugovor o braku u Ateni se temeljio na običajnim normama u kojima su se ispreplitali vjera i moral. Određenu paralelu je moguće povući s obzirom na formalnu monogamnost i babilonskog i atenskog braka, kao i na činjenicu da je brak zajednica života muškarca i žene. Institut miraza je i u babilonskom kao i u atenskom pravu imao funkciju osiguranja žene u braku te je bio imovinska potpora novoj obitelji. Tim mirazom međutim ne

59 PRAVNI LEKSIKON, str.50. Usp. Šefko Kurtović, *nav.dj.*, str.113.

60 Šefko Kurtović, *nav.dj.*, str.92. Usp. PRAVNI LEKSIKON, str.1064.-1065. (Periklo-atenski državnik 495.pr.Kr.-Atena, 429.pr.Kr.. Svojim reformama razgraničio je nadležnost najviših državnih tijela(areopag-bule-eklezija), Gotovo sve funkcije učinio dostupnima svim građanima i pretvorio ih u izborne, često kockom) te uveo dnevnicu za obavljanje većine javnih funkcija i *graphe* paranomon. Ograničio je pravo atenskog građanstva na djecu kojima su oba roditelja bili slobodni Atenjani. Njegovo doba smatra se vrhuncem atenske demokracije).

61 Zrinka Erent-Sunko, *nav.dj.*, str.620.

62 Isto.

63 Srdan Šarkić-Dragoljub Popović, *nav.dj.* str.37.

64 Detaljnije o tome: Srdan Šarkić-Dragoljub Popović, *nav.dj.* str.37.

65 Sima Avramović, *nav.dj.*, str.181.

upravlja žena već muž, kako u babilonskom tako i u atenskom pravu. Obiteljski odnosi su temeljeni na običajnim konvencijama, na odnosu muža i žene koji je patrijarhalan, na odnosu u kojem žena rađa i odgaja djecu, te se bavi poslovima vezanim uz domaćinstvo što je odgovaralo tadašnjem društvenom shvaćanju mjesta i uloge koju je žena imala.

Na kraju navodimo primjer ugovora o braku 6 godine Nabanidusa, 549.g.pr.Kr iz Mezopotamije. Ovaj ugovor nam govori o ugovoru o braku u kojem se uređuju imovinsko-pravni odnosi vezani uz vjenčani dar, te na ovom primjeru možemo vidjeti da su u određenom smislu države starog istoka a i zapada postavile temelje za razvoj ovog instituta u budućnosti.

"Nabu-Nadin –Akhi, sin Bel-Akhi-idina, sin Arad-Nergala, rekao je Šum-Ukinu, sinu Mušallimu "Daj svoju kćerku djevicu Ina-Esaggil-Banat mome sinu Uballit-Su-Gula." Šum-Ukin ga je čuo i dao svoju kćer djevicu Ina-Esaggil-Banat za njegovog sina Uballit-Su-Gula. Dao je Nabu-Nadin-Akhi-Ju jednu manu novca, Latubašini , kao njen miraz. Šum-Ukin je Nabu-Nadin-Akhiju dao na ime miraza koji u potpunosti iznosi jednu manu novca, svog roba Nanu-Kiširata koji vrijedi 2/3 mane novca. Šum-Ukin će platiti Nabu-Nadin-Akhiju ostatak od 1/3 mane novca i miraz će na taj način biti kompletiran".⁶⁶

66 Fikret Karčić, *Pravni tekstovi –odabrani izvori za Opću historiju države i prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu. Sarajevo, 2004., str.13.

Dr. sc. Ivona Šego-Marić, Assistant Professor
Faculty of Law, Univeristy of Mostar

THE PROPERTY-LEGAL ASPECTS OF FAMILY RELATIONS IN BABYLON AND ATHENS

Summary

The author takes into consideration the property-legal aspects of family relations in Babylon and Athens. The family relies on the marriage which is in principle monogamous. Using the comparative legal method of the Athenian and Babylonian family law, this paper analyses the social purpose of marriage with a special emphasis on the marriage agreement which defines the property-legal relations of spouses at the moment of entering the marriage as well as during the time of its existence. This paper also analyses the legal property warranty for the conduct of spouses in marriage. The aim of this paper is to present the particularities from the legal aspect of family law in antiquity.

Keywords: marriage agreement, antiquity, *tirhatu*, *šeriktum*, *hedna*, divorce

STRUČNI RAD

Mr. sc. Đemaludin Mutapčić, notar

BRAČNA STEČEVINA I HIPOTEKA U ZAKONODAVSTVU I PRAVNOJ PRAKSI

Zakonska presumpcija da su bračni partneri u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini ako nisu drukčije ugovorili podrazumijeva uknjižbu suvlasničkog dijela nekretnina u bračnoj stečevini u zemljišnim knjigama. To se posebno odnosi na pitanje bračne stečevine i zalaganja nekretnine iz bračne stečevine. U tom pogledu na bračnu stečevinu primjenjuju se i odredbe stvarnog, zemljišnoknjižnog i obligacionog prava, imajući u vidu da je hipoteka jedno od najsavremenijih sredstava stvarnopravnog osiguranja novčanog potraživanja, a koja isto tako nastaje uknjižbom u zemljišnim knjigama.

Predmet istraživanja ovog rada sastoji se u analiziranju pravnih posljedica u slučaju da bračni partner nije iskoristio zakonsku mogućnost da izvrši ispravku upisa u zemljišnim knjigama, s obzirom na to da je isključivo od inicijative bračnog partnera zavisilo da li će se preduzeti odgovarajuće pravne radnje.

U sudskoj praksi redovnih sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine, kao i u apelacionoj jurisdikciji Ustavnog Suda Bosne i Hercegovine, razmatrano je pitanje da li odredbe Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine koje se odnose na bračnu stečevinu imaju jaču snagu od odredaba Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine koje se odnose na načelo povjerenja u zemljišne knjige?

U ovom radu se došlo do rezultata da je, radi osiguranja pravnog prometa, načelo povjerenja u zemljišne knjige jače od odredaba Porodičnog zakona kojim je regulirana bračna stečevina, te da mu treba dati prednost .

Ključne riječi: bračna stečevina, hipoteka, načelo povjerenja u zemljišne knjige, suvlasništvo, bračni ugovor.

1. UVOD

Promet nekretninama može se ostvarivati samo prometom prava na njima i zato služe zemljišne knjige kao javni registri, u koje se upisuju nekretnine i stvarna prava na njima te drugi pravni odnosi s njima vezani. Značaj registara u pravu je u tome što se evidentiranjem određenih činjenica osigurava veća sigurnost pravnog prometa i olakšava stjecanje izvjesnih prava.

U tom smislu, između instituta bračne stečevine, instituta hipoteke i načela povjerenja (pouzdanja) u zemljišne knjige postoji međusobna uslovljenost i povezanost u zakonodavstvu i pravnoj praksi. Po svojoj pravnoj prirodi, bračna stečevina je suvlasništvo, ukoliko nije drugačije uređeno bračnim ugovorom u

porodičnopравnim odnosima u pravnom sistemu u Federaciji Bosne i Hercegovine¹. Hipoteka je založno pravo na nekretninama. Načelo povjerenja u zemljišne knjige je jedno od najvažnijih načela zemljišnoknjižnog prava. „U interesu pravnog prometa važi načelo povjerenja u tačnost zemljišnih knjiga, te upisano pravo važi kao tačno, a neupisano kao nepostojeće“.² Hipoteka nastaje uknjižbom u zemljišne knjige, kao i suvlasništvo u bračnoj stečevini.

2. BRAČNA STEČEVINA

Na teritoriji Bosne i Hercegovine, zbog specifičnog državnog ustrojstva određenog njenim Ustavom kao sastavnim dijelom Dejtonskog mirovnog sporazuma³, postoji nekoliko zakona kojima se uređuje materija bračne stečevine. Svi su oni donijeti na nivou entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, jer nadležnost za njihovo donošenje imaju upravo i ti organizaciono-teritorijalni dijelovi Bosne i Hercegovine. Zbog prihvaćenog metoda pozitivne enumeracije u podjeli nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, na nivou države Bosne i Hercegovine nema „krovnog zakona“ kojim bi se regulirala materija bračne stečevine. U donošenju entitetskih zakona i Porodičnog zakona Brčko Distrikta BiH nije prihvaćen metod sadržajnog ujednačavanja zakonskih tekstova, pa je zato bračna stečevina suvlasništvo u Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, a u Republici Srpskoj ona je zajedničko vlasništvo.

Koristeći se svojim ustavnim, a Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine statutarnim nadležnostima, ove političko-teritorijalne jedinice Bosne i Hercegovine donijele su zakonske propise kojima su regulirale materiju bračne imovine.⁴

U Republici Srpskoj donesen je Porodični zakon 2002. godine,⁵ u Federaciji Bosne i Hercegovine donesen je Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine 2005. godine,⁶ a u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine donesen je Porodični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine 2007. godine.⁷

Iz toga je isto tako vidljivo da se institut bračne stečevine propisuje u tri posebna porodična zakona u Bosni i Hercegovini⁸, a umjesto jednog jedinstvenog Porodičnog

1 Postoje različitosti u porodičnopравnim odnosima u pravnim sistemima u Bosni i Hercegovini.

2 Weike Jörg i Tajić Larisa, Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini, Privredna štampa d.d. Sarajevo, 2005. str. 43.

3 Sporazum je političko-pravni akt parafiran u Dejtonu (USA) 21.11.1995. godine, a potpisan u Parizu 14.12.1995. godine kada je stupio na snagu, Ustav Bosne i Hercegovine sadržan je u Aneksu 4. Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini

4 Redoslijed navođenja pojedinih zakona je prema redoslijedu njihovog donošenja kada je kompetentna vlast donijela svoj zakon.

5 «Službeni glasnik Republike Srpske», br. 54/02, 41/08 i 63/14.

6 «Službene novine Federacije BiH», br. 35/05, 41/05 i 31/14. U pogledu naziva, naziv «Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine» odgovara nazivu «Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine».

7 «Službeni glasnik Brčko distrikta BiH» broj 23/07.

8 U terminološkom smislu, termin „bračna stečevina“ koristi se u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine; termin „zajednička imovina bračnih supružnika“ koristi se u Porodičnom zakonu, koji se primjenjuje u Republici Srpskoj, a termin „bračna tekovina“ koristi se u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta BiH. Ta imovina u doktrini naziva se još i zajedničkom imovinom ili zajedničkom

zakona iz 1979. godine, koji se primjenjivao do početka primjene navedenih zakona.

Pred nama su, dakle, prvi put, u pravnoj historiji Bosne i Hercegovine, tri posebna porodična zakona kojima se propisuje institut bračne stečevine. To je bez sumnje važan događaj u pravnoj historiji Bosne i Hercegovine. Ovo posebno zbog toga što je u novom zakonodavstvu pored primjene zakonskog imovinskog režima bračne stečevine, uređena primjena ugovornog imovinskog režima bračne stečevine.

Historijski gledano, primjena instituta bračne stečevine u zakonodavstvu i pravnoj praksi u Bosni i Hercegovini može se razdvojiti u dva posebna perioda, i to: 1. period primjene Porodičnog zakona iz 1979. godine i 2. period nakon donošenja novog porodičnog zakonodavstva.

U nastavku ovog rada, ukratko, izlaže se: 1. zakonski imovinski režim bračne stečevine i 2. ugovorni imovinski režim bračne stečevine.

2.1. ZAKONSKI IMOVINSKI REŽIM BRAČNE STEČEVINE PREMA PORODIČNOM ZAKONU IZ 1979. GODINE

Imovinski odnosi bračnih drugova u Porodičnom zakonu iz 1979. godine bili su uređeni u obliku zakonskog imovinskog režima.

Zakonski imovinski režim znači da bračnim drugovima⁹ nije ostavljena mogućnost da ove odnose ugovorom urede na način koji bi bio drugačiji od onoga koji je određen u Zakonu. Nije normirana mogućnost derogiranja zakonskog imovinskog režima, pa bračnim drugovima tako nije pružena prilika da imovinske odnose reguliraju onako kako njima odgovara, isključivši primjenu zakonskog imovinskog režima.¹⁰

Zajednička imovina bračnih drugova je imovina koju su bračni drugovi stekli radom tokom bračne zajednice, kao i prihodi iz te imovine (čl. 264. PZ).¹¹

„Brojne, teške i dugotrajne parnice koje se vode pred sudovima povodom zahtjeva za podjelu zajedničke imovine, kao i nova ekonomska kretanja u našoj zemlji, uz iskustva u stranim zemljama u kojima je prihvaćen režim podjele na jednake dijelove, nameću potrebu drugačijeg normiranja ovog pitanja, bilo tako tekovinom. Nakon donošenja novog porodičnog zakonodavstva u savremenoj Bosni i Hercegovini pre-
stao se koristiti termin „zajednička imovina bračnih drugova“ iz Porodičnog zakona iz 1979. godine.
9 U terminološkom smislu, termin „bračni partneri“ koristi se u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine i Porodičnom zakonu Brčko Distrikta BiH, a termin „bračni supružnici“ u Porodičnom zakonu, koji se primjenjuje u Republici Srpskoj. Ovim terminima zamjenjuje se termin „bračni drugovi“ iz Porodičnog zakona («Službeni list SRBiH», 21/79 i 44/89 i « Službeni list RBiH», br. 6/94 i 13/94). Istina, na jednom mjestu u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta BiH iznad člana 238. „G) Odgovornost bračnih drugova za obaveze prema trećim osobama“ zadržan je termin „bračni drugovi“, a što je očigledno omaška u pisanju (*lapsus calami*). Treba ukazati da se termin „bračni drugovi“ koristi u članu 73. stav 1. tačka 1. Zakona o notarima («Službene novine Federacije BiH», broj 45/02), kojim je izričito propisano da pravni poslovi za koje je obavezna notarska obrada isprave uključuju pravne poslove o reguliranju imovinskih odnosa između bračnih drugova, a u protivnom su ništavi. Zadržavanje termina „bračni drugovi“ u navedenom Zakonu o notarima ujedno ukazuje na nužnost međusobne pravne harmonizacije između važećih porodičnih i zakona o notarima u Bosni i Hercegovini i u terminološkom smislu.

10 Nerimana Traljić i Suzana Bubić, Porodično pravo II izdanje, „Magistrat“ Sarajevo, 2001, str. 292.

11 Skraćenica “PZ” koristi se za označavanje Porodičnog zakona iz 1979. godine.

da se prihvati sistem podjele na jednake dijelove, bilo da se usvoje neki njegovi elementi“.¹²

Udio bračnih drugova nije bilo jednostavno odrediti, pa upravo u vezi s tim u praksi nastaju sporovi.¹³ Zakonodavac je, radi uspješnijeg i bržeg rješavanja sporova, regulirao neka od pitanja koja su se u sudskoj praksi javljala kao sporna.

2.2. UGOVORNI IMOVINSKI REŽIM I BRAČNA STEČEVINA

Među konceptijskim novinama u relevantnim propisima nove zakonske regulative bračne stečevine u Bosni i Hercegovini, mogu se izdvojiti novine koje se odnose na uvođenje ugovornog imovinskog režima bračne stečevine u porodičnom zakonodavstvu.

Iz toga slijedi da je dio Porodičnog zakona Republike Srpske koji se odnosi na zajedničku supružničku imovinu pretrpio značajne izmjene¹⁴, posebno uvođenjem bračnog ugovornog režima.

Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine, kao i Porodičnim zakonom Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine isto tako se uvodi bračni ugovorni režim u pogledu imovinskih odnosa. Ugovorom se, do sada, nije mogao mijenjati prinudni imovinski režim bračne stečevine uređen zakonom. Sada se prednost daje ugovornom režimu u pogledu imovinskih odnosa u braku.

2.3. BRAČNI UGOVOR

U entitetskim porodičnim zakonima propisana je uloga notara tako da bračni ugovor ima formu notarski obrađene isprave. U članu 271. stav 5. Porodičnog zakona Republike Srpske izričito je propisano da bračni ugovor mora biti notarski obrađen.¹⁵ U članu 258. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine koji se odnosi na bračni ugovor, u stavu 2. zakonodavac je za formu bračnog ugovora propisao sljedeće: “za punovažnost ugovora nužno je da isprava bude notarski obrađena.“

U članu 235. Porodičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, koji se odnosi na bračni ugovor, u stavu 2. zakonodavac je za formu bračnog ugovora

12 Pojedini profesori porodičnog prava u našoj zemlji su već 2001. godine ukazivali na nužnost reforme instituta bračne stečevine. Tako Dr Suzana Bubić u udžbeniku Porodično pravo II izdanje, “Magistrat“ Sarajevo, 2001. str. 301.

13 Kao što je poznato iz sudske prakse, u parnicama za podjelu zajedničke bračne imovine bračni drugovi se bore za “iglu“.

14 Prof. Dr. Branko Morait, Porodični zakon Republike Srpske sa predgovorom, Banja Luka, 2003. str. 43.

15 U prvobitnom tekstu Porodičnog zakona («Službeni glasnik Republike Srpske», broj 54/02 od 27.08.2002. godine) nije bila propisana obligatorna notarska obrada bračnog ugovora i član 271. stav 5. je glasio: “Bračni ugovor zaključuje se u pismenoj formi, a potpisi bračnih supružnika moraju biti ovjereni od strane suda ili notara.“ Međutim, polazeći od pravnog značaja notarske isprave nastale notarskom obradom, zakonodavac je izmijenio navedenu odredbu u skladu sa članom 271. stav 5. Zakona o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona («Službeni glasnik Republike Srpske», broj 41/08 od 15.04.2008. godine).

propisao sljedeće: “Za pravosnažnost ugovora neophodno je da isprava bude sastavljena i ovjerena kod nadležnog organa ili bilježnički obrađena“.

Analizom navedene formulacije tog zakona može se zapaziti da zakonodavac koristi termin „pravosnažnost ugovora“, a što nije osnovano i uputno. Kako se termin „pravosnažnost“ koristi za odluke nadležnih organa, a ne u ugovornom pravu, nužno je u toj normi umjesto toga unijeti termin „punovažnost ugovora“. Osim toga, može se zapaziti uvođenje alternative u pogledu isprave tako da zakonodavac propisuje: „neophodno je da isprava bude sastavljena i ovjerena kod nadležnog organa ili bilježnički obrađena“. Takva formulacija unosi nejasnoće. Ona ne sadrži odgovor na pitanje prvog dijela te alternative: ko je nadležni organ? Osim toga koristi se termin „bilježnički obrađena“¹⁶, čime se dovodi u pitanje latinski tip notarijata, koji je prihvaćen u Bosni i Hercegovini, za razliku od javnog bilježništva u Republici Hrvatskoj.

Istina, u praktičnoj primjeni te zakonske odredbe radi se notarski obrađena isprava, ali je navedenu zakonsku odredbu nužno normativno urediti i uskladiti sa Zakonom o notarima.

Analizom navedenih odredbi o formi bračnog ugovora u entitetskim porodičnim zakonima i u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine zapažaju se određene razlike, posebno u normativnom smislu.

Upoređujući nove zakonske aspekte pravnog normiranja treba ukazati da je jasna i nedvosmislena odredba da bračni ugovor mora biti notarski obrađen, a koja je sadržana u članu 271. stav 5. Porodičnog zakona Republike Srpske.¹⁷ T a k v a formulacija ne ostavlja nikakve nejasnoće.

2.4. PRAVNA PRIRODA BRAČNE STEČEVINE U PORODIČNOM ZAKONU FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

Jedna od niza novina koje su unesene u Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine je regulirana u njegovoj odredbi člana 252. koji glasi:

„(1) Bračni partneri su u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini ako nisu drukčije ugovorili.

(2) Budući bračni partneri, odnosno bračni partneri mogu bračnim ugovorom drukčije urediti svoje odnose vezane za bračnu stečevinu.

(3) Ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik stečevine upisan jedan bračni partner, drugi bračni partner može zahtijevati ispravku upisa, sukladno Zakonu o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.“

Iz naprijed navedene zakonske formulacije slijedi da je u Federaciji Bosne i Hercegovine bračna stečevina suvlasništvo, a ne zajedničko vlasništvo.

¹⁶ U članu 134. Zakona o notarima («Službene novine Federacije BiH»), broj 45/02) propisano je da danom stupanja na snagu tog zakona prestaje da važi Zakon o javnom bilježništvu («Službene novine Federacije BiH»), broj 49/99), iz čega slijedi da je već tada napušten koncept javnog bilježništva, a prihvaćen koncept latinskog tipa notarijata.

¹⁷ To je rezultat rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini, koji su počeli sa radom od 04.05.2007. godine u Federaciji Bosne i Hercegovine, a nešto kasnije u Republici Srpskoj i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine.

Suvlasništvo (susvojina, suvlastina, smesništvo) – pravo privatne svojine koje ima dva ili više titulara (suvlasnika, smesničara). Za razliku od zajedničke imovine, gdje se do diobe ne zna kome koliko pripada, dijelovi suvlasnika su određeni, i to alikvotno, razlomkom, npr. jedna polovina, jedna trećina, tri četvrtine, dvije trećine itd. Suvlasničke kvote odnose se na cijelu stvar, na svaku njenu česticu. Suvlasnik može samostalno raspolagati svojim dijelom, može ga založiti, zavještati, pokloniti.

Zajednička imovina (svojina zajedničke ruke, zajednička svojina) – pravo svojine koje imaju dva ili više titulara, čiji udjeli u zajedničkoj imovini nisu određeni, niti se, po pravilu, mogu otuđiti dok se ne podijeli zajednička imovina. Kod zajedničke imovine udjeli vlasnika – zajedničara nisu unaprijed određeni i ovlašćenje raspolaganja je sasvim isključeno ili bitno ograničeno. To je suštinska razlika u odnosu na suvlasništvo, kod kojeg se dio svakog suvlasnika zna i svaki suvlasnik može slobodno raspolagati svojim udjelom (pokloniti ga, založiti, prodati kako drugom suvlasniku tako i licu van suvlasničke zajednice).¹⁸

Same formulacije naprijed navedenih odredbi Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine kao i Porodičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine ukazuju da je imperativno određeno uvođenje zakonske presumpcije suvlasništva na jednake dijelove u bračnoj stečevini.

Takvo zakonsko određenje ima materijalno-pravni i procesno-pravni aspekt u zakonodavstvu i pravnoj praksi.¹⁹

2.5. MATERIJALNO-PРАВNI I PROCESNO-PРАВNI ASPEKT UVOĐENJA ZAKONSKE PRESUMPCIJE SUVLASNIŠTVA NA JEDNAKE DIJELOVE U BRAČNOJ STEČEVINI

Sa materijalno-pravnog aspekta uvođenje zakonske presumpcije suvlasništva na jednake dijelove u bračnoj stečevini u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine, kao i u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine sadrži imperativnu zakonsku odredbu i neoborivu zakonsku presumpciju i protiv takvog zakonskog određenja ne postoji nikakvo pravno sredstvo, budući da zakonodavac polazi od kategoričkog stanovišta da su bračni partneri u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini, ako nisu drukčije ugovorili.

18 Vidjeti zakonsku definiciju suvlasništva iz odredbe člana 25. stav. 1. Zakona o stvarnim pravima („Službene novine Federacije BiH“, br. 66/13 i 100/13), prema kojoj suvlasništvo postoji kada dvije ili više osoba imaju pravo vlasništva na istoj stvari svaki prema svom udjelu srazmjerno cjelini (idealni dio).

19 Kao primjer iz pravne prakse u primjeni novog porodičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, može se izdvojiti slučaj iz presude Općinskog suda u Širokom Brijegu broj 064-0-P-06-000129 do 13.12.2007. godine, presude Županijskog suda u Širokom Brijegu broj 008-0-GŽ-08-000 106 od 26.05.2008 i presude Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 070-0-Rev-08-001301 od 12.01.2010. godine, a koji se nalazi u apelacionoj jurisdikciji Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Naime, nižestepeni sudovi su odlučili da se u okviru pravnog instituta bračne stečevine može utvrđivati da u bračnu stečevinu ulazi udio u sticanju “udjela” u društvu sa ograničenom odgovornošću i nakon osamnaest godina od osnivanja društva i njegovog upisa u sudski registar, tužiteljicu proglasili suosnivačem privrednog društva i omogućili naknadni upis tužiteljice kao novog člana društva u sudski registar.

Gledano sa procesno-pravnog aspekta na zakonsku imperativnu normu navedenu na početku ovog dijela rada, jasno je i nedvosmisleno da su u tom slučaju bračni partneri u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini. Iz takve formulacije, može se zaključiti da je propis o bračnoj stečevini kao suvlasništvu bračnih partnera na jednake dijelove («pola-pola») imperativnog karaktera i predstavlja normu *ius cogens* («ovako i nikako drukčije»). Na takav pravni značaj presumpcije bračne stečevine u nedostatku notarski obrađenog ugovora bračnih partnera posebno ukazuju i zakonski propisi u kojima je izričito propisano da, ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik bračne stečevine upisan jedan bračni partner, drugi bračni partner može zahtijevati ispravku upisa u zemljišnim knjigama, a na osnovu i u okviru člana 252. stav 3. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine. Imajući pri tome u vidu da je zemljišna knjiga javna knjiga u kojoj važe načela konstitutivnosti upisa i javnog povjerenja, vidljivo je da su pri tome došla do izražaja i načela sadržana u Zakonu o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini²⁰.

Uvođenje takvog zakonskog rješenja ima i procesno-pravne posljedice, s obzirom na to da će sud odbaciti tužbu kao nedopuštenu na osnovu Zakona o parničnom postupku²¹, ako je tužba podnesena protivno tom imperativnom propisu (naprimjer, ako bi jedan bračni partner u tužbi tražio više od jedne polovine u bračnoj stečevini). U takvom slučaju tužba je nedopuštena. Drugo je pitanje utvrđenja šta ulazi u bračnu stečevinu i to može biti predmet parničnog postupka.

Osim toga, iz sva tri važeća porodična zakona u Bosni i Hercegovini može se izvući zaključak da kroz notarski obrađene bračne ugovore bračni partneri mogu naći drugo rješenje u pogledu imovinskih odnosa od onog koje propisuje zakon. Naime, definirana je uloga notara²² u oblasti imovinskih odnosa bračnih partnera u bračnoj stečevini. Za punovažnost bračnog ugovora nužno je da isprava bude notarski obrađena. Zakoni o notarima u Bosni i Hercegovini predviđaju značajnu nadležnost notara²³ i određuju da je pod prijetnjom ništavosti obavezna notarska obrada bračnog ugovora.

20 Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini ("Službeni glasnik BiH", broj 16/03)

21 Zakon o parničnom postupku ("Službene novine Federacije BiH", br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15)

22 Služba notara je javna služba koju obavljaju notari, koji su samostalni i neovisni nosioci te službe. Notarske isprave su: isprave nastale notarskom obradom, notarske ovjere i notarske potvrde. Notarske isprave su javne isprave i važe kod svih organa vlasti, pravnih osoba i drugih institucija neovisno od toga od kojeg su notara izdate. Notarski obrađene isprave, koje je notar sačinio u granicama svojih službenih ovlaštenja u propisanoj formi, imaju punu dokaznu snagu javne isprave o izjavama datim pred notarom.

23 Provedena javna rasprava o Nacrtu porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, koju je 2004. godine organiziralo Federalno ministarstvo pravde Sarajevo (kao ovlašteni obrađivač tog zakona) u svih deset kantona obrazovanih u Federaciji Bosne i Hercegovine, pokazala je da u toj javnoj raspravi u cjelini podržane odredbe Nacrta zakona, kojima je definirana uloga notara u oblasti porodično-pravnih odnosa, a podržan je koncept Nacrta zakona da je u pogledu imovinskih odnosa za punovažnost bračnog ugovora nužno da isprava bude notarski obrađena pod prijetnjom ništavosti. O tome vidjeti Izvještaj o organiziranoj i provedenoj javnoj raspravi o Nacrtu porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, koji je sačinio Đemaludin Mutapčić u svojstvu pomoćnika gospođe Borjane Krišto, ministricke pravde u Vladi Federacije BiH (Publikacija Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine i Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, priređivač Đemaludin Mutapčić, Federalno ministarstvo pravde Sarajevo, DES-Sarajevo, 2005.)

2.6. OSNOVNE RAZLIKE U POGLEDU ODREĐENJA BRAČNE IMOVINE U PORODIČNIM ZAKONIMA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE, REPUBLIKE SRPSKE I BRČKO DISTRIKTA BOSNE I HERCEGOVINE

Očigledno je iz naprijed navedenog da u pogledu bračne stečevine nije ostvarena međuentitetska pravna harmonizacija. U tom pogledu postoje značajne razlike između Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, a posebno u slijedećem:

1. U Federaciji Bosne i Hercegovine bračna stečevina je suvlasništvo, a u Republici Srpskoj je zajedničko vlasništvo, ako nije drukčije ugovoreno i
2. U Federaciji Bosne i Hercegovine svaki bračni partner ne može zahtijevati da mu sud odredi veći dio od jedne polovine, a takva mogućnost postoji u članu 273. stav 1. Porodičnog zakona Republike Srpske.

Imajući u vidu da su provođenjem Aneksa 7. Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini stvorene pretpostavke za slobodno kretanje ljudi na cijelom prostoru Bosne i Hercegovine, kao i ustavnu obavezu da se svim građanima osigura jednaka zaštita prava i sloboda, čini se opravdanim pokretanje aktivnosti u pravcu harmonizacije zakonskih rješenja entiteta u pogledu pravnog režima bračne stečevine.

2.7. ISTRAŽIVANJE O TUŽBAMA RADI UTVRĐENJA I DIOBE BRAČNE STEČEVINE

O uvođenju imperativne norme suvlasništva na jednake dijelove u bračnoj stečevini, u periodu od 24.01. do 24.03.2005. godine obavljeno je istraživanje u Federaciji Bosne i Hercegovine²⁴ putem dvadesetosam općinskih i deset kantonalnih sudova i Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine. Istraživanje se odnosilo na sudske predmete za period od tri godine (od 2002. do 2004. godine) za tužbe radi utvrđenja i diobe bračne stečevine.

Ujedno su prikupljeni podaci od kantonalnih sudova za drugostepeni parnični postupak po tim tužbama. Od Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine su prikupljeni podaci za revizijske predmete odnosno zahtjeve za zaštitu zakonitosti u takvim predmetima.

Istraživanje je pokazalo da sudije parničnih odjeljenja podržavaju uvođenje novog zakonskog rješenja, odnosno zakonske presumpcije suvlasništva na jednake dijelove u bračnoj stečevini, ako nije drukčije ugovoreno, sa očekivanjima da će se smanjiti broj tužbi koje se odnose na bračnu stečevinu.

Međutim, u literaturi se navode prednosti i nedostaci instituta bračne stečevine u zakonodavstvima Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, te Republike Hrvatske. Tako se u pogledu bračne stečevine iz tih zakonodavstava navodi: „Svakako da posmatrani model bračne imovine garantuje

²⁴ Spis Federalnog ministarstva pravde Sarajevo broj: 03-06-111/05.

jednostavnost u raspravljanju imovinskih odnosa između supružnika; ali efikasnost u sudskom postupku, koja podrazumijeva oslobađanje suda obaveze da utvrđuje udjele supružnika, ne može biti opravdanje za nastupanje potencijalno nepravičnog pravnog finala koje se ogleda u neoborivoj jednakosti udjela²⁵. Međutim, postavlja se pitanje da li je citirani stav prihvatljiv, s obzirom na to da takav stav uglavnom zanemaruje nužnost rasterećenja redovnih sudova od dugotrajnih parnica za utvrđenje i podjelu bračne stečevine, te uvođenje notara kao preventivnih sudija u pravni sistem u Bosni i Hercegovini, a koji imaju široko polje djelovanja u imovinskim odnosima u braku. Osim toga, uvođenje raspravnog načela parničnog postupka nakon reforme parnične procedure u Bosni i Hercegovini iz 2003. godine ukazuje na to da je citirani stav manje-više neprihvatljiv.

2.8. PREDNOSTI IZVRŠNE NOTARSKJE ISPRAVE

Notarski obrađene isprave se sačinjavaju u posebnom, zakonom propisanom postupku. U okviru postupka notarske obrade isprave notar mora provjeriti da li su stranke sposobne i ovlaštene za poduzimanje određenog pravnog posla. Notar je dužan da ispita pravu volju stranaka, zatim da izjave volje stranaka jasno i nedvosmisleno pismeno sastavi u obliku notarskog izvornika. On je dužan da zaštiti neiskusne i nevješte stranke, kao i uopće da pouči stranke usmeno o pravnim posljedicama poslova koje poduzimaju i to na način da i lica nevješta pravu shvate o kakvim se pravnim posljedicama radi. Zapisnik o izjavama se mora pročitati strankama, kao i svi prilozi, osim ako stranke ne odustanu od čitanja priloga. Svaka radnja koju je notar poduzeo mora biti konstatirana u notarski obrađenoj ispravi, kao npr. da je zapisnik o izjavama strankama pročitao, da su odustale od čitanja priloga i sl. Bitno je, pored obaveza pouke, da notar ima zadatak da oblikuje izjave volje stranaka tako da se postignu željeni pravni učinci. On ne zapisuje samo ono što mu drugi prezentiraju, već uređuje pravni odnos.²⁶

U notarski obrađenoj ispravi se stranka koja duguje određeno novčano potraživanje može podvrgnuti neposrednom prinudnom izvršenju na osnovu te isprave.²⁷

25 Tako i Radić Darko, Imovinski odnosi u braku, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 2016. str. 105. Autor komparira različitosti u porodičnopравnim odnosima u pogledu bračne stečevine u pravnim sistemima u Republici Hrvatskoj, u Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine u Bosni i Hercegovini sa jedne strane, sa pravnim sistemima Republike Srpske u Bosni i Hercegovini, Republike Srbije i Republike Crne Gore u kojim zainteresirana strana, preuzimajući na sebe teret dokazivanja, može tražiti veći udio u bračnoj imovini od zakonom pretpostavljenog ½ dijela. Komparirajući navedena pravila o bračnoj stečevini sa istovrsnom regulativom u evropskim zakonodavstvima (Francuska, Italija), pa čak i sa onim zakonodavstvima, gdje tokom braka egzistira i djeluje isključivo režim odvojenosti imovina (Njemačka, Švedska, Švajcarska), autor smatra da je autonomija supružnika prevelika.

26 Prof.dr. Meliha Powlakić, Uloga notara u zaštiti potrošača, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br.8, Mostar, 2010, str. 254.

27 Doc.dr. Meliha Powlakić, Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009, str. 84.

Svojestvo izvršne isprave iz člana 23. stav 1. tačka 3. u vezi sa čl. 27. i 35. Zakona o izvršnom postupku²⁸ može imati samo notarski obrađena isprava.²⁹

Već početkom primjene Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine³⁰, Federalno ministarstvo pravde kao resorno ministarstvo, dana 23.01.2006. godine dostavilo je svim deset ministara pravde kantona obrazovanih u Federaciji Bosne i Hercegovine mišljenje tog ministarstva u vezi primjene člana 252. stav 3. tog zakona, s molbom da ga dostave područnim općinskim sudovima i kantonalnom sudu, a to mišljenje dostavljeno je i Vrhovnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine. Zbog važnosti tog mišljenja, objavljujemo ga u cjelosti u ovom radu³¹, kako slijedi:

„PREDMET: Dostava mišljenja u svezi primjene članka 252. stavak 3. Obiteljskog zakona Federacije Bosne i Hercegovine

Poznato je da je primjena Obiteljskog zakona Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05 i 41/05), koji je stupio snagu 28.06.2005. godine, počela 28.12.2005. godine.

Jedna od niza novina koje su unesene u ovaj zakon je regulirana u njegovoj odredbi članka 252. koji glasi:

„(1) Bračni partneri su u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini ako nisu drukčije ugovorili.

(2) Budući bračni partneri, odnosno bračni partneri mogu bračnim ugovorom drukčije urediti svoje odnose vezane za bračnu stečevinu.

(3) Ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik stečevine upisan jedan bračni partner, drugi bračni partner može zahtijevati ispravku upisa, sukladno Zakonu o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.“

Polazeći od toga, a u povodu upita većeg broja općinskih sudova, ocijenili smo svrsishodnim da kantonalni ministri pravde područnim općinskim sudovima i kantonalnom sudu za postupanje kod primjene odredbe članka 252. stavak 3. navedenog zakona dostave slijedeće:

MIŠLJENJE

Iz odredaba članka 252. navedenog zakona proizlazi da su bračni partneri u bračnoj stečevini suvlasnici u jednakim dijelovima ako nisu drukčije ugovorili, s tim što je ostavljena mogućnost da budući bračni partneri, odnosno bračni partneri, mogu bračnim ugovorom urediti svoje odnose vezane za bračnu stečevinu (članak 252. st. 1. I 2.)

²⁸ Zakon o izvršnom postupku ("Službene novine Federacije BiH", br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09 i 35/12);

²⁹ Meliha Powlakić, Christoph Schallast, Vesna Softić, Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, GTZ, Sarajevo, 2009, str. 25.

³⁰ Ovaj zakon počeo je da se primjenjuje od 28.12.2005. godine.

³¹ Vidjeti predmet Federalnog ministarstva pravde Sarajevo, broj 03-02-1504/05, u kome se nalazi navedeno mišljenje.

Međutim, u odredbi članka 252. stavak. 3. navedenog zakona data je mogućnost, u slučaju ako je u zemljišne knjige kao vlasnik stečevine upisan jedan bračni partner, drugi bračni partner može zahtijevati Ispravku upisa u skladu sa Zakonom o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“ br. 19/03 i 54/04).

Smatramo da bi kod primjene odredaba članka 252. stavak 3. tog zakona, u postupku upisa u zemljišne knjige, zemljišno-knjižni ured nadležnog općinskog suda, prije izvršene ispravke upisa u formi propisanoj u članu 61. Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine, morao osigurati da bračni partner koji je podnio zahtjev, uz isti priloži izvod iz matične knjige vjenčanih, na temelju kojega se na pouzdan način može utvrditi da je u braku sa bračnim partnerom, koji je upisan u zemljišnoj knjizi kao vlasnik bračne stečevine, kao i valjano ovjerenu suglasnost tog bračnog partnera da se ne protivi prijenosu suvlasničkog dijela bračne stečevine na podnositelja zahtijeva, kao drugog bračnog partnera, odnosno unošenju ispravke u tom smislu u zemljišne knjige.

Slijedom toga, a polazeći od naprijed izloženog, te cijeneći stipulaciju same norme, kao i njen smisao, po našem mišljenju, odredba članka 253. stav 3. navedenog zakona može naći svoju primjenu samo kod upisa suvlasničkog dijela bračne stečevine kada su u pitanju živi bračni partneri, pod uvjetom da među njima u tom smislu nema ništa sporno.

Ako bračni partner koji je upisan kao vlasnik stečevine ne da suglasnost za takav upis odnosno osporava da ta imovina, djelimice ili u cijelosti, čini u smislu članka 251. tog zakona bračnu stečevinu, tada bi stranku trebalo uputiti da svoje pravo dokazuje odnosno ostvaruje u parničnom postupku.

O tomu molimo informirajte područne općinske sudove i kantonalni sud.“

Navedeno mišljenje objavljeno je prije početka primjene Zakona o notarima³², tako da su u pogledu forme u njemu sadržane riječi: „kao i valjano ovjerenu saglasnost tog bračnog partnera.“ Međutim, nakon početka primjene notarskog prava, u zakonodavstvu i pravnoj praksi duboko se uvriježilo stanovište da se takva saglasnost bračnog partnera daje u formi notarski obrađene isprave, a ne njene ovjere. U notarskoj praksi relevantni dio te notarski obrađene isprave glasi:

„S A G L A S N O S T

ZA ISPRAVKU UPISA U ZEMLJIŠNOJ KNJIZI RADI UKNJIZBE BRAČNOG PARTNERA SA IDEALNIM SUVLASNIČKIM DIJELOM OD 1/2 NA BRAČNOJ STEČEVINI (TABULARNA IZJAVA)

**(član 252. stav 3. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine
(„Službene novine Federacije BiH“, br 35/05, 41/05 i 31/14)**

Kojom ja, -----, rođen dana ---.---.----. godine, JMBG: -----,
nastanjen u Sarajevu, ulica -----,

³² Prvi notari u savremenoj Bosni i Hercegovini počeli su sa radom od 04.05.2007. godine, kada je počela primjena Zakona o notarima, koji se primjenjuje u Federaciji Bosne i Hercegovine.

OVIM NEOPOZIVO IZJAVLJUJEM

- a) da sam nekretninu:
iz poduloška: ----, Općina Centar, Izvadak iz KPU, Općinskog suda u Sarajevu, Zemljišno knjižni ured, troiposoban stan koji se nalazi u zgradi izgrađenoj u ulici -----, sprat 2, broj stana 14, a sastoji se od 3,5 sobe, kuhinje i pomoćne prostorije, površine 100m²;
stekao u toku trajanja bračne zajednice sa svojim bračnim partnerom -----
----- rođ. -----, rođena dana --.---.----.godine, JMBG: -----
-, nastanjena u Sarajevu, ulica -----, te da predstavlja našu bračnu stečevinu u jednakim dijelovima
- b) s tim u vezi izjavljujem da sam u cjelosti saglasan i izričito zahtijevam da se, bez mog daljnjeg prisustva ili odobrenja po osnovu zahtjeva mog bračnog partnera iz ove izjave i na osnovu ove izjave

IZVRŠI ISPRAVKA UPISA U ZEMLJIŠNOJ KNJIZI

za nekretninu upisanu kod Općinskog suda u Sarajevu: -----

u podulošku: ---- KPU_CENTAR, Izvadak iz KPU, Općinskog suda u Sarajevu, Zemljišno knjižni ured, troiposoban stan koji se nalazi u zgradi izgrađenoj u ulici Avde Hume broj 1, sprat 2, broj stana 14, a sastoji se od 3,5 sobe, kuhinje i pomoćne prostorije, površine 100m²;
tako što će se izvršiti upis prava suvlasništva sa idealnim suvlasničkim dijelom od 1/2 u korist mog bračnog partnera ----- rođ. -----, rođena dana --.---.----.godine, JMBG: -----.

Naprijed navedenu izjavu i saglasnost dajem kao bračni partner, s obzirom na to da predmetna nekretnina čini bračnu stečevinu, pa zahtijevam da se, u skladu sa odredbama Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine i Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine, izvrši ispravka tako što će se moj bračni partner na predmetnim nekretninama upisati kao suvlasnik sa idealnim suvlasničkim dijelom od 1/2, a ja kao suvlasnik sa idealnim suvlasničkim dijelom od 1/2 na preostalim dijelovima.

Zahtijevam da Zemljišnoknjižni ured Općinskog suda u Sarajevu, bez mog daljeg pitanja, prisustva ili saglasnosti, ovu izjavu prihvati i na gore navedenim nekretninama upiše mene i mog bračnog partnera kao suvlasnike svaki sa po 1/2.“

3. HIPOTEKA

Hipoteka je založno pravo na nekretninama na osnovu kojeg njen titular – hipotekarni povjerilac može tražiti namirenje svog potraživanja iz hipotekarne stvari, ako to potraživanje ne bude isplaćeno o roku, a pri tome stvar koja je predmet hipoteke ostaje u posjedu dužnika. Hipoteka je, dakle, akcesorno (dodatno, nesamostalno,

zavisno)³³ pravo vezano za potraživanje za čije obezbjeđenje služi. Ona je, za razliku od jemstva koje predstavlja lično obezbjeđenje, jedna vrsta stvarnog obezbjeđenja duga. To je jedan od dva osnovna oblika založnih prava, pored ručnog zaloga (*pignus*) kao založnog prava na pokretninama.

Kao založno pravo, hipoteka je stvarno pravo na tuđoj stvari (*ius in re aliena*) i apsolutno pravo, jer djeluje prema svakome (*erga omnes*) po kojem pravu (koje je i jedna vrsta osiguranja) ovlaštenik tog prava (založni povjerilac) čije je potraživanje zalogom osigurano, može to potraživanje iz vrijednosti založene nekretnine namiriti, ako mu to potraživanje po dospjeću ne bude podmireno³⁴. To je naplatni (onerozan) pravni posao, pa se zalog smatra da je to naplata za kredit. Svrha hipoteke je da se povjerilac namiri iz založene nekretnine ako dužnik ne ispuni obavezu koja je dospjela.

Subjekti založnog prava su: založni povjerilac i založni dužnik. Potraživanje založnog povjerioca osigurano je zalogom, a on ima pravo namirenja iz zaloga ako potraživanje po dospjeću ne bude namireno.

U sticanju založnog prava na nekretninama treba razlikovati da li su nekretnine upisane u zemljišnim knjigama ili nisu. Hipoteka se može zasnovati samo na određenim uknjiženim nekretninama u zemljišnim knjigama i za određeno potraživanje, a za sticanje tog prava potrebne su pretpostavke, i to:

1. vlasništvo zemljišnoknjižnog prethodnika, s obzirom na to da nekretnine može opteretiti hipotekom samo zemljišnoknjižni vlasnik, a ne i vanknjižni vlasnik,
2. intabulaciona isprava bez koje nema upisa u zemljišnim knjigama, a koja mora sadržavati: određeno potraživanje koje se hipotekom osigurava, te obligacionopravni osnov na kome se temelji potraživanje (na primjer, ugovor o kreditu) i stvarnopravni osnov kojim nastaje založnopravni odnos temeljem kojeg se zalog daje na nekretninama upisom u zemljišne knjige i
3. način (*modus*) na koji se stječe založno pravo na nekretninama upisanim u zemljišnim knjigama, a to je upis založnog prava u teretnom listu založenih nekretninama (teretovnica – list C zemljišnoknjižnog uložka).

4. NAČELO POVJERENJA U ZEMLJIŠNE KNJIGE

U materijalnopravnom smislu, među najvažnija temeljna načela zemljišnoknjižnog prava spadaju načelo javnosti (*publiciteta*) i na njemu zasnovano načelo povjerenja (pouzdanja) u zemljišne knjige. Po načelu javnosti zemljišne knjige su javne knjige, uvid u njih je svakome slobodan (sloboda uvida u zemljišne knjige) i one uživaju javno povjerenje.

33 Medić Duško, Novo stvarno pravo Republike Srpske, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Panevropski univerzitet „APEIRON“, Banja luka, 2016, str. 198.

34 Vidjeti zakonsku definiciju založnog prava iz člana 139. i ugovor o davanju u zalog iz člana 147. Zakona o stvarnim pravima (“Službene novine Federacije BiH”, br. 66/13 i 100/13), čija je primjena počela 06.03.2014. godine.

Prema načelu javnog povjerenja iz člana 9. Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine³⁵ upisano pravo u zemljišnoj knjizi smatra se tačnim, a smatra se da brisano pravo iz zemljišne knjige ne postoji. Formalna strana načela javnosti je u ovlaštenju svakome da može razgledati zemljišne knjige i uzimati izvode iz njih, pa onaj koji vrši uvid ne mora dokazivati da za to ima neki pravni interes. Iz slobode uvida proističe i dužnost svakoga da se obavijesti o zemljišnoknjižnom stanju, jer nepoznavanje tog stanja nikoga ne opravdava, pa se poznavanje zemljišnoknjižnog stanja za svakoga pretpostavlja i protiv te pretpostavke nije dopušten dokaz. Materijalna strana načela javnosti je u tome da se zemljišne knjige smatraju vjerodostojnim u pogledu istinitosti i potpunosti njihovog sadržaja, u čemu uživaju javno povjerenje (*fides publica*). To je fikcija vjerodostojnosti jer na nekretninama koje su upisane, mogu nastati u naravi promjene koje nisu upisane, pa ta fikcija ima relativni pravni učinak tj. u korist onog stjecatelja koji je u pogledu istinitosti i potpunosti zemljišne knjige bio u dobroj vjeri, a u njoj će biti ako nije znao ni morao znati da zemljišne knjige u pogledu nekog upisa nisu ni istinite ni potpune.

Iz materijalne strane načela javnosti proizilazi načelo povjerenja u zemljišne knjige. To načelo znači da se sadržaj zemljišnih knjiga ima smatrati istinitim i potpunim, što je, kako je rečeno, fikcija o postojanju upisanih prava i o nepostojanju neupisanih prava. Svrha je tog načela da se zaštite oni stjecatelji koji svoje pravo osnivaju isključivo se oslanjajući na zemljišnoknjižno stanje, a za tu svrhu je bitna pretpostavka dobra vjera (*bona fide*) što je neskrivljeno neznanje da je vanknjižno stanje drukčije od stanja u zemljišnim knjigama. Prema tome, dobra vjera može postojati samo u pogledu nepoznavanja vanknjižnog stanja jer nepoznavanje zemljišnoknjižnog stanja nikog ne opravdava, a nepoznavanje vanknjižnog stanja bit će samo onda neskrivljeno ako se ne može pripisati gruboj nemarnosti (*culpa lata*) stjecatelja tj. ako on nije znao, ni prema okolnostima nije mogao znati za vanknjižno stanje³⁶.

Vođenje zemljišnih knjiga vrši se po određenim načelima. Načelo javnosti zemljišnih knjiga znači da su ove knjige svakome pristupačne, odnosno da svako ima pravo uvida u njih i bez dokazivanja da za to ima neki pravni interes. Posljedica ovog načela je neoboriva pretpostavka da je sadržaj zemljišnih knjiga svakome poznat. U našem pravu zemljišne knjige stvaraju tzv. fikciju apsolutne tačnosti, što znači da treća savjesna lica koja se oslanjaju na stanje u zemljišnim knjigama ne mogu biti oštećena u pravnom prometu. Fikcija apsolutne tačnosti zemljišnih knjiga nastupa poslije proteka objektivnog roka od tri godine od dana upisa, pod uslovom da u tom roku nije pokrenuta parnica za brisanje upisa.

„Načelom povjerenja štite se poštenu stjecatelji koji su postupali s povjerenjem u potpunost i istinitost zemljišnoknjižnog stanja kad se zemljišnoknjižno stanje razlikuje od stvarnog, zbiljskog pravnog stanja nekretnina.“³⁷

35 Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 58/02,19/03 i 54/04)

36 Vidjeti član 55. Zakona o stvarnim pravima, koji se primjenjuje u Federaciji Bosne i Hercegovine a odnosi se na zaštitu povjerenja u zemljišne knjige.

37 Tatjana Josipović, Zemljišnoknjižno pravo, Informator Zagreb, 2001. str. 133.

„Najkraće rečeno, savesni sticaoci prava na nepokretnostima ne mogu trpeti bilo kakvu štetu zbog činjenice da se registrovano stanje razlikuje od stvarnog stanja nepokretnosti.“³⁸

4.1. ZAŠTITA POVJERENJA U ZEMLJIŠNE KNJIGE

Odredbama člana 55. Zakona o stvarnim pravima afirmirano je načelo povjerenja u zemljišne knjige u vezi sa načelom javnog povjerenja iz odredaba člana 9. Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.³⁹ Razlikuje se činjenično i pravno stanje nekretnine. U literaturi se činjenično stanje nekretnine naziva tehničkim opisom zemljišta⁴⁰, a u suštini se odnosi na podatke iz A lista (posjedovni list – posjedovnica) zemljišnoknjižnog uloška o klasi, kulturi i površini nekretnine. Pravno stanje nekretnine su upisi iz B lista (vlasnički list – vlastovnica) i C lista (teretni list – teretovnica) u pogledu nosilaca prava i tereta odnosno uknjižbe, predbilježbe i zabilježbe. To što u tehničkom opisu nekretnine postoji nesklad zemljišnoknjižnog i katastarskog stanja, nema nikakvog uticaja na pravno stanje nekretnine i upisi iz B i C lista su neupitni, istiniti i potpuni, bez obzira na katastarsko stanje nekretnine, pa i ko je upisan posjednikom u katastru. Na ovakav zaključak jasno upućuje i zaštitna odredba da se nedostatak dobre vjere ne može predbaciti nikome samo iz razloga što nije istraživao vanknjižno stanje.⁴¹

Koliko istine, logičnosti i pozivanja na razmišljanje u vezi konstitutivnog dještva i ispravke upisa pravnim poslom kod instituta bračne stečevine iz člana 252. stav 3. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine vidi se i iz riječi iz literature, koje je u ovom radu osnovano i uputno citirati, kako slijedi:

„U tom slučaju *titulus* je pravni posao. Stjecatelj neće postati nositelj stvarnog prava na nekretnini sve dok se ne upiše u zemljišnu knjigu.“⁴²

5. SUDSKA PRAKSA O BRAČNOJ STEČEVINI I HIPOTECI

U sudskoj praksi redovnih sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine, kao i u apelacionoj jurisdikciji Ustavnog Suda Bosne i Hercegovine, razmatrano je pitanje da li odredbe Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine koje se odnose na bračnu stečevinu imaju jaču snagu od odredaba Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine koje se odnose na načelo povjerenja u zemljišne knjige?

U odgovoru na to pitanje, Ustavni sud Bosne i Hercegovine ukazao je sljedeće:

38 Radenka Cvetić, Savremena evidencija nepokretnosti, Izdavač „3D+“ Beograd, Novi Sad, 2009. str. 124.

39 “Službene novine Federacije BiH”, br. 58/02 i 54/04

40 Babić Ilija, Medić Duško, Hašić Enes, Povlakić Meliha, Velić Larisa, „Komentar Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo. 2014. str. 285.

41 U notarskoj praksi u Federaciji Bosne i Hercegovine izvod iz zemljišne knjige je relevantan dokaz o tome da je nekretnina upisana kao vlasništvo odnosno suvlasništvo.

42 Alena Jurić, Načelo upisa u zemljišne knjige, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 15/17, Mostar 2017. godine, str. 420.

„Ustavni sud je u svojim ranijim odlukama, pa tako i odlučujući o konkretnoj apelaciji primijetio da su redovni sudovi, uzimajući u obzir primjenu načela zaštite povjerenja u sadržaj zemljišne knjige, pravilno ocijenili da na valjanost stečenog prava vlasništva ne bi imalo utjecaja to što je prvotuzeni raspolagao zajedničkom imovinom bračnih partnera, smatrajući da u takvim slučajevima prednost treba dati odredbama Zakona o vlasničkopравnim odnosima i Zakona o zemljišnim knjigama kao *lex specialis*. Također, Ustavni sud zapaža da iz obrazloženja osporenih presuda proizlazi da je prvotuzeni uknjižio hipoteku na cjelokupnu nekretninu iako je znao i da je samo formalni zemljišnoknjižni vlasnik sa dijelom 1/1, a da se, u stvari, radi o zajedničkoj nekretnini – bračnoj stečevini u kojoj i apelantica ima svoj udio, redovni sudovi ocijenili da ti navodi ne utječu na stečeno pravo vlasništva drugotuzenog, već joj samo daju pravo da potražuje naknadu štete od prvotuzenog. U zaključnom dijelu svog obrazloženja Ustavni sud BiH je zaključio da osnovno načelo zemljišnoknjižnog prava „načelo upisa“ (čl. 5. st. 1. Zakona o zemljišnim knjigama) je načelo prema kojem se vlasništvo i dr. prava na nekretninama stiče upisom u zemljišnu knjigu kada se konstituiraju prava vlasništva, te da je načelo povjerenja u zemljišne knjige sadržano u odredbama čl. 9. Zakona o zemljišnim knjigama, tako da ono što nije upisano u z.k. se smatra da ne postoji. Nadalje Ustavni sud, zaključuje da se utvrđivanje savjesnosti u pravnom prometu ne može ograničiti samo na drugotuzenog – Banku (da li je postupao s povjerenjem u zemljišne knjige) već i na apelanticu koja nije iskoristila mogućnost da izvrši ispravku upisa u zemljišnim knjigama a koja joj je data odredbom člana 252. stav (3) Porodičnog zakona. Dakle, apelantica je imala mogućnost da zaštiti svoje pravo (zajedničkog) vlasništva na predmetnoj nekretnini, jer je isključivo od njene inicijative zavisilo da li će se preduzeti odgovarajuće pravne radnje. Međutim, apelantica nije preduzela nijednu pravnu radnju, već je tužbu za utvrđivanje ništavosti ugovora o hipoteci (koji su prvotuzeni i drugotuzena zaključili 23. jula 2007. godine) podnijela tek 13. juna 2009. godine a prvotuzeni, njezin suprug, u tom parničnom postupku priznao je tužbeni zahtjev. Ustavni sud zaključuje da nema kršenja prava na pravično suđenje, niti kršenja prava na imovinu niti kršenja prava na djelotvoran pravni lijek.“⁴³

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu sve naprijed navedeno, u vezi bračne stečevine i hipoteke u zakonodavstvu i pravnoj praksi, jasno je i nedvosmisleno da je bračni partner, koji nije upisao suvlasnički dio u bračnoj stečevini u zemljišnim knjigama, dužan preduzeti određene pravne radnje u skladu sa Porodičnim zakonom radi očuvanja prava iz bračne stečevine. Taj bračni partner je dužan da podnese zahtjev za ispravku upisa u zemljišne knjige, ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik bračne stečevine

43 Vidjeti odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu u predmetu broj AP 666/14 od 15.02.2017. godine („Službeni glasnik BiH“ broj 16/17), kao i njen komentar od strane notara Merdžane Škaljić, objavljen u Biltenu Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, Izdanje broj 1, septembar/rujan 2017. str. 84-86.

upisan jedan bračni partner. Podnošenje tog zahtjeva jeste radnja koju je taj bračni partner dužan izvršiti. U slučaju propuštanja preduzimanja takve radnje i uknjižbe suvlasničkog dijela u zemljišnim knjigama mogu nastupiti štetne pravne posljedice o kojima je bilo riječi u ovom radu.

Shodno tome, u sudskoj praksi, koja je izložena u ovom radu, zauzeto je stanovište da je, radi osiguranja pravnog prometa, načelo povjerenja u zemljišne knjige jače od odredaba Porodičnog zakona kojim je regulirana bračna stečevina.

MARITAL PROPERTY AND MORTGAGE IN THE LEGISLATION AND LEGAL PRACTICE

Summary

In view of the described facts about marital property and mortgage within the context of the legal framework and the case law, it is clear and unambiguous that a spouse who has failed to have his or her co-ownership in the marital property registered in the land registry, is obliged to take certain legal steps according to the Family Law to preserve his or her rights arising from the marital property. The affected spouse has to file a request for correction of the land registry entries, in cases where only the other spouse is registered as the owner of the marital property. Filing such request is a mandatory action for the affected spouse. In case of failure to take that action and failure to have the co-ownership entered in the land registry, the negative consequences described in this paper may occur.

Accordingly, when it comes to ensuring legal relations, the case law described in this paper is guided by the opinion that the principle of trust in the land registry is stronger than the marital property provisions of the Family Law.

Key words: marital property, mortgage, the principle of trust in the land registry, co-ownership, marriage agreement.

