

Godina X, broj 10, 2022. godina



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

ZBORNIK RADOVA
Deseti međunarodni naučni skup
DANI PORODIČNOG PRAVA

Mostar, 2022.



ZBORNİK RADOVA

Deseti međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Porodica u aktuelnom pravnom i društvenom kontekstu“

UZ PODRŠKU

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju/IRZ

Mostar, 2022.

ZBORNİK RADOVA

Deseti međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Porodica u aktuelnom pravnom i društvenom kontekstu“

Izdavač – Publisher

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

Glavni urednik – Editor in Chief

Prof. dr. Amra Jašarbegović

Uredništvo – Editorial Board

Prof. dr. Amra Jašarbegović, glavni i odgovorni urednik – Editor in Chief,
prof. dr. Zoran Ponjavić, prof. dr. Nenad Hlača, prof. dr. Anita Duraković, dr.
Stefan Pürner, prof. dr. Ramajana Demirović, doc. dr. Sunčica Hajdarović

ISSN 2303-6052

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

Radovi se klasificiraju i referiraju po UDC i JEL publikacijama, London,
Pittsburgh i Sydney, a svi prilozi iz Zbornika radova „Dani porodičnog prava“
referiraju se u EBSCO bazi.

SADRŽAJ

Predgovor IRZ-a	7
Vorwort der IRZ	8

IZVORNI NAUČNI RAD

1. Dr. sc. Zoran Ponjavić - ZASNIVANJE JEDNORODITELJSKE PORODICE U KONTEKSTU BIOMEDICINSKI POTPOMOŽNUTE OPLODNJE	13
2. Dr. sc. Nenad Hlača, - ŽIVJETI SAM U SAMAČKOM DOMAĆINSTVU ..	31
3. Prof. Dr. Suzana Kraljić - MATER SEMPER CERTA EST– WIRKLICH? ...	41
4. dr. sc. Dušica Palačković - PRAVNI OKVIR ZA IZRICANJE I SPROVOĐENJE MERA ZAŠTITE OD NASILJA U PORODICI U REPUBLICI SRBIJI – OGRANIČENJA I IZAZOVI	55
5. Dr. sc. Alena Huseinbegović i Dr. sc. Mirjana Kevo - SPECIFIČNOSTI POSTUPKA U SPOROVIMA O RAZVODU BRAKA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM I UPOREDNOM PORODIČNOM PRAVU	73
6. Dr. sc. Meliha Povlakić - IMOVINSKI ODNOSI BRAČNIH I VANBRAČNIH PARTNERA SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI I ULOGA NOTARA U BIH	102
7. Dr. sc. Anita Duraković i Dr. sc. Jasmina Alihodžić - KONTINUITET RODITELJSKOG STATUSA UNUTAR EUROPSKE UNIJE – OSVRT NA ODLUKU SUDA EU U PREDMETU C – 490/20	132
8. Prof. Dr. Angel Ristov i Prof. Dr. Milica Shutova - THE CIVIL CODE AND THE REFORMS IN MACEDONIAN FAMILY LAW	148
9. Dr. sc. Viktorija Haubrich, Dr. sc. Karolina Tadić-Lesko i Zdravka Marić, dipl. pravica - ULOGA CENTRA ZA SOCIJALNI RAD U POSTUPKU ODUZIMANJA RODITELJSKE SKRBI SAMOHRANOM RODITELJU ..	164
10. Dr. sc. Ramajana Demirović i Dr. sc. Sunčica Hajdarović - ZLOSTAVLJANJE I ZANEMARIVANJE DJETETA U PORODICI - PORODIČNOPRAVNI I KRIVIČNOPRAVNI ASPEKT	180

PRETHODNO SAOPĆENJE

11. Dr. sc. Katja Drnovšek, Assistant - LEGAL STATUS OF SAME-SEX PARTNERS IN ADOPTION PROCEDURE: RECENT DEVELOPMENTS IN SLOVENIAN LAW	201
12. Mr. Belma Kokić i Dr. sc. Lejla Hadžimahmutović - PRAVNA ZAŠTITA DJECE IZBJEGLICA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE I MEĐUNARODNI OKVIR ZAŠTITE	218

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

13. Dr. sc. Rebeka Kotlo i Dr. sc. Amra Jašarbegović - MEĐUNARODNE
NORME I STANDARDI LJUDSKIH PRAVA ŽENA I RAVNOPRAVNOSTI
SPOLOVA, SA OSVRTOM NA ZAŠTITU OD RODNO ZASNOVANOG
NASILJA 255
14. Dr. sc. Anđelija Tasić - STICANJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI U
KONTEKSTU PRAVA (DETETA) NA PORODIČNI ŽIVOT 274
15. Dr. sc. Boris Krešić i MA Ena Morankić - VANBRAČNA ZAJEDNICA –
IZAZOVI I NELOGIČNOSTI POZITIVNOG ZAKONODAVSTVA 285
16. Dr. sc. Dimitrije Čeranić - PROBNI SMJEŠTAJ U POSTUPKU ZA
ZASNIVANJE USVOJENJA 299
17. Dr. sc. Borjana Miković - SOCIJALNOPRAVNA ZAŠTITA PORODICE S
DJECOM 317
18. dipl. iur. Ajša Luković - PORODICA U JEVIJSKOM PRAVU 337
19. v.asist. Džejna Suljević, mr.iur. Sefedin Suljević i dipl. iur. Nermina Suljević
- IZDVAJANJE (VAN)BRAČNE STEČEVINE U NASLJEDNOM PRAVU
U BOSNI I HERCEGOVINI S OSVRTOM NA PRAVO EVROPSKE
UNIJE 346

STRUČNI ČLANAK

20. MA Armina Čunjalo - PRAVNA REGULACIJA INSTITUTA SUROGAT
MAJČINSTVA: PRAVA SUROGAT MAJKE U SITUACIJAMA
VANREDNIH STANJA 371
21. v.asist. Džejna Suljević i Erna Suljević, dipl.iur. - NADLEŽNOST NOTARA
U IMOVINSKIM ODNOSIMA BRAČNIH I VANBRAČNIH PARTNERA U
BOSNI I HERCEGOVINI 386
22. MA Antonija Novak i MA Anđelka Čuljak - PRAVNI OKVIR POSVOJENJA
DJECE IZVAN GRANICA BIH 405

PRIKAZ SUDSKE PRAKSE

23. Dr. sc. Mirela Omanović i Eldar Zaimović - DISKRIMINACIJA
VANBRAČNE ZAJEDNICE U ODNOSU NA BRAK U DOMENU
PENZIJSKO-INVALIDSKOG OSIGURANJA 419

Predgovor IRZ-a

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, koje zadire u privatni život kao nijedno drugo pravno područje, predmet takve saradnje.

U ovom je svesku dokumentiran rad 10. međunarodnog naučnog skupa „Dani porodičnog prava“ koji se bavio temom „Porodica u aktuelnom pravnom i društvenom kontekstu“.

Raduje nas što je i u ovoj godini pošlo za rukom pridobiti stručnjake iz različitih država regiona radi saradnje i razmjene iskustava.

To postaje jasno iz pristiglih radova čiji autori, pored Bosne i Hercegovine, dolaze iz Hrvatske, Sjeverne Makedonije, Srbije i Slovenije. Profesionalna pozadina autora ovih članaka je takođe različita, od naučnika i sudija do notara i zaposlenih u ustanovama socijalne zaštite.

Interdisciplinarni pristup događaja vidi se i iz činjenice da su među autorima i zaposleni sa fakulteta političkih nauka i filozofije. Ova raznolikost se nastavlja i na obrađene teme, koje jasno pokazuju da je porodično pravo podložno stalnim promjenama zbog velikog broja razloga (posebno društvenih, političkih i biomedicinskih razvoja) koji zahtijevaju redovnu inventarizaciju i prekograničnu razmjenu iskustva, kako se izvodi na konferenciji u Mostaru.

IRZ se 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 Amrom Jašarbegović. 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 jedne decenije. Nadalje, treba imenovati govornike i učesnike.

Njemačko Ministarstvo za pravosuđe (Bundesministerium der Justiz, skraćeno: BMJ) omogućuje svojom institucionalnom potporom, i iz čijih je sredstava sufinansirana i ova konferencija, aktivnost IRZ-a. Rad IRZ-a se pored toga u regiji 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. Također bismo im željeli puno zahvaliti.

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

Vorwort der IRZ

Die 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.

Die IRZ freut sich, dass im Rahmen der langjährigen und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit der Juristischen Fakultät der Džemal Bijedić-Universität in Mostar das Familienrecht, das wie kein anderes Rechtsgebiet in das Privatleben der Menschen eingreift, Gegenstand einer solchen Zusammenarbeit ist.

Im vorliegenden Band wird die Arbeit der 10. Internationalen wissenschaftlichen Konferenz „Tage des Familienrechts“, die das Thema „Familie im aktuellen rechtlichen und gesellschaftlichen Kontext“ behandelt, dokumentiert.

Erfreulich ist, dass es auch in diesem Jahr wieder gelungen ist, Fachleute aus verschiedenen Staaten der Region zur Mitarbeit und zum Erfahrungsaustausch zu gewinnen. Dies wird anhand der eingereichten Arbeiten deutlich, deren Autorinnen und Autoren außer aus Bosnien und Herzegowina auch aus Kroatien, Nordmazedonien, Serbien und Slowenien stammen. Unterschiedlich ist auch der berufliche Hintergrund der Verfasserinnen und Verfasser dieser Beiträge, der von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern über Richterinnen und Richter bis hin zu Notarinnen und Notaren sowie Mitarbeitenden bei Institutionen der sozialen Fürsorge reicht.

Der interdisziplinäre Ansatz der Veranstaltung lässt sich daran erkennen, dass sich unter den Autorinnen und Autoren auch Mitarbeitende von politikwissenschaftlichen und philosophischen Fakultäten finden. Diese Vielfalt setzt sich darüber hinaus auch bei den bearbeiteten Themen fort, die deutlich machen, dass das Familienrecht durch eine Vielzahl von Ursachen (insbesondere gesellschaftlichen, politischen und biomedizinischen Entwicklungen) einem steten Wandel unterliegt, der eine regelmäßige Bestandsaufnahme und einen grenzüberschreitenden Erfahrungsaustausch, wie sie bei der Veranstaltung in Mostar geleistet wird, nötig macht.

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 einem Jahrzehnt initiiert hat. Weiterhin sind die Referentinnen und Referenten sowie die Teilnehmenden zu nennen.

Das deutsche Ministerium der Justiz (kurz: BMJ) ermöglicht das durch seine institutionelle Zuwendung, und aus deren Mittel auch diese Konferenz mitfinanziert wird, die Tätigkeit der IRZ. Unterstützt wird die Tätigkeit der IRZ in der Region darüber hinaus durch Mittel des deutschen Außenministeriums (Auswärtiges

Amt, kurz: AA). Außerdem begleiten die deutschen Botschaften vor Ort die Tätigkeit der IRZ aktiv und unterstützen sie. Auch ihnen wird hiermit herzlich gedankt.

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

IZVORNI NAUČNI RAD

ZASNIVANJE JEDNORODITELJSKE PORODICE U KONTEKSTU BIOMEDICINSKI POTPOMOŽNUTE OPLODNJE

Sažetak: Porodice sastavljene od jednog roditelja i dece su oduvek postojale samo što se umnožavao osnov njihovog nastanka. Iako spadaju u najsiromašnije demografske grupe zakonski je i u pravu Republike Srbije omogućeno povećanje njihovog broja kroz mogućnost biomedicinske oplodnje žene koja živi sama, bez partnera i bez medicinski potvrđene neplodnosti. One se stvaraju planski, *ab initio*, što je suprotno svim naporima koji se do sada mogu pratiti da dete ima oba roditelja. Ovim se izlazi u susret zahtevima i želji žene koja živi sama ali se nedovoljno vodi računa o najboljem interesu deteta koje treba da se rodi, bez oca i srodnika po toj liniji. Zato se oni moraju dovesti u ravnotežu sa interesima žene, majke. Kao način za ovo u radu se predlaže ukidanje anonimnosti donora, kao i propisivanje dodatnih uslova koje žena mora ispuniti. Oni se tiču njene sposobnosti da obezbedi potrebe deteta kao i prisustvo ostalih članova porodice koji bi joj eventualno mogli pomoći u ovom zadatku.

Ključne reči: jednoroditeljska porodica, biomedicinska oplodnja, najbolji interes deteta, ESLjP, pravo RS.

1. Uvod

Činjenica da se međunarodni dokumenti za zaštitu ljudskih prava često predstavljaju kao standardi namenjeni subjektima individualnih prava, ne znači da isključuju bilo kakvu ideju o zaštiti određenih grupa. Takav je slučaj sa porodicom, koju nekoliko njih eksplicitno uzima u obzir, sa različitim intenzitetom. Iz Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima od 10. decembra 1948. saznajemo da postoji „pravo na osnivanje porodice“ (čl. 16, stav 1) – što se posebno odnosi na slobodu zaključenja braka, i da je porodica „prirodna i osnovna jedinica društva“ koja „uživa pravo na zaštitu društva i države“.

I Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda od 4. novembra 1950. takođe se relativno malo bavi porodicama i pravima koja ih se tiču: osim člana 12 koji štiti pravo na brak i osnivanje porodice za „muškarce i žene u dobi za brak“. Član 8. Konvencije, u vrlo sintetičkoj formulaciji, dodaje da „svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, svog doma i prepiske“, a država se u to može mešati samo iz razloga izričito predviđenih u stavu drugom ovog člana.

Evropski sud za ljudska prava nikada nije dao eksplicitnu definiciju pojma porodice, niti „porodičnog života“ predviđenog članom 8. Konvencije. Čini se da se u ovoj oblasti posebno razvija pozicija evropskih sudija, kako bi se što bolje „držale“

društvenih promena i evolucije običaja. Prateći stalni proces od kraja 1970-ih, sudije u Strazburu su nastojale da daju smisao članu 8. Konvencije, postepenim jačanjem obima i intenziteta zaštite koja se daje ovim članom. Učiniвши pojam porodičnog života delotvornijim, oni su takođe uspeli da izdvoje prava koja iz njega proizilaze.

Prema većini autora smisao navedenog člana nije da zaštiti porodicu kao instituciju nego da ugradi subjektivno pravo svake osobe na poštovanje svojih porodičnih veza, intimnosti porodičnog života, da prizna slobodu svakoga da vodi porodični život po svom izboru. U ovom pogledu se i Sud za ljudska prava izjasnio rekavši „pitanje da li porodični život postoji ili ne je u suštini pitanje činjenica koje zavise od stvarnog i konkretnog postojanja bliskih ličnih odnosa“.¹

Ako Evropski sud za ljudska prava nikada nije bio eksplicitan u vezi sa svojim stavom u pogledu definisanja pojma porodičnog života to se u kontekstu različitih sporova pred njim, kroz ogroman broj sudskih odluka može identifikovati određeni broj kriterijuma za svrstavanje nekih odnosa u koncept porodičnog života. To je pre svega njihova delotvornost, odnosno, postojanje ličnih odnosa koji povezuju članove porodice, ali i postojanje srodstva koje je, bar do skoro, bilo odlučujuće za konstituisanje pojma porodični život. Naime, u praksi ESLJP sve se više prihvata postojanje porodičnog života i bez srodstva.² U ovom pogledu može se reći da po shvatanjima ovog Suda ne postoji porodica već porodice, koje se ne odnose sve na iste situacije, životne projekte, niti na istu prirodu ili intenzitet odnosa, pa čak ni, očigledno, na identičnu pravnu situaciju.

Sa odlukom *Marckx c. Belgique*³, ESLJP smatra da se primena člana 8 odnosi i na zakonite porodice i na vanbračne porodice – a posebno na porodice sa jednim roditeljem.⁴ Evropski sud je takođe imao priliku da precizira da ako države moraju dozvoliti budućim roditeljima da slobodno biraju uslove rođenja svog deteta⁵, Evropska konvencija o ljudskim pravima ne štiti nikakvo „pravo na dete“. Stoga odredbe njenog člana 8. ne garantuju ni pravo na zasnivanje porodice putem medicinske pomoći⁶ ni pravo na usvajanje.⁷ ESLJP međutim priznaje legitimnost

1 X, Y et Z c. Royaume-Uni (21830/93), od 22.04. 1997, t. 36.

2 Tako je u jednom slučaju Sud prihvatio postojanje porodičnog života transeksualne osobe, njene partnerke i deteta rođenog od ove druge uz pomoć veštačke oplodnje, donorstvom (X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni, predstava 21830/93, odluka od 22.04. 1997), ili u slučaju *Mennesson et Labasses c/ France* (predstavke 65192/11 i 65941/11, odluka od 26.06.2014) između deteta rođenog od surogat majke i nameranih roditelja.

3 *Marckx c. Belgique* (6833/74) od 13. 06. 1979.

4 *Johnston et autres c. Irlande* (9697/82) od 18.12.1986

5 *Ternovszky c. Hongrie* (67545/09) od 14 .12. 2010

6 U svojoj presudi *S. H. et autres c. Autriche* od 1. aprila 2010. godine, Sud stoga podseća (u skladu sa svojom prethodnom sudskom praksom koja je proistekla posebno iz presuda *Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva* i *Dikson protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 10. aprila i 4. decembra 2007.) da je upotreba medicinski potpomognutih tehnika rađanja svakako predstavlja pravo zaštićeno članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima, ali da u odsustvu „jasne zajedničkog gledišta između država članica“ (t. 69), sudije u Strazburu ostavljaju nacionalnom zakonodavcu da odabere koje će biti tehnike medicinskog potpomognuto oplodnju prihvatiti. Sud, međutim, primećuje da ova oblast veštačke prokreacije prolazi kroz posebno brz naučni i pravni razvoj i poziva na stalno ispitivanje od strane država članica.

7 *E. B. c. France* (43546/02), od 22. 01. 2008.

želje za detetom i obavezu da se ona zaštiti. Kako je prihvatanje „prava na dete“ blisko pravu na roditeljstvo, njegova apsolutna zabrana bi rizikovala da ugrozi zaštitu prava na roditeljstvo, što je npr., bio jedan od argumenata da se u bioetički zakon u Francuskoj 2021. ne uvede odredba prema kojoj niko nema pravo na dete.⁸ Ako postoji suštinska razlika između prava da se postane roditelj i prava na dete granica između njih dvoje ostaje slabašna, pošto zakon daje parovima i slobodnim ženama pravo na pristup medicinski potpomognutim tehnikama oplodnje i obezbeđivanje gameta od trećih lica.

Porast broja razvoda i duži životni vek pogodovali su promenama porodične strukture lica tokom života. Porast broja jednoroditeljskih porodica je ilustracija toga. To je porodica u kojoj dete živi samo sa jednim od roditelja (ocem ili majkom) i koja uključuje, pored slučajeva jednosrodničke porodice, sve situacije u kojima dete ostaje pravno vezano za roditelja sa kojim ne živi (održavajući svoja prava i dužnosti prema njemu). Ove porodice doživljavaju ekspanziju 70-ih godina 20. veka.⁹ Po mnogim istraživanjima jednoroditeljske porodice su najsiromašnija demografska grupa, koja dugo ostaje u takvom položaju.¹⁰ Prema stavu Savetu Evrope, socijalna kohezija je kapacitet društva da obezbedi dobrobit svih svojih članova, a posebno najugroženijih članova porodice (dece i jednoroditeljskih porodica). Jednoroditeljske porodice danas čine između jedne četvrtine i jedne trećine svih porodica u svetu.¹¹ Nagli porast njihovog broja predstavlja jednu od najznačajnijih, a svakako najvidljiviju promenu porodičnog života sa posledicama i uticajem na savremeno društvo u celini.¹²

Porodični zakon Republike Srbije (PZ RS) ne prepoznaje jednoroditeljske porodice iako ih u RS ima oko četvrtine ukupnog broja porodica sa decom.¹³ Model biparentalne porodice (roditeljski par sa decom) koji je poslužio zakonodavcu kao

8 Upravo ukazujući na opasnosti svođenja deteta na objekat francuski Senat (gornji dom francuskog Parlamenta) je prilikom usvajanja bioetičkog zakona 2001. godine (LOI n° 2021-1017 od 02.08. 2021) predložio da se u prvom članu unese odredba „niko nema pravo na dete“. Međutim Parlament je nije prilikom konačnog usvajanja Zakona prihvatio, navodeći tom prilikom, pored ostalog i da bi takva „opšta, apsolutna i apstraktna zabrana dovela u pitanje medicinski potpomognutu oplodnju ili neke od njenih modaliteta“; Caroline Siffrein-Blanc, L'accès à la parenté pour tous, consacré par la loi bioéthique du 2 août 2021h, <https://www.lexbase.fr/article-juridique/72477530-textes-l-acces-a-la-parente-pour-tous-consacre-par-la-loi-bioethique-du-2-aout-2021>

9 Marina Novakov, Jednoroditeljske porodice, Sociološki pregled, vol. XLVI, 3/2012, s. 387–399.

10 Vid. Rezolucija Evropskog parlamenta o jednoroditeljskim porodicama, od 8 jula 1986, JOCE n° C 227/31 du 8 septembre 1986.

11 Smiljka Tomanović, Od društvene pretnje do individualizacije: jednoroditeljske porodice u savremenom društvu konceptualno – analitički okvir istraživanja, s. 9 u: Tomanović, S., M. Ljubičić, D. Stanojević: Jednoroditeljske porodice u Srbiji – sociološka studija, Beograd, 2014.

12 *Ibid.*

13 Slična situacija je i u nekim drugim evropskim zemljama. Tako u Francuskoj od ukupnog broja porodica sa bar jednim detetom 25% su jednoroditeljske. Vid. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5422681>; U Sjedinjenim Američkim Državama 23% (17,2 miliona) dece živi sa majkom, a 4% (3 miliona) dece živi sa ocem. Većina dece srećom živi sa oba roditelja. Vid. Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Access to fertility treatment irrespective of marital status, sexual orientation, or gender identity: an Ethics Committee opinion, https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/ethics-committee-opinions/access_to_fertility_treatment_by_gays_lesbians_and_unmarried_persons-pdfmembers.pdf

model svakako jeste društveno najpoželjniji, ali i jednoroditeljska porodica kao realnost zaslužuje zakonsko uobličavanje. Jer, norma se mora primeriti životu, a ne obrnuto. Ovaj model porodice pominje Zakon o finansijskoj podršci porodici sa decom¹⁴. Za potrebe ovog zakona u članu 28 se određuje njen pojam. Prema njemu „jedoroditeljska porodica jeste ona u kojoj jedan roditelj samostalno vrši roditeljsko pravo“, ako se nalazi u jednoj taksativno nabrojanih situacija u ovom u ovom članu.¹⁵

2. Pojam i terminologija

Termin jednoroditeljska porodica nastao je u sociološkoj litereturi sedamdesetih godina prošlog veka. ¹⁶ Ovakav izraz je vrednosno neutralan i ukazuje jedino na njenu strukturu, nasuprot ranije korišćenih izraza koji su bili ideološki obojeni što je dovodilo do njihove stigmatizacije.¹⁷ U ovom smislu korišćeni su izrazi „porodica samohrane majke“, „ugrožena“ porodica, „vanbračna majka sa decom“, „nepotpuna“ ili „krnja“ porodica, što je ukazivalo na devijantnost jednoroditeljskih porodica.¹⁸ Izraz nepotpuna porodica nije adekvatan jer je preširok. Pored jednoroditeljskih porodica između lica vezanih krvnim srodstvom obuhvata i druge oblike, kao što je npr. porodica koju čine svekar i snaha, posle smrti sina (muža). Profesor M. Mladenović, sedamdesetih godina prošlog veka, koristi izraz „deficijentne porodice“, podrazumevajući upravo pod ovim izrazom porodice koje nisu potpune (nedostaje jedan roditelj), kao i one koje iziskuju poseban socijalni tretman. Istina, on govori i o potpunim i nepotpunim porodicama. ¹⁹

Pojam jednoroditeljske porodice obuhvća vrlo različite situacije ali im je zajedničko da se jedan roditelj svakodnevno brine o jednom ili više dece najčešće nakon raspada roditeljskog para. Različiti oblici ove porodice u praksi²⁰ nastaju kao rezultat smrti partnera, razvoda, razdvajanja, proglašenja za umrlog. Njihova osnovna karakteristika je nepostojanje roditeljskog para. Termin porodica u ovom slučaju se odnosi na činjenicu da pod istim krovom žive lica vezana socijalno-

14 „Sl. glasnik RS“, br. 113/2017, 50/2018, 46/2021 - odluka US, 51/2021 - odluka US, 53/2021 - odluka US, 66/2021 i 130/2021)

15 1) da je drugi roditelj nepoznat;2) da je drugi roditelj preminuo, a nije ostvareno pravo na porodičnu penziju;

3) da je drugi roditelj postao potpuno i trajno nesposoban za rad, a nije stekao pravo na penziju;4) da drugi roditelj nije obavezan da doprinosi izdržavanju deteta;5) da je drugi roditelj lišen roditeljskog prava, a nije obavezan da doprinosi izdržavanju deteta;6) da je drugi roditelj preminuo, a ostvareno je pravo na porodičnu penziju;7) da je drugi roditelj obavezan da doprinosi izdržavanju deteta;8) da je drugi roditelj lišen roditeljskog prava, a obavezan je da doprinosi izdržavanju deteta;9) da je drugi roditelj na izdržavanju kazne zatvora duže od šest meseci;10) da drugi roditelj ne doprinosi izdržavanju deteta, a izvršenje obaveze izdržavanja nije bilo moguće obezbediti postojećim i dostupnim pravnim sredstvima i postupcima.

16 Anđelka Milić, Sociologija porodice, Beograd, Čigoja, 2001, s. 191.

17 M. Novakov, s. 388.

18 S.Tomanović,s. 12.

19 M. Mladenović, Uvod u sociologiju porodice, Beograd, 1969, s. 321 i 322.

20 Zoran Ponjavić, Zasnivanje monoparentalne porodice - pravo ili hendikep, Pravni život, 9/2001.

emotivnom vezom, ali svakako i srodstvom. Srodstvo ostaje kao jedini i nezaobilazni kriterijum određivanja pojma porodice i u ovom slučaju, sa jasnim određenjem da su u pitanju lica vezana brakom, vanbračnom zajednicom i srodstvom, ili samo srodstvom između kojih postoje prava i obaveze. Na prvom mestu ima se u vidu krvno srodstvo između lica koja proističu jedno od drugog ili zajedničkog pretka. Najvažniji je primarni srodnički odnos između majke i oca prema detetu, koji se zasniva na pretpostavljenoj ili utvrđenoj biološkoj vezi.

U pogledu načina nastanka jednoroditeljske porodice bi se mogle podeliti na one koje su to postale: sopstvenim izborom (voljom), i nametnutom situacijom i okolnostima. U prvom slučaju, reč je o situaciji da žena ili muškarac žele da imaju decu ali ne i (čak i bez) životnog saputnika. Ovakva situacija nije česta, za nju se većina žena odlučuju prevashodno zbog vremenskog limita biološke reprodukcije, kada je reč o „sopstvenom izboru“ da se bude samohran roditelj. Kao što se u literaturi navodi sam termin „izbor“ je problematičan budući da žene koje odlučuju da same podižu dete često je zapravo izbor između samohranog materinstva i odricanja od materinstva, a ne izbor između potpune i jednoroditeljske porodice.²¹ Ove jednoroditeljske porodice čine posebnu kategoriju koja bi se mogla nazvati jednolinijska ili jednosrodnička porodica zasnovana na uspostavljenoj jednoj srodničkoj liniji između deteta i jednog od njegovih roditelja, oca ili majke. Ova jednosrodnička porodica²² je pravna, nesociološka činjenica zasnovana na uspostavljenoj samo jednoj srodničkoj liniji, materinskoj ili očinskoj. Ona je sociološki nevidljiva, najčešće kreirana od strane zakona. U njoj žive samo deca koja nisu obuhvaćena pretpostavkom „pater is est...“, za razliku od dece koje imaju koristi od ove pretpostavke, i gde postoji deljivost roditeljskih funkcija, odnosno gde su jasno utvrđene u odnosu na oba roditelja, bez obzira da li žive zajedno ili ne. U ovom slučaju roditeljstvo se vezuje samo za jednu od dve linije, majčinu ili očinsku. Roditelj u odnosu na koga je uspostavljen roditeljski odnos sam vrši sva roditeljska prava i dužnosti čiji je jedini nosilac. U praksi, njegova situacija liči na situaciju samohranog roditelja koji je to postao sticajem u većini slučajeva nepovoljnih životnih okolnosti. Ali za razliku od njih ovaj roditelj sam vrši sva prava i obaveze u odnosu na dete.

Biološki roditelj prema kome nije utvrđena poreklo je treće lice, pravno strano detetu. Upravo u se u ovome ogleda najočiglednija razlika između jednoroditeljskih i jednosrodničkih porodica. Za razliku od onih kod kojih je roditeljski odnos bilinearan, iako samo jedan roditelj vrši roditeljsko pravo, u slučaju jednosrodničke porodice dete je od rođenja lišeno bilo kakvog srodstva u jednoj srodničkoj liniji.

„Osnivački akt“ jednolinijske porodice je uspostavljanje roditeljskog odnosa deteta samo prema jednom od njegovih roditelja. Ova veza može proizaći ili iz polnog odnosa, nakon čega roditeljski odnos nije utvrđen prema drugom roditelju, ocu, što može biti trajno, a ne samo prolazno stanje. Međutim ova porodica može biti kreirana od strane zakonodavca, bilo putem usvojenja ili zahvaljujući pravnim

21 M. Novakov, s. 390.

22 Marie Pierre, „Qu'est-ce que la famille ?“, Claire Neirinck éd., La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille. Érès, 2003, s. 24.

pravilima koja omogućavaju pristup biomedicinskoj oplodnji (BMPO) od strane žene koja živi sama.

3. Stvaranje jednosrodničke porodice usvojenjem

U Konvenciji o ljudskim pravima nema pomena o adopciji. Evropska Konvencija o adopciji, usvojena 1967. godine prepušta slobodu državama potpisnicama da uvedu u svoja nacionalna zakonodavstva mogućnost usvojenja od strane jedne osobe (čl.6).

Evropska komisija je 10.7. 1997. godine odbacila kao neprihvatljiv zahtev gospođe Di Lazzaro,²³ državljanke Italije, koja se pozvala na povredu čl.8. Konvencije o ljudskim pravima od strane italijanskog zakonodavca budući da on ne predviđa adopciju od osobe koja živi sama, sem u izuzetnim slučajevima, kao što su: smrt jednog člana para koji zasniva usvojenje u toku postupka, separacije para u toku staranja o detetu koje prethodi usvojenju, postojanja srodstva do 6. stepena srodstva između tog lica i deteta, adopcije deteta koje je teško bolesno ili hendikepirano.

Odbijajući zahtev Komisija je naglasila da Italija nije unela u svoje zakonodavstvo mogućnost usvojenja od strane jednog lica jer na to i nije bila obavezna, podsećajući istovremeno da ne postoji pravo na usvojenje kao takvo, garantovano EKLJP . Pri tom se još dodaje:”član 12. Konvencije koja garantuje punoletnom muškarcu i ženi pravo na formiranje porodice, podrazumeva jedan par i ne može biti tumačeno kao pravo jednog lica na usvojenje”. Konvencija ne garantuje pravo usvajanja ili na drugi način integrisanja u porodicu deteta koje nije njeno prirodno.

U jednom kasnijem slučaju koji je razmatran od strane ESLJP podnosilac predstavlja se žalio da je odluka kojom se odbija njegov zahtev za usvojenje predstavlja samovoljno mešanje u njegov privatni i porodični život jer je zasnivana isključivo na njegovoj homoseksualnoj orijentaciji. Podnosilac predstavlja se obratio sudu pošto mu je u odluci o odbijanju njegovog zahteva rečeno da „izbor načina života podnosioca zahteva nije takav da detetu pruža odgovarajući dom iz obrazovne, psihološke i porodične perspektive“. U zahtevu se prvenstveno pozivao na povredu člana 14 (zabrana diskriminacije), u vezi sa članom 8.EKLJP. ESLJP ovim povodom primećuje da Konvencija, kao takva, ne garantuje pravo na usvajanje i „da pravo na poštovanje porodičnog života pretpostavlja postojanje porodice i ne štiti samu želju da se zasnuje porodica“.²⁴ Takođe, u ovom slučaju ESLJP pokazuje spremnost da najbolji interes deteta stavi u centar debate o usvojenju od strane jednog lica. Ovaj interes mora biti procenjen na konkretan način, usmeravajući i uslovljavajući odluku prilikom zasnivanja usvojenja. Sud je ovom prilikom, u odluci ” Fretté ” istakao da je svrha usvojenja „obezbeđenje detetu porodice, a ne porodici deteta“ i država stoga mora osigurati da za usvojitelja bude izabrano lice koje mu može ponuditi najbolje uslove života.

Šest godina kasnije, ESLJP je u potpunosti izmenio stav zauzet u presudi ” Fretté ” tako što je potvrdio u slučaju ”E. B. c/ France” od 22 januara 2007 da su

23 Dalila Di Lazzaro v/Italy (31924/96), od 10.07.1997.

24 Presuda Fretté c. France (36515/97) od 26.02.2002, t.32.

„domaće vlasti, odbijajući zahtev podnosioca predstavke za odobrenje za usvajanje, napravile razliku koju su diktirali razlozi koji se odnose na njenu seksualnu orijentaciju, razliku koja se ne može tolerisati po Konvenciji“. Pošto francuski zakon dozvoljava usvajanje od strane jedne osobe, pristup usvajanju ne može biti ograničen zbog seksualne orijentacije podnosioca predstavke. Francuske vlasti ne navode, prema Sudu, „naročito ozbiljne i ubedljive argumente“ da bi opravdale razliku u tretmanu koji postupaju prema tome da li je kandidat za usvojenje heteroseksualac ili homoseksualac. Drugim rečima, opravdanja koja su se Sudu činila dovoljnim 2002. više nisu takva 2008. godine, dok, po njegovim sopstvenim rečima, „[još uvek] nema evropskog konsenzusa po tom pitanju“.

Mnoge evropske države su iskoristile mogućnost koju im pruža Konvencija o adopciji i dozvolile usvojenje od strane samo jedne osobe. To su: Francuska, Austrija, Švajcarska, Belgija, Finska, Švedska, Nemačka, Poljska, Rumunija, Bugarska, Portugalija. Tako, npr. čl. 343 -1 CC francuskog propisuje da „usvojenje može biti zahtevano od osobe koja ima više od 28 godina“. Zakonodavac je pošao od prosečne dobi sa kojom jedno lice u Francuskoj prvi put postaje roditelj. Druge zemlje, Nemačka, Belgija, Španija zahtevaju 21. godinu. Treba ipak primetiti da ove države izbegavaju ovakve adopcije budući da će dete biti bez oca ili majke čime se ne ostvaruje osnovna svrha usvojenja: obezbeđivanje porodice jednom detetu bez roditeljskog staranja.

Kada je reč o osnivanju jednoroditeljske porodice kroz adopciju u RS, iako je prema Porodičnom zakonu pravo na usvojenje dato i vanbračnim partnerima, za samce je to pravo dato samo izuzetno. U praksi je najčešći slučaj da je takav usvojilac već u braku sa roditeljem usvojenika, tj. usvaja pastorka odnosno pastorku. Prema članu 101.st.3. „Izuzetno, ministar nadležan za porodičnu zaštitu može dozvoliti usvojenje i licu koje samo živi ako za to postoje naročito opravdani razlozi“. Ne raspoložemo podacima koliko se to često u praksi dešava, ali organ starateljstva u ovom pogledu ima velika ovlašćenja da procenjuje podobnost usvojioca. Ovo omogućava zadiranje u njegov privatni život što se kosi sa čl. 8. EKLJP kojim se garantuje poštovanje privatnog života. Osoba koja živi sama može ostvariti svoj san da ima decu i na drugi način sem adopcijom, putem BMPO.

4. Stvaranje jednosrodničke porodice biomedicinskom oplodnjom

Sloboda je jedna od vrednosti na kojima se zasniva demokratsko društvo. To uključuje slobodu žene da rađaju ili ne. Kada se ostvaruje prirodnim putem u intimi porodičnog života, ona ne ovlašćuje bilo koga da se meša u ostvarivanje ovog prava, osim što je država dužna da obezbeđuje zaštitu žene za vreme trudnoće, kao i zaštitu deteta koje će se roditi. Ali, društvo mora da se pita kada se radi o mogućnostima pristupa medicinskim tehnikama koje su do skoro bile rezervisane za terapiju neplodnosti patološke prirode. Njegova je odgovornost da uspostavi ravnotežu svih uključenih interesa, žene ali naročito deteta. Funkcija društva nije samo da promoviše slobodu osoba i jednakost pristupa postojećim tehnikama, već

je odgovorno da uzme u obzir posledice nove situacije, kada se od njega traži da ih prihvati i, prema tome, da ih organizuje.

Kao razlog za normiranje biomedicinske oplodnje žena koje žive same često se navodi popravljjanje društvene nepravde i nejednakosti. Tako se prilikom zalaganja za BMPO žena koje žive same navodi da bi bilo „diskriminatorski i društveno nepoželjno odricati pravo na prokreaciju“ ženi koja bi bila sama korisnik prava na BMPO.²⁵ S druge strane se nalaze oni koji smatraju da ovo ne bi trebalo dozvoliti jer to pored kulturoloških izaziva i pravne posledice vezane za status tako rođenog deteta.²⁶ Pored etičkih, političkih, pravnih i psiholoških zamerki koje se legitimno mogu izneti protiv ove mere, treba razumeti da će ona dovesti do povećanja jednoroditeljskih porodica. Koncept jednakosti istopolnih ili raznopolnih parova koristi se iz individualističke perspektive za neudate žene i opravdava da bi i one mogle „imati pravo na to“.

Oplodnja žene koja živi sama se ponegde označava kao oplodnja usled socijalne neplodnosti.²⁷ Smatra se da žena koja živi sama pati od „socijalne neplodnosti“, budući da nije želela da sklopi brak ili nije pristala na heteroseksualnu vezu,²⁸ što očigledno, pored ostalog, treba da opravdava nadoknadu iz državne kase za ovaj medicinski tretman. Pošto nisu medicinski neplodne, ispravnije bi bilo u ovim slučajevima govoriti o postojanju „socijalnih indikacija“.²⁹ Izraz „socijalna neplodnost“ je novogovor, koji se sastoji od povezivanja jedne reči sa drugom kako bi se zaboravilo šta ova druga označava. Ovakav novi model jednoroditeljske porodice se ne gradi po ugledu na prirodnu oplodnju, budući da dete od samog rođenja ima samo jednog roditelja.

25 Marija Draškić, „Porodičnopравни aspekti aritficijelne inseminacije,“ Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 40, 4/1992, s.245.

26 Zoran Ponjavić, „Pravo na biomedicinski potpomognutu oplodnju kao alternativni način rađanja“, Unifikacija prava i pravna sigurnost, zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović, Beograd, 2020, 114

27 U Švedskoj je 2016. godine na univerzitetskoj klinici na uzorku od 54 žena starosti od 35,1 godina i dobrog obrazovanja sprovedena jedna pilot studija o motivacije samohranih majki za uključivanje u postupak medicinski potpomognutoj reprodukciji. Ranije su imali dugoročne veze, iako nisu bile u spremne za rađanje dece. Više žena (61%) bi pre pristalo na donaciju embriona nego usvajanje. Kao motivacija za medicinski potpomognutu oplodnju najčešće se navodi da je zbog njihovih godina imati dete važnije od čekanja pravog partnera. Ipak, i dalje su imali nadu da će pronaći partnera u budućnosti. U zaključku, švedske samohrane žene koje su prihvaćene za BMPO ne razlikuju se od drugih samohranih majki po izboru: one su finansijski i socijalno stabilne, i biraju majčinstvo prema biomedicinskoj oplodnji zbog starosti i ne žele da čekaju predugo da bi upoznale pravog partnera. Navedeno prema: Helena Volgsten & Lone Schmidt (2021) „Motherhood through medically assisted reproduction – characteristics and motivations of Swedish single mothers by choice“, *Human Fertility*, 24:3, 219-225, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14647273.2019.1606457>, 15.12.2021.

28 M. Draškić, s.245.

29 Izraz koji koristi Nacionalni konsultativni etički komitet u Francuskoj (CCNE). Prema: Claire Neirinck, „Réformede l'Assistance Médicale à la Procréation : Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle,“ https://www.cecos.org/wp-content/uploads/2019/08/reforme_amp_claire_neirinck_jcp.pdf, 9.02.2020.

Za razliku od jednoditeljskih porodica koje su nastale sticajem životnih okolnosti, porodice stvorene primenom BMPO kod žena koje žive same iz korena će izmeniti odnos deteta i njegovog porodičnog okruženja. U ovom slučaju dolazi do uspostavljanja srodničke veze samo prema majci (matrilinarno), što je suprotno svim dosadašnjim naporima koji se istorijski mogu pratiti. Oni su išli ka poboljšanju položaja vanbračnog deteta, a jedan od načina za postizanje ovog cilja bio je i uspostavljanje porekla deteta prema oba roditelja, a ne samo prema majci. To se ogleda, pre svega, u proširivanju mogućnosti za utvrđivanje vanbračnog očinstva.³⁰

5. Rešenje Zakona o BMPO RS

U Srbiji se sve do 2017. godine, prema bivšem Zakonu³¹ primena BMPO zasnivala na izričitoj medikalizaciji. Muškarac i žena ili sama žena mogli su biti korisnici ove oplodnje samo pod uslovom da je kod njih utvrđeno neko patološko stanje usled koga nisu bili u stanju da imaju decu, odnosno samo ako su se svi postupci lečenja neplodnosti pokazali neuspešnim i ne može se očekivati da će doći do začeća i rađanja deteta polnim odnosom. Biomedicinska oplodnja je bila medicinski odgovor na prirodnu neplodnost, a ne na nezadovoljstvo ili želju, zatvarajući put pravu na dete. Bila je rezervisana samo za one koji nisu mogli „normalno“ imati decu, u uslovima prirodne prokreacije iz određenih medicinskih razloga zbog čega su žene koje žive same faktički u potpunosti onemogućene da koriste BMPO. Ova ideja o patološkoj neplodnosti proisticala je iz činjenice prema kojoj je biomedicinska oplodnja terapijska mera koja treba da pomogne „bolesnim“ parovima usled čega ne mogu da imaju decu. Pored ovoga, u Zakonu je postojala odredba prema kojoj se morala dobiti saglasnost ministra nadležnog za poslove zdravlja i ministra nadležnog za porodične odnose, ako za to postoje naročito opravdani razlozi.³²

Od 2017. godine, donošenjem Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji (Zakon o BMPO)³³, u pravo Srbije se uvodi mogućnost biomedicinske oplodnje „žene koja živi sama“, bez obzira da li je kod nje utvrđena patološka neplodnost ili nije. Prema ovom propisu samo izuzetno pravo na postupke BMPO ima i „punoletna i poslovno sposobna žena koja živi sama i koja je sposobna da vrši roditeljsku dužnost i u takvom je psihosocijalnom stanju na osnovu koga se opravdano može očekivati da će biti sposobna da obavlja roditeljske dužnosti, u skladu sa zakonom, u interesu deteta“ (čl. 25. st. 2). Očigledno je da su u pitanju subjektivni, teško proverljivi

30 Zahtevi samih žena za veštačkom oplodnjom stoga danas izgledaju i arhaično. Dugo vremena je trebalo da prođe da vanbračno dete, kome je pravo odbijalo da prihvati utvrđivanje srodstva prema ocu, konačno bude uvedeno u njegovu porodicu. Prihvatanjem zahteva samih žena ponovo se stvaraju iste situacije pomoću novih vidova prokreacije: rađaju se deca čije očinstvo, po sili zakona, ne može biti utvrđeno,

31 Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, "Sl. glasnik RS", br. 72/2009.

32 Vid. član 26.st.3.ovog Zakona.

33 "Sl. glasnik RS", br. 40/2017 i 113/2017 - dr. zakon

uslovi čiju ispunjenost treba da kontrolišu lekari, psiholozi i pravnici.³⁴ Priroda ovih uslova je takva da bi bili teško objektivno proverljivi i od strane suda koji u ovom pogledu raspolaže sa znatno više mogućnosti. U pitanju su standardi koje je teško tumačiti, čime se u stvarnosti samo kamuflira ova, u stranoj pravnoj literaturi nazvana “oplodnja iz ličnog komfora”,³⁵ i legitimiše biomedicinska oplodnja žene koja živi sama. Faktički, žena koja živi sama je u situaciji da odlučuje o postojanju ovih uslova.

U Zakonu o BMPO se u ovom slučaju koristi prilično neodređen termin „žena koja živi sama“³⁶. Žene koje žive u paru, sa nekim, ne mogu se koristiti ovom pogodnošću pristupa BMPO bez medicinski potvrđene neplodnosti.³⁷ Ovakav različit tretman u pogledu pristupa ovoj oplodnji između žene koja živi u braku ili vanbračnoj zajednici i one koja živi sama predstavlja diskriminaciju žena koje žive sa nekim. Ženi koja živi sama je data šira reproduktivna autonomija u odnosu na bračne i vanbračne partnere, kojima je primarno bila namenjena.³⁸ Ispravljanje diskriminacije može samo voditi ka proširivanju ove privilegije i na njih. Pored ovoga, ženi koja živi sa nekim potrebna je i saglasnost muža, odnosno vanbračnog partnera.

Omogućivši zasnivanje ove jednoroditeljske porodice zakonodavac na ovakav način zakonodavac je još više doprineo razvoju porodičnog pluralizma. Na pravnoj sceni se pojavljuju „samohrane majke“,³⁹ na osnovu svog namernog izbora, za

34 Prema Zakonu o BMPO o predlogu specijaliste ginekologije i akušerstva za upotrebu darovanih reproduktivnih ćelija u postupku BMPO mišljenje daje stručna savetodavna komisija koja se obrazuje u centru za BMPO koju čine čine doktor medicine specijalista ginekologije i akušerstva sa subspecijalizacijom iz fertiliteta i steriliteta, odnosno uže specijalizacije iz fertiliteta i steriliteta, embriolog, diplomirani psiholog i diplomirani pravnik koje imenuje direktor ovlašćene zdravstvene službe. Vid. čl.31 Zakona o BMPO.

35 Francuski izraz koji se koristi u ovom slučaju “covenant” preveden je, u neodstatku boljeg, kao “komfor”. U ovom slučaju pod njim se podrazumeva takvo ponašanje koje nije nedozvoljeno ali ni nužno i odgovara ličnoj želji. U ovom smislu: Sophie Paricard, „L’ouverture de l’AMP aux couples de femmes: en droit de la bioéthique...la révolution n’aura pas lieu“, La procréation pour tous ? (M. Astrid , dir.), Paris : Dalloz, coll. Thèmes & commentaire, Actes, 1ère édition, 20, 2015, s. 20.

36 Koristi se nepravni pojam “žena koja živi sama”, a ne izraz “neudata žena” ili “samohrana žena”. Ovaj semantički izbor je bio neophodan da bi se izbegao bilo kakav efekat zakona na bivšeg supružnika ili vanbračnog partnera koji u ovom postupku ne učestvuju. U ovom slučaju žena koja živi sama ima pravo na artificijelnju inseminaciju ili fertilizaciju *in vitro* koja bi se obavila semenom donora.

37 Bioetičkim zakonom od 2. avgusta 2021 godine uvedena je mogućnost biomedicinske oplodnje za „sve žene“ kao što se to često u medijskim naslovima Fransuske kaže. Bilo da su u paru, heteroseksualnom ili homoseksualnom, ili su pak same. Odnosno , kao što se u Zakonu kaže „neudate žene“. Prema informacijama iz Agencije za biomedicinu (Agence de biomédecine) one prednjače sa zahtevima imajući u vidu sve podnete zahteve u prvom tomesečju 2022. godine i čine 53% svih novih zahteva. Vid. <https://www.europe1.fr/societe/pma-pourquoi-les-femmes-celibataires-sont-majoritaires-dans-les-nouvelles-demandes-4126291>, 21.07.2022.

38 Veljko Vlašković, „Žena koja živi sama kao korisnica usluga biomedicinski potpomognute oplodnje“, Međunarodni naučni skup: *Sloboda pružanja usluga i pravna sigurnost* (2019 ; Kragujevac), s. 659.

39 U stranoj pravnoj literaturi se koristi izraz „samohrane majke po izboru“ („single mothers by

razliku od onih koje su to postale nakon rođenja deteta sticajem životnih okolnosti. Budući da se i socijalna stigma prema neudatim majkama smanjuje i da sve više žena odlučuje da same rađaju decu zakonodavstvo je moralo da se prilagodi ovim okolnostima i da odgovori na želju za decom žena koje nisu našle srodnu dušu, dok biološki sat otkucava.

Navedena zakonska mogućnost svakako dovodi u pitanje patološku dimenziju neplodnosti⁴⁰ što upućuje na dva pravca razmišljanja vredna pažnje. Činjenica da se u ovom slučaju ne zahteva medicinski potvrđena neplodnost je logična posledica okolnosti da se neplodnost žene koja živi sama ne može utvrđivati na isti način kao kod para, kroz pokušaje začeća deteta prirodnim putem u seksualnom odnosu. To znači da je svaka žena u rodnoj dobi ovlašćena da zahteva doniranje sperme kako bi imala dete, drugim rečima *ab initio*, a ne kao posledica konstatovanog životnog hendikepa. I više od toga. Ona može biti korisnik i tuđeg darovanog embriona supružnika, odnosno vanbračnih partnera nastalih u postupku homologne oplodnje, kada oni od kojih potiču ne žele da ih koriste za sopstvenu oplodnju, uz njihov izričit pismeni pristanak.⁴¹ Prema Porodičnom zakonu ona postaje majka detetu jer ga je rodila. U ovom pogledu su neka rešenja iz Zakona o BMPO zaista zbunjujuća. Tako se isključuje mogućnost posthumne oplodnje žene (udovice) oplodnim ćelijama njenog umrlog partnera, ili korišćenjem njihovog zamrznutog embriona, sa argumentacijom da se ne stvaraju siročići, a istovremeno ta ista udovica će moći da pribegne BMPO korišćenjem tuđih oplodnih ćelija ili embriona. Ono što zakon zabranjuje s jedne strane, odobrava s druge.

U odnosu na rešenje iz Zakona o lečenju neplodnosti pravo žena koje žive same je značajno prošireno, toliko da se može postaviti pitanje da li se uopšte radi o izuzetku, ili o ličnom izboru, čak pravu.⁴² Sam muškarac ne može biti titular ovog prava budući da bi to bilo moguće jedino putem surogat materinstva, što je, ne samo u Srbiji, zabranjeno, čime se otvara put njegovoj neravnopravnosti i diskriminaciji. Zakon o BMPO Srbije se i ne trudi da ovo prikrije, kao što je to slučaj u uporednom pravu, korišćenjem rodno neutralnih izraza „sama osoba“.⁴³ Ovim se pokazuje i sav apsurd zalaganja za ukidanje razlike između polova koje prirodno postoje i koju

choice”). Vid. Anna Malmquist, Therese Björnstam, Amanda Thunholm, *Swedish Children of Single Mothers by Choice, and Children of Heterosexual Couples, Reflect on Child Conception and Other Paths to Parenthood*, NORA - Nordic Journal of Feminist and Gender Research, <https://doi.org/10.1080/08038740.2018.1554602>, 167, 18.05.2022.

40 Očigledno da se ona više ne smatra za bolest, koja se mora lečiti, ali sa druge strane troškovi ove oplodnje se u RS pokrivaju iz sredstava Fonda za zdravstveno osiguranje. Dakle, sredstava namenjenih lečenju. U Nemačkoj postoji dosledna praksa. Budući da neplodnost nije bolest to se troškovi ove oplodnje ne pokrivaju iz sredstava zdravstvenog osiguranja. U ovom smislu se izjasnio i Ustavni sud Nemačke u odluci BVerfG, 28. februara 2007 - BVerfGE 117, 316, §35 : sterilitet je „na raskrsnici između bolesti i fizičkih ili mentalnih poremećaja čija nadoknada ne mora biti pokrivena sredstvima za socijalno osiguranje“

41 Član 29. i 30. Zakona o BMPO

42 Z. Ponjavić, s. 111.

43 Dominique Goubau, „Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue“, *L'incidence de la biomédecine sur la parenté, Approche internationale*, (Dir. Maria-Claudia Crespo-Brauner, Brigitte Feuillet – Liger) Bruylant, Bruxelles, 2014, s.229.

nikakva zakonska norma ne može izbrisati. Kako izgleda za sada je najveći korisnik ovih zalaganja za matematičkom jednakošću polova postalo materinstvo dok je očinstvo ostalo u senci.

Pored ovoga, prihvatanje zahteva žene koja živi sama za biomedicinsku oplodnju i bez utvrđenih medicinskih indikacija za lečenje neplodnosti iz osnova menja i cilj samog postupka.⁴⁴ Ona više nema terapijski karakter, postajući, sve više alternativni način rađanja”. Nije samo odgovor na nemogućnost rađanja već je i u službi individualnih aspiracija vezanih za određen način života. Rađanje deteta postaje stvar individualne volje. Individualna volja je takođe najvažnija za uspostavljanje porekla deteta u odnosu na ženu koja ga je rodila čime se definitivno raskida sa genetskom osnovom roditeljstva. Dete će imati genetsku vezu sa ženom koja je obezbedila polne ćelije, ili sa parom koji je darovao embrion, i fiziološku vezu sa onom koja će ga nositi i roditi. Sve ovo iz korena menja i ulogu lekara. Ona se ne sastoji samo u lečenju patoloških stanja već i u odgovoru na želje.

Rešenje Zakona o BMPO Srbije uporedivo je sa najliberalnijim iz uporednog prava, kao što je npr. špansko⁴⁵ ili pravo Velike Britanije⁴⁶, u kojoj je važeći princip „sve što nije zabranjeno, dozvoljeno je“.⁴⁷ Korisnik ove oplodnje može biti svaka punoletna, poslovno sposobna, žena bez obzira na svoju seksualnu orijentaciju, što se, uostalom, može reći i za rešenje zakona Srbije.⁴⁸ Za razliku od prapočetaka planiranja rađanja kada je seksualnost odvojena od prokreacije i postala sama sebi cilj, danas je rađanje odvojeno od seksualnosti.

6. Pravne i etičke posledice stvaranja jednosrodnčkih porodica

Normiranje mogućnosti oplodnje žena koje žive same iz netarapijskih razloga sasvim izvesno pokreće brojna i značajna pravna i etička pitanja u vezi sa obavezama

44 U nekim državama pojam „medicinska indikacija“ se vrlo široko tumači. Tako se u Rusiji gde je dopušteno začeće neudate žene uz pomoć biomedicine, nedostatak, nepostojanje muškog partnera je od strane Ministarstva zdravlja identifikovano kao ‘medicinska’ indikacija za veštačku inseminaciju spermom nepoznatog donora. Identična situacija je i u Španiji, državama SAD. Vid. Dragica Živojinović, “Pravo na začeće uz pomoć biomedicine“, *Pravni život*, 10/2006, s. 221.

45 Prema članu 6.1. španskog zakona 14/2006 od 26 maja 2006. godine npr., kojim se reguliše asistirana reprodukcija, svaka žena starija od 18 godina, poslovno sposobna, može biti donorka ili korisnica postupaka regulisanih zakonom, nezavisno od njenog bračnog statusa ili seksualne orijentacije. Vid. Le „droit à l’enfant“ et la filiation en France et dans le monde - rapport final (Ur.C. Brunetti-Pons), str.147. <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-lenfant-juin-2017.pdf>, 2.07.2019

46 Velika Britanija je još 1990. godine usvojila Human Fertilisation and Embryology Act prema kome svaka žena, udata ili sama, heteroseksualne ili homoseksualne orijentacije, može biti korisnik novih tehnika medicinske reprodukcije.

47 Thérèse Callus, “La parenté au Royaume-Uni : un droit en évolution face à l’essor des pratiques biomédicales“, *L’incidence de la biomédecine sur la parenté, Approche internationale*, (Dir. Maria-Claudia Crespo-Brauner, Brigitte Feuillet – Liger) Bruylant, Bruxelles, 2014, s. 160.

48 Raznolikost evropske normative potkrepljuje okolnost da se u nizu država dozvoljava BMPO žena koje žive same, ali ne i homoseksualnih, lezbijskih parova: Estonija, Letonija, Mađarska, Hrvatska, Bugarska, Grčka, Kipar. Vid. Laurie Marguet, „La construction genrée de la parenté par le droit de la procréation en France et en Allemagne“, *Enfances Familles Générations*, 38, 2021; <http://journals.openedition.org/efg/11829>, 11.12.2021.

lekara i dobiti dece koja će biti začeta i rođena. Ma kako na prvi pogled bilo iz pronatalitetskih razloga opravdano, ovo se može pokazati kao rizičan potez čiji negativni efekti nisu do kraja sagledani, budući da se roditeljstvo zasniva na jednostranoj volji. Namerno se, legalnim putem, stvara jednoroditeljska porodica, bez ikakve mogućnosti da dete dobije biološkog oca, što je suprotno svim naporima koji se u pravu čine da dete ima i oca i majku. Pored toga što može predstavljati dobar uvod za dalje širenje BMPO na nove korisnike (par žena), ova revolucionarna inovacija označava i napuštanje polne komplementarnosti kod rađanja, odnosno prevazilaženje njegovih bioloških ograničenja. U tom pogledu može se, čak, reći da podriiva porodicu i srodstvo kao temelje društva.

Centralna pravna i etička pitanja koja se ovim povodom otvaraju tiču se položaja i sudbine deteta začetog i rođenog na ovaj način. Ova medicinska pomoć odgovara želji žene koja živi sama ali se pri tome ne smeju zanemariti efekti na dete koje se rađa. Zakonska ovlašćenja data odraslim iziskuju potrebu uspostavljanja ravnoteže sa interesima dece koja treba da se rode. Glavna briga moraju biti prava deteta, a posebno pitanje pozicioniranja njegove porodične istorije i njegovog porodičnog okruženja u odnosu na istoriju i porodično okruženje druge dece, rođene u biparentalnoj porodici bez obzira na način rađanja, prirodnim ili veštačkim putem. Uvođenjem BMPO žena koje žive same možda se uklanja njihova diskriminacija ali se istovremeno i trajno deca lišavaju prava da odrastaju u tradicionalnoj porodici sa muškim i ženskim uzorima, važnim za njihov zdrav psihosocijalni razvoj, što može imati negativne posledice po dobrobit deteta (a kasnije i njegovo odrastanje).⁴⁹ Bilo koji rizik za buduću decu trebalo bi proceniti korišćenjem standarda „visokog rizika od ozbiljne štete“, koji je ranije usvojilo Evropsko društvo za ljudsku reprodukciju i embriologiju (European Society of Human Reproduction and Embryology - ESHP, 2007).⁵⁰ Pri ovome treba imati u vidu da je ovo samo jedan od brojnih standarda koji se utvrđuje od slučaja do slučaja s obzirom na konkretne okolnosti što je otežavajući činilac.

Uvođenjem BMPO za žene koje žive same zakonom se „isključuju očevi“, čime se vrši deinstitalizacija porodice sa slabljenjem autoriteta oca, dakle, odsustvom muško-ženske različitosti, čime se institucionalizuje samohrano roditeljstvo. Ono istina postoji, kao što je rečeno, i u drugim slučajevima kada dete ima poznatog oca, dakle koji postoji, to se ne može poreći. Bio je prisutan sa detetom u jednom periodu njegovog odrastanja. Roditeljski par i nakon raspada više manje saraduju u vršenju roditeljskog prava. Otuda postoji i njihova zajednička odgovornost prema svojoj deci.

U slučaju BMPO žene koja živi sama jednoroditeljska porodica se uspostavlja *ab initio*. Kakve će to posledice imati na odnos dece prema njihovom poreklu? Šta

49 G. De Wert, W. Dondorp, F. Shenfield, P. Barri, P. Devroey, K. Diedrich, B. Tarlatzis, V. Provoost, G. Pennings, „ESHRE Task Force on Ethics and Law 23: medically assisted reproduction in singles, lesbian and gay couples, and transsexual people“, Human Reproduction, Volume 29, Issue 9, September 2014, s. 1859–1865

50 ESHRE Task Force on Ethics and Law including, Pennings G, de Wert G, Shenfield F, Cohen J, Tarlatzis B, Devroey P. ESHRE Task Force on Ethics and Law 13: the welfare of the child in medically assisted reproduction. Hum Reprod. 2007 Oct;22(10):2585-8

znači odrastati bez oca, koga nema ni u porodičnoj istoriji? Ovim se stvara čitava revolucija u sistemu uspostavljanja primarnog srodničkog (roditeljskog) odnosa zato što više nije stvarnost ili biološka verovatnoća koja ga kreira već volja odrasle osobe da bude roditelj. Institucionalizacija odsustva oca ne uzima u obzir potrebe i interese deteta. Roditeljska volja ne bi trebala biti dovoljna sama po sebi već je interes još uvek nerođenog deteta, ništa manje bitan od već rođenog, da živi u stabilnoj porodici što mora biti ograničavajući faktor u pristupu BMPO.⁵¹ U ovom slučaju bi trebalo uzeti u obzir najbolji interes deteta kao kao moguću prepreku u njegovoj „proizvodnji“, na osnovu procene uslova koje žena mora da ispuni, bez obzira što još nije ni začeto.⁵²

Deca koja odrastaju u jednoroditeljskom okruženju suočavaju se sa različitim teškoćama, kroz povećani rizik od nesigurnosti i emocionalne deprivacije povezane sa ograničenim vremenom sa kojim samohrana majka raspolaže. Kod jednosrodničkih porodica njihov položaj je dodatno otežan, kako na pravnom tako i psihološkom planu, naročito kao posledica uvođenja donora, koga neće nikada upoznati, ako se i dalje bude insistiralo na njegovoj anonimnosti. Paradoksalno je da se ovo dešava u momentu kada je očinstvo, oduvek obavijeno misterijom, postalo potencijalno izvesno zahvaljujući, pre svega, primeni postupaka genetske analiza u postupku utvrđivanja očinstva. Prepreke saznanja porekla deteta stoga mogu biti postavljene samo zakonom. Da li se stvaranje jednosrodničke porodice primenom BMPO za žene koje žive same šalje poruka da deci i ne trebaju očevi, a ženama muškarci, osim kao distributeri oplodnih ćelija. Ovim se narušava ustavom zagarantovana ravnopravnost muškarca i žene što se u poplavi feminističke literature retko pominje. Po prvi put se dešava da genetski otac nije i ne može postati pravno otac, budući da ostaje anoniman zahvaljujući odredbi Porodičnog zakona prema ne može utvrđivati očinstvo muškarca koji je darovao oplodne ćelije.⁵³ Dete se lišava prava da ima oca i sve srodnike po toj liniji, što je važan aspekt njihovog ličnog identiteta.⁵⁴

51 U Izveštaju The House of Commons Science and Technology Committee, Human Reproductive Technologies and the Law, Fifth report of session 2004-05, Volume I, 44, navodi se mišljenje Dr. A. McWhinnie i profesora A. Bissett-Johnson sa Univerziteta u Dandiju (Škodska) prema kojima aktuelno zakonodavstvo nedovoljno uzima u obzir posledice koje na duži rok nastaju po dete koje će se roditi u postupku potpomognute oplodnje. Oni su zato predložili da se preuzme rešenje iz zakonodavstva države Viktorija u Australiji prema kome „Dobrobit i interesi bilo koje osobe koja je rođena ili će se roditi kao rezultat postupka lečenja je od najveće važnosti“. Vid.

<https://publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmsselect/cmsctech/7/7i.pdf>, 17.12.2021.

52 Ovo bi trebalo uzeti u obzir naročito i u kontekstu surogat materinstva, čije se usvajanje već duže vreme u RS najavljuje. Vid. Veljko Vlašković: „Najbolji interes deteta u kontekstu porodičnog pravnog aspekta usluge surogacije“, U: XXI vek - vek usluga i uslužnog prava, Knj. 6. Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 2015, s. 247-272.

53 Porodični zakon Republike Srbije, čl.58.st.5.

54 Ovo je istaknuto i u presudi Suda u Strazburu u slučaju *Menenson v. France* (t. 88) gde je rečeno da poštovanje privatnog života zahteva da svako ima mogućnost da utvrdi detalje svog identiteta, jer je pravni odnos roditelj – dete bitan aspekt identiteta pojedinca; *Menenson v. France* (65192/11) odluka 6. 10. 2011, postala pravnosnažna 26. 09. 2014.

Ovakvo zakonsko rešenje dovodi do toga da se mesto oca posmatra kao eventualno (incidentno), ali i do negiranja različitosti polova, što je ipak strukturalno važno za dete, iako pravila Zakona o BMPO RS kroz upotrebljene jezičke izraze nastoje ostati polno neutralna. Tako se govori o upotrebi, korišćenju, reproduktivnih, a ne muških i ženskih ćelija (spermatozoida i jajnih ćelija), pa se ovakvom semantičkom neutralnošću nastoji dodatno neutralisati seksualnost u ovakvoj reprodukciji. Gubi se veza između zakonskog i psihološkog porekla, jer dete može da misli o sebi samo kao o detetu muškarca i žene. A zakon pokušava da nametne model koji je nemoguće razumeti. Nasušna potreba deteta da raste i gradi svoju ličnost i svoj identitet u ovom slučaju je drugorazredna. Da bi raslo, detetu je potrebna koherentnost i razumljivost. Ne može da shvati da može biti dete samo jedne žene, kao što stoji u njegovoj matičnoj knjizi rođenih. S toga je potrebno kroz dodatne uslove normiranja ove BMPO predvideti, pored ostalog, bar prisustvo ostalih članova porodice koji bi joj mogli pomoći u obezbeđivanju potreba deteta.⁵⁵

Ali od svega u ovom pogledu se najvažnijim čini ukidanje pravila o anonimnosti donora. Sve dok su korisnici BMPO bili parovi, muškarac i žena, anonimnost je pored ostalog služila da se ova oplodnja poistoveti sa prirodnom. Onog momenta kada se u postupak BMPO uključila žena koja živi sama postalo je jasno da je u pitanju veštačka a ne prirodna prokreacija iz jednostavnog razloga što sama žena ne može „prirodno“ začeti bez nekog muškarca. S toga dalje istrajavanje na anonimnosti donora više nema svrhu. U prilog ukidanja anonimnosti donora idu i brojna rešenja iz uporednog prava.⁵⁶

Ovako začeto i rođeno dete će nesumnjivo imati ljubav svoje majke. Međutim, zahvaljujući upotrebi sperme od anonimnog donora, ili embriona para, dete u svojoj istoriji neće imati nijednog identifikovanog oca, ni biološkog, koji će ostati anonimn, ni „socijalnog“. Poznato je da je uloga oca u interakciji i saradnji sa majkom ključna u izgradnji ličnosti deteta i njegovog odnosa prema različitosti društva, uključujući i muško-žensku različitost. Mnoga deca danas žive u odsustvu oca, ne zbog želje da tako bude, već zbog životnih okolnosti. Dok društvo odsustvo oca smatra hendikepom koju pokušava u određenim okolnostima da ispravi, barem finansijski, i dok postoji zabrinutost zbog povećanja broja jednoroditeljskih porodica, čini se paradoksalnim da se institucionalizuje, svesno organizuje, rađanje bez oca.

55 Prema amandmanu na Zakon o humanoј fertilizaciji i embriologiji Velike Britanije iz 2008. godine, žena koja živi sama može biti uključena u postupak ove oplodnje pošto ispuni sve uslove „uključujući potrebu za roditeljstvom koje pruža podršku” (supportive parenting). U Sloveniji i Austriji kao posledica stava da postoji interes deteta da ima dva roditelja žena bez partnera ne može biti korisnik postupaka BMPO. Vid. Gordana Kovaček-Stanić, „Pravo deteta na roditeljsko staranje – savremeni aspekti“, 30 godina primene Konvencije Ujedinjenih Nacija o pravima deteta – savremeni aspekti (ur.T. Varadi, G.Kovaček Stanić), Zbornik radova sa naučnog skupa održanog 10.12.2021, SANU, Beograd, 2021, s.22 - 23.

56 Prva država koja je to učinila i omogućila detetu rođenom putem doniranja oplodnih ćelija da sazna svoje poreklo bila je Švedska (1984). Pored nje, kasnije, to su uradile i druge države, Austrija (1992), Norveška (2003), Holandija (2004), Velika Britanija (2005), Finska (2006), Francuska (2021). Vid. Agnès Martial, Isabel Côté et Kévin Lavoie, „De l’adoption à la procréation assistée par autrui : cadres, pratiques et enjeux entourant la question des origines et de ses récits“, *Enfances Familles Générations*, 2021. <https://journals.openedition.org/efg/11408>, 37, 18. 12. 2021.

U jednom i drugom slučaju moraće da se izbori u svom neposrednom okruženju, posebno u školi, sa odsustvom oca koji će drugi muški preteđenti samo na nepotpun naćin zameniti. Da li je legalizacija ovih situacija dovoljna za borbu protiv njihove marginalizacije?

Postoje i argumenti kojima se pokuřava opovrgnuti uticaj nepotpune strukture porodice na njenu ranjivost. Tako je u više navrata iznesen argument da je struktura porodice mnogo manje vađna „od podrřke okoline, porodićne dinamike, kvaliteta odnosa između roditelja i dece kao i između samih roditelja.⁵⁷ Najvađnije za interes deteta su naklonost, pađnja, sigurnost, odsustvo nasilja, ljubav. Pri tome se istiće da ljubav nema seksualnu orijentaciju ili braćni status. Pored ovoga žena koja je „postala“ sama ne mođe se porediti sa ženom samoj „po izboru“. Prema nekim istrađivanjima, teřkoće sa kojima se susreću deca odgajana u jednoroditeljskoj porodici su „manje direktno povezane sa samohranim roditeljstvom kao takvim, nego sa faktorima kao řto su socioekonomski nedostaci, nedostatak socijalne podrřke, sukob između roditelja, depresija roditeljska raspada para, itd“. Pořto je projekat za samohrane majke nastale po izboru, putem BMPO, dobro promiřljen izbor, ćini se da iskljućuje rizike povezane sa socijalnom, emocionalnom i psiholořkom situacijom koja se pominje za situacije samohranog roditeljstva u drugim slućajevima.⁵⁸

7. Zakljućak

Evropska Konvencija o pravima ćoveka ne garantuje individualno pravo na formiranje porodice. Svaka drđava je, prema tome, slobodna da predvidi ili ne mogućnost biomedicinski potpomognute oplodnje žena koje žive same kako bi formirale jednosrodnićku porodicu. Adopcija postoji da bi se jednom detetu obezbedila porodica, a biomedicinska oplodnja da bi se porodici obezbedilo dete. Drđave koje ne dozvoljavaju njihovo koriřćenje od strane jednog lica, odnosno žene koja živi sama, ne mogu biti optuđene da krře ćl.8. Konvencije o pravima ćoveka

Jednoroditeljske porodice spadaju među najsiromařnije demografske grupe, zbog ćega druřtvo nije naklonjeno uvećanju njihovog broja, pa je stoga normiranje BMPO žena koje žive same suprotno svim dosadašnjim naporima koji se istorijski mogu pratiti. Paradoksalno je da se ovim institucionalizuje, svesno organizuje, rađanje bez oca. Bez obzira řto je stvaranje jednosrodnićkih porodica u ovom slućaju rezultat promiřljenog izbora, to ne mođe otkloniti trajno odsustvo oca i svih srodnika po toj liniji. Ovaj hendikep se pokuřava u određenim okolnostima ispraviti, barem finansijski, i pravdati ćinjenicom da žena koja živi sama (ali i muřkarac) mođe biti usvojitelj. Zaboravlja se da je u slućaju usvojenja dete bez roditeljskog staranja pa mu se u datim okolnostima pruđa najbolja zařtita dok se u ovom slućaju rađa dete unapred liřeno oćinstva.

Zbog svega rećenog oćuvanje interesa deteta, bilo rođenog ili buđućeg, joř

57 Comité consultatif national d'ćthique (CCNE), avis n° 126 sur les demandes socićtales de recours à l'assistance mćdicale à la procrćation, 15 juin 2017, p. 28, ćtude d'impact, s. 42.

58 *Ibid.*, 49.

nerođenog, mora u skladu sa zahtevima iz međunarodnih dokumenata biti glavna briga. Za sada, očigledno, ovaj interes ostaje u pozadini zakona. Ova konstatacija stoji bez obzira da li odobravamo ili ne BMPO žene koja živi sama. Zato se u daljoj ekspanziji primene ovih postupaka, ako se već ne mogu isključiti, moraju ustanoviti mnogo delotvorniji pravni mehanizmi zaštite najboljeg interesa deteta nego što je to postojećim zakonskim rešenjem, bar u zakonodavstvu RS, postignuto.

Naime, interesi ovako rođenog deteta se moraju dovesti u ravnotežu sa interesima žene koja živi sama. Ovo bi se, koliko toliko, moglo postići ukidanjem anonimnosti donora oplodnih ćelija ili embriona, kao i kroz propositivne dodatne uslove koje žena mora ispuniti, koji se tiču njene sposobnosti da obezbedi potrebe deteta kao i prisustvo ostalih članova porodice koji bi joj eventualno mogli pomoći u ovom zadatku.

Zoran Ponjavić, LL.D., Full Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac

FOUNDING A SINGLE-PARENT FAMILY IN THE CONTEXT OF BIOMEDICALLY ASSISTED FERTILIZATION

Summary: Families consisting of one parent and children have existed ever since, only the basis of their creation has multiplied. Even though they belong to the poorest demographic groups, it is legal and according to the law of the Republic of Serbia to increase their number through the possibility of biomedical fertilization of a woman living alone, without a partner and without medically confirmed infertility. They are created by plan, *ab initio*, which is contrary to all efforts put so far for a child to have both parents. This meets the demands and wishes of a woman living alone. However, insufficient care is taken to the best interests of a still unborn child with no father and relatives along that line. That is why they must be brought into balance with the interests of the woman, the mother. As a way to do this, the paper proposes abolishing the donor's anonymity, as well as proposing additional conditions that the woman must fulfill. They concern her ability to provide for the child's needs as well as the presence of other family members who could possibly help her in this task.

Key words: single-parent family, biomedical insemination, best interest of the child, ECtHR, RS law.

ŽIVJETI SAM U SAMAČKOM DOMAĆINSTVU

Sažetak: Novi trendovi u razvijenim zemljama ukazuju na porast broja osoba koje su izabrale samački način živote i žive same. U radu se pokušava pojasniti status tih osoba i odnos prema srodnicima. Polazeći od tradicionalnih funkcija obitelji nameće se potreba promišljanja na koji se način ljudske potrebe zadovoljavaju u samačkom domaćinstvu. Dio obveza preuzima država putem sustava javnog zdravstva i socijalne skrbi. Pravo na izbor između obveza prema drugima u braku i obitelji i osobne autonomije danas je moguće ostvariti živeći sam. Pred suvremenom je državom i pravnim poretom izazov kako pomiriti izbor samačkog života s obvezama socijalne države kao zaštitnika ljudskih prava i dostojanstva ljudskih bića. Pravo na privatnost sve više postaje temeljni čimbenik o kojem ovisi strukturiranje načina i izbora stila života. Analiziraju se noviji statistički podaci za Europsku Uniju koji zorno pokazuju trendove u izboru stila života i novim životnim zajednicama. Obiteljsko pravo, prateći promjene u društvu, polako se kreće kao i ljudska bića na tom putu bez cilja.

Ključne riječi: obitelj, pojedinac, socijalna država, ljudska prava.

1. Sociološko normativni okvir

Obiteljsko pravo grana je prava koja ne daje definiciju obitelji. Radi političke korektnosti i onih koji se smatraju, i žele biti priznati kao članovi obitelji, čini se da nije moguće definirati obitelj. Poslužit ćemo se stoga definicijama državnog zavoda za statistiku koji obitelj definira kao zajednicu koja se sastoji samo od bračnog para ili jednog ili oba roditelja i njihove djece koja nisu u braku. Domaćinstvo je porodična ili druga zajednica, ali i osoba koja živi sama (samačko domaćinstvo), a samac je osoba koja sama troši svoje prihode.¹

Statistički pokazatelji sasvim očekivano ukazuju na povećanje broja samačkih domaćinstava. Obitelj, kao najmanja demokratska zajednica u srcu društva, dio je društva i prolazi mijene koje se događaju. Od početka 19. stoljeća politička revolucija značila je novu eru ljudskih prava i osobnih sloboda. Industrijska revolucija iznjedrila je materijalno blagostanje i slobodno tržište. Obitelj ostaje temeljna zajednica, ali podložna promjenama koje se događaju u društvu. Tijekom povijesti materijalna

¹ Magdalenić, Ivan, Obitelj i domaćinstva u Republici hrvatskoj – nekoliko statističkih pokazatelja, Revija za socijalnu politiku, 2, 1995., br. 1., str. 11.

U dokumentima Eurostata koristi se termin households. Zakon o socijalnoj skrbi RH (Narodne novine, 18/2022.) navodi da je kućanstvo zajednica osoba koje žive zajedno i podmiruju troškove života (čl. 15.3). Mišljenja smo da su termini kućanstvo i domaćinstvo istoznačni te će se u radu koristiti oba termina.

dobra akumulirana generacijama prenosila su se na nasljednike i predstavljala osnovu opstanka i egzistenciju novih obitelji. Danas u mnogim funkcijama obitelj odmjenuje socijalna država, iako trendovi nisu globalno univerzalni, budući da je u većini zemalja još uvijek obitelj primarna zajednica o kojoj ovisi nečiji život. Različita je tako struktura i broj članova obitelji u pretežito seljačkim ili industrijskim društvima. Smanjuje se utjecaj religije na obitelj, ali ostaje primjerice Mediteran kao područje s jakim obiteljskim zajednicama. Globalni univerzalizam tzv. ljudskih prava ipak je bitno ograničen stupnjevima razvoja, materijalnim blagostanjem i učinkovitošću suvremene socijalne države. Čini se da je globalno još uvijek prevladavajući model tradicionalne obitelji u kojoj se održavaju veze između srodnika i koja skrbi o svojim članovima od rođenja, pa do smrti.

Francuska kao socijalna država bila je 2003. godine suočena s kataklizmom koju su prouzrokovale vrućine. U razdoblju od 1. do 20. kolovoza 2003. preminulo je oko 15.000 osoba. Velika većina žrtava 87% bile su osobe starije od 70 godina, koje su živjele same. Gradonačelnik Pariza organizirao je kolektivni pogreb za žrtve, za one koji su živjeli sami, koji su bili napušteni i zaboravljeni od svih, i koji su pronađeni mrtvi danima, tjednima nakon smrti, čiji se srodnici nisu raspitali za tijela pokojnika, o čijoj se smrti nije imalo koga obavijestiti... U parlamentu Republike Francuske održana rasprava i prihvaćeno iscrpno izvješće u kojem su analizirani podaci i kojim se pokušalo poboljšati javnozdravstveni i sustav socijalne skrbi kako bi se ubuduće izbjegle tako poražavajuće posljedice.²

Samac je osoba koja u samačkom domaćinstvu živi sama. Domaćinstvo ili kućanstvo je zajednica osoba koje žive zajedno. Bitna poveznica koja povezuje osobe najčešće je, nekad bilo, srodstvo. Međutim, danas su zamjetni i statistički potvrđeni trendovi suživota osoba koje ne povezuje srodstvo, pa ni afektivna veza da bi se te osobe mogle smatrati kao „par“. Pravni sustavi razrađuju prava i obveze članova obitelji za života, kao i nakon smrti, pravilima o nasljeđivanju imovine. Prema izvorima rimskog prava najveća kazna za osobu bio je izgon iz obitelji. Šanse za preživljavanje bile su gotovo nikakve.

Promjene u materijalnoj podlozi suvremenih društava omogućavaju pojedincu da osmisli vlastiti život živeći sam. Više je čimbenika koji utječu na broj osoba koje žive same: sklapa se manje brakova, sve je manji broj djece, visok je broj razvedenih brakova, sve je više starijih osoba, žene žive duže od muškaraca.

Povijesni model patrijarhalne obitelji počeo se urušavati zapošljavanjem žene. Materijalna samostalnost zaposlene žene zasigurno je utjecala i na porast broja razvedenih brakova. Izlazak žena na tržište radne snage otvorio je put egalitarnoj obitelji iza koje stoji materijalna neovisnost. Obrazovanje je važan inicijalni kapital, ulaganje koje omogućava samostalnost, pravo na izbor i posljedično samoodređenje.

Razvod braka obilježio je zakonodavstvo o braku u drugoj polovici dvadesetog stoljeća. Te su promjene značile ubrzano rastakanje povijesnih modela bračne stabilnosti i obiteljske solidarnosti. U osnovi razvoda braka leži slobodna volja za

² <https://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r1455-t1.asp> (20.6.2022.)

Keller, C., Richard, Fatal Isolation: The Devastating Paris Heat Wave of 2003, University Press Chicago, 2015.

izlazak iz braka i prividna imovinska sigurnost pojedinca koja je nekad bila vrlo neizvjesna sve dok žena nije istupila na tržište rada. Statistički podatci 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 kao samohrani roditelj, znači biti siromašniji. Cijena slobode u pravilu se plaća rizikom siromaštva.³ Živjeti sam, napose u starijoj životnoj dobi, znači biti izložen znatno većem riziku od siromaštva. Pitanje je, raspolaže li suvremena socijalna država dostatnim resursima i organizacijskim modelima kojima bi pravedno i učinkovito pružila materijalnu potporu i socijalne usluge svima onima kojima je to potrebno radi očuvanja dostojanstva ljudskih bića koje je u podlozi svi ostalih ljudskih prava.

Suvremeni sustavi socijalnog osiguranja i pokriveni rizici troškova liječenja u značajnoj mjeri doprinose osjećaju sigurnosti osoba koje žive same. Imovina i materijalna nezavisnost omogućavaju autonomiju i izbor stila života. Samački život moguć je i zbog materijalne neovisnosti i egzistencijalne sigurnosti. Živjeti sam ne znači i biti osamljen. Osamljena može biti i osoba koja živi u obitelji. Osoba koja živi sama svjesna je rizika i mogućnosti koje pruža socijalna država i/ili karitativne ustanove. Socijalna država kao jamac ljudskih prava i dostojanstva ljudskih bića postepeno odmjenjuje obitelj kao socijalnu zajednicu. Kao što su danas odgoj i obrazovanje djece nezamislivi bez javnih ustanova, tako je skrb i napose liječenje starih i nemoćnih članova obitelji nezamislivo bez visokih zdravstvenih standarda koji su građanima dostupni ovisno u stupnju razvoja i sustavima osiguranja pojedine države.

Živjeti sam postaje sve više svakodnevna realnost koja omogućava usmjeravanje interesa i na neki način bijeg od prilagodbe drugima u životu u zajednici. Tehnologija danas omogućava trajnu virtualnu prisutnost i osjećaj sudjelovanja u životu u realnom vremenu pod pretpostavkom da je osoba pratila tehnološke trendove i savladala njihovo korištenje. Život mladih danas je nezamisliv bez tehnologije i društvenih mreža. I oni koji žive u obiteljima često su duhom odsutni i zaokupljeni neprekinitim nizom informacija koje dobivaju i prate u realnom vremenu što nepobitno umanjuje kvalitetu i broj izravnih kontakata s članovima obitelji. Tehnologija omogućava biti sam, ali istovremeno aktivno, u realnom vremenu, sudjelovati u svemu. Samačka domaćinstva, koja se temelje na materijalnoj autonomiji, znače i veće troškove i veću potrošnju energije što ekološki i nije prihvatljivo jer povećava emisiju CO₂: „*carbon footprints per capita*“.⁴

Promišljanja o suodnosu povijesti, baštine i promjena upućuju na zaključak da baština nikad nije brže zastarijevala i gotovo nestajala u hodu, a da istovremeno izvjesnost budućnosti nije bila sve neizvjesnija. Obitelj je sve manje čuvar baštine i karika koja prošlost spaja s budućnošću.

3 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.534.

4 Jamieson, Lyn, Simpson, Roona, Living Alone – Globalization, Identity and Belonging, Palgrave Macmillian Studies in family and intimate Life, eBook, 2013, str.222.

Todorov, Tzvetan, Living Alone Together, Johns Hopkins University Press, 27,1996.,1, str.1-14.

Socijalizacija obiteljskih funkcija u suvremenim socijalnim državama daje osjećaj sigurnosti da će temeljna prava pojedinca biti zaštićena. Povijesno se u obitelji zatvarao krug života, od nemoćnog dojenčeta do nemoćnog starca, uvijek su bliski srodnici pružali njegu i pomoć. Racionalna osoba danas treba biti svjesna rizika koje nosi samački život. Materijalna sigurnost i neovisnost omogućavaju korištenje usluga na tržištu ili zbrinjavanje na teret socijalnog osiguranja i u okvirima sustava socijalne skrbi. Socijalna država vodi računa o održivosti sustava, naplaćuje se iz ostavine i tako umanjuje nasljedna prava srodnika.

U razvijenim zemljama, s jače izraženim trendom individualizacije, kroz samačka domaćinstva, zamjetan je porast interesa za manje stambene jedinice u modelima sustanarstva ili zadružnog stanovanja (*cohousing – cooperative housing*).⁵ Nešto slično prošli smo iza rata i u FNRJ preko omrznutog modela nametnutog (prinudnog) sustanarstva. Danas je, primjerice u Danskoj, zamjetna (dobrovoljna) potražnja za manjim stambenim jedinicama uz koje postoji mogućnost korištenja zajedničkih prostorija i naravno okupljališta poput „kafića“. Takve su nekretnine prema potražnji na trećem mjestu u Danskoj, primjerice u Kopenhagenu. Radi se o stanovima sa zajedničkim prostorijama različitih funkcija, sve do odvojenih apartmana za goste.⁶ Ti novi modeli stanovanja zanimljivi su za osobe koje žive same i nude se na tržištu, ali postoje i kao zajednice za organizirano stanovanje osoba s invaliditetom pod nadzorom. Svaka financijska kriza, poput one iz 2007. godine, znači manji broj brakova, više razvoda brakova i posljedično veći broj osoba koje žive same.

Osoba koja živi sama možda i ima srodnike i s njima održava veze različite naravi i intenziteta. Moguće da je održavanje veza sasvim prekinuto. Povijesni relikv diobe imovine nakon smrti ostavitelja vrši se prema odredbama zakona o nasljeđivanju. Nasljedno pravo polazi od načela autonomije volje koje stoji u osnovi oporučnog raspolaganja imovinom. U slučaju da oporuke nema, imovina se nasljeđuje prema vrsti i stupnjevima srodstva bez obzira što ti srodnici možda i nisu održavali veze s ostaviteljem.

Obiteljsko pravo uputilo se u drugoj polovini dvadesetog stoljeća na put bez cilja. Članak Andersa Agella znakovita naslova „*The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation: A Journey without a Destination*“ iz 1980. godine duboko se urezao u moje pamćenje negdje baš na početku akademskog putovanja kroz Obiteljsko pravo. Razvod braka značio je novu eru osobnih odnosa ljudskih bića, s tada nesagledivim posljedicama na strukturu i kvalitetu odnosa među partnerima, srođnicima i članovima obitelji. Istovremeno su se obiteljsko pravni učinci počeli priznavati i izvanbračnim partnerima. Takav pristup zakonodavaca neminovno dovodi do, kako to kaže Mary Ann Glendon, „banalizacije prethodnih oblika legitimnog ponašanja.“⁷

Taj bitno promijenjeni normativni pristup braku poklopio se s trendom

5 Jamieson, Lyn, Simpson, Roona, *Living Alone*, op.cit., str.223.

6 Jamieson, Lyn, Simpson, Roona, *Living Alone*, op.cit., str.224.

7 Glendon, Mary Ann, *The Transformation of Family Law, State, Law and family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1996., str.144.

uvažavanja individualizma i načela neutralnosti u vrijednosnom smislu. Od šezdesetih godina prošlog stoljeća pratimo trend deregulacije u ime tzv. slobode.⁸ U sustavu normi obiteljskog prava, koje je do tada primat davalo kolektivnom, obiteljskoj i bračnoj zajednici, sve se više provlači kao načelo pustite me da odlučujem sam - *let me live alone*.⁹

Suvremena socijalna država senzibilizirana osobnim pravima pojedinca preuzima povijesnu ulogu *parens patriae* - roditelja zajednice (nacije) pružajući zaštitu pojedincima u granicama nadležnosti i materijalne održivosti sustava. Povijesno je primarnu zaštitu djeci i nesposobnim članovima pružala obitelj. Sve manjim brojem članova obitelji i sve labavijim vezama, koje završavaju razvodima brakova, raste broj osoba kojima je potrebna zaštita iz sustava mjera socijalne skrbi. Tako primjerice uvodna odredba Zakona o socijalnoj skrbi RH slikovito pojašnjava ulogu suvremene socijalne države.¹⁰

Socijalna država intervenira tek nakon što se utvrdi da nema obveznika zakonske obveze uzdržavanja iz kruga srodnika. Razlika u kvaliteti odnosa je jasna. Država će teško istom mjerom empatije, povjerenja, ljubavi i razumijevanja izvršavati nedostajuće obiteljske funkcije. Socijalne usluge pružaju se tek nakon procjene rizika i snage obitelji (ZOS čl.73).

Ako kao pretpostavku ljudskih prava postavimo materijalnu egzistenciju, tada prateći ukidanje obiteljskih obveza, dolazimo do zaključka da država intervenira tek nakon što je utvrđeno da nedostaju resursi za zadovoljavanje ljudskih potreba. Obitelj je povijesno, osim osobnih odnosa među članovima, predstavljala i zajednicu u kojoj su se akumulirala dobra i prenosila iz generacije u generaciju. Ta materijalna dobra naslijeđena od prethodnih generacija predstavljala su materijalnu podlogu za život novih naraštaja. Pravila nasljednog prava, ponekad nepravedna prema nekim članovima obitelji, prošla su verifikaciju i održavana su stoljećima. Država, sukladno i hrvatskom Zakonu o socijalnoj skrbi, priznaje pravo na mjere iz sustava socijalne skrbi samo ako nisu prethodno sklopljeni ugovori o doživotnom ili dosmrtnom uzdržavanju. Država postaje proširena obitelj, jer bez obzira na teorijske koncepcije ljudskih prava, pojedinac često ipak ne može (pre)živjeti sam. Primjerice, tako pravo na uslugu smještaja (čl.110 ZOS RH) nema osoba kojoj pomoć i njegu pružaju članovi obitelji.

Republika Hrvatska osnivač je Zavoda za socijalni rad. Pomoć osobi ostvaruje se preko obiteljskih centara na teret proračuna RH. Međutim, ako osoba koja prima

8 Glendon, Mary Ann, op.cit., str.145.

9 Lategan, Bernard, Living Alone Together. On the boundaries of the self and the collective mind, Scriptura, 63, 1997., str.467-473.

Stern, Julian, Alone, together, published online 29 May 2020. <https://doi.org/10.1080/01416200.2020.176005>

Cahn, R. Naomi, Models of Family Privacy, The George Washington Law Review, 67, 1999.,br.5-6, str. 1225-1246.

10 Zakon o socijalnoj skrbi, (kratica ZOS RH), Narodne novine 18/2022., čl.1 „Ovim Zakonom se uređuje djelatnost socijalne skrbi, načela socijalne skrbi, naknade i usluge u sustavu socijalne skrbi, postupci za njihovo ostvarivanje, korisnici, sadržaj i način obavljanja djelatnosti socijalne skrbi, stručni radnici u djelatnosti socijalne skrbi, evidencije, inspeksijski i upravni nadzor, financiranje djelatnosti socijalne skrbi te druga pitanja značajna za djelatnost socijalne skrbi.“

pomoć ima neku imovinu izvršit će se zabilježba u korist RH radi kasnijeg povrata i namirenja danih sredstava (ZOS RH čl.293). Zakon o socijalnoj skrbi RH predviđa (čl.294) da država ima pravo na povrat sredstava od nasljednika preminule osobe do visine vrijednosti naslijeđene imovine.

Obitelj nije mogla ispunjavati svoje funkcije bez imovine. Imovina se nasljeđivanjem prenosila iz generacije u generaciju, omogućavala život novim naraštajima, ali je bila i izvor nejednakosti i nasljeđivanja socijalnih razlika. Osim toga, povijesni primjeri primogeniture ili isključivanje žena iz nasljeđivanja danas su nepojmljivi. Prijenos imovine između generacija povijesno se obavljao temeljem volje, putem oporuke ostavitelja ili temeljem zakonskog nasljednog režima. Imovina je osobama koje nisu imale vlastite obitelji pružala osjećaj sigurnosti, budući da je, u izvjesnoj mjeri, bila motivirajući faktor da se osobe koje nisu srodnici prihvate skrbi i njege nemoćnih osoba u starosti. Ugovori o doživotnom i dosmrtnom uzdržavanju također se koriste kao pravni instrumenti kojima se prijenos imovine uvjetuje različitim oblicima uzdržavanja i skrbi.

Obitelj je povijesno bila okruženje u kojem se pružala skrb za potrebite, invalide, i nemoćne osobe. U obitelji se zatvarao krug života. Suvremeni teorijski koncept prava djeteta, koji isprva po rođenju, naglasak stavlja na zaštitna, a kasnije sazrijevanjem na prava djeteta na samoodređenje moguće je primijeniti i na status starijih osoba koje gube sposobnost samostalnog donošenja odluka. Zaštitnu ulogu obitelji nadomješta pravni institut skrbništva. Kao što je u suvremenim obiteljima postao poželjan standard da se djeca socijaliziraju i školuju u javnim institucijama, tako sve više obitelji brigu za stare i nemoćne članove prepuštaju specijaliziranim javnim ili privatnim ustanovama. Negdje između, pojavljuje se i mogućnost primjene mjere iz sustava socijalne skrbi kojom se odrasla osoba bez obitelji smješta u udomiteljsku obitelj. Sama terminologija upućuje na prijenos tradicionalne zaštitne uloge srodničke obitelji na udomiteljsku obitelj. Promjene u strukturi obiteljskih odnosa posljedično utječu i na funkcije koje obitelj može uspješno izvršavati. Mala industrijska obitelj ograničenih stambenih i materijalnih resursa, sa zaposlenom ženom teško može uspješno zadovoljavati potrebe svih članova. Zanimljiv je prostor Mediterana s jakim obiteljskim zajednicama i Italije u kojoj se skrb ostarjelim članovima obitelji još uvijek u velikom broju pruža u obiteljskom domu, ali ne izravno i samo od strane srodnika već trećih (zaposlenih) osoba koje su najčešće strani državljani.

Život u samačkom domaćinstvu pretpostavlja određeni stupanj sigurnosti. Zasiurno je najvažniji dobar sustav javnog i besplatnog zdravstva. Mirovinski sustav i dostupnost dobrih socijalnih usluga umanjuju opasnost od siromaštva starih osoba koje žive same i omogućuju ostvarenje prava na izbor.

Svaki normativni okvir, pa i onaj koji se odnosi na stare osobe, polazi od Ustava. Ustav RH obitelj i nadalje smatra primarnom društvenom zajednicom u kojoj se ostvaruje uzajamna skrb. Ustav ne sadrži izravne obveze države kao socijalne države, koja je dužna skrbiti o svim građanima u potrebi, već je naglasak na tradicionalnim ulogama generacijske, obiteljske solidarnosti: „Djeca su dužna brinuti se za stare i

nemoćne roditelje.(čl.64) i dužnost je svih da štite djecu i nemoćne osobe (čl.65).¹¹

Puno su jasnije izražene obveze Republike Hrvatske kao socijalne države u Zakonu o socijalnoj skrbi: „Socijalna skrb organizirana je djelatnost od javnog interesa čiji je cilj pružanje pomoći socijalno ugroženim osobama, kao i osobama u nepovoljnim osobnim ili obiteljskim okolnostima, a obuhvaća prevenciju, pomoć i podršku pojedincu, obitelji i skupinama, u svrhu unaprjeđenja kvalitete života, te poticanje promjena i osnaživanje korisnika, radi njihova aktivnog uključivanja u život zajednice (čl.3 ZOS RH).

Preko načela supsidijarnosti Zakona o socijalnoj skrbi zamjetna je i nadalje važnost materijalnih resursa kojima se zadovoljavaju potrebe osoba i time štite i ostvaruju njihova ljudska prava: „Osoba koja ne može osigurati uzdržavanje svojim radom, pravima koja proizlaze iz rada ili osiguranja, primitkom od imovine, iz drugih izvora, od osoba koje su je dužne uzdržavati na temelju zakona kojim se uređuju obiteljski odnosi ili na neki drugi način može ostvariti naknade i usluge u sustavu socijalne skrbi pod uvjetima i na način propisan ovim Zakonom (čl.4).“ Ključno je, za razumijevanje uloge države, i načelo socijalne pravičnosti kojim se propisuje da osoba koja ostvaruje naknade i usluge iz sustava socijalne skrbi ne može njihovim korištenjem postići povoljniji materijalni položaj od osobe koja sredstva za život ostvaruje radom ili po osnovi prava koja proizlaze iz rada (čl.5 ZOS RH).

U višegeneracijskoj obitelji ljudi su pripremani za život u zajednici. U obitelji se rađalo novo ljudsko biće i zatvarao krug života suživotom sa starijim članovima obitelji. Djeca su pratila starenje djedova i baka i postepeno preko brige i pomoći uzvraćala za ranije pruženu ljubav i odgoj u zajednici. Novi demografski pokazatelji ukazuju na sve manji broj rođene djece, sve manji broj brakova, velik broj razvedenih brakova, velik broj djece rođene i odgajane izvan braka. Te nepotpune, jednoroditeljske obitelji nisu podobne za pružanje skrbi daljim srodnicima koji danas ovisi o dostupnosti socijalnih usluga i materijalnom statusu te obitelji.

Porodično ili obiteljsko pravo otisnulo se na, kako je napisao Anders Agell, *put bez cilja*...¹² Pravni poredak normira samo prava pojedinca. Deinstitutionalizacijom braka, liberalizacijom razvoda braka i priznavanjem prava izvanbračnim partnerima, brak prestaje biti prevladavajuća institucija preko koje se vrši prijenos materijalnih dobara između generacija i osigurava egzistencija članova obitelji.¹³

Zakon o socijalnoj skrbi uređuje važnu djelatnost koja osobama, u okvirima materijalnih resursa države, omogućuje minimum za dostojanstven život i izvjestan osjećaj sigurnosti. Međutim, čini se, niti najbogatija i najorganiziranija socijalna država neće biti u mogućnosti preko javnih socijalnih usluga nadoknaditi emocije i ispuniti prirodne ljudske potrebe za bliskim osobama od povjerenja.

11 Ustav RH, pročišćeni tekst, Narodne novine, 85/2010.

12 Agell, Anders, *The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation: A Journey without a Destination*, 1980., *Scandinavian Studies in Law*, str.9-48.

13 Willekens, Harry, *Long term Development sin Family Law in Western Europe: an Explanation*, str.47, u: Eekelaar, John, nhlapo, Thandabantu, *The Changing Family, Family Forms & Family Law*, Hart Publishing, Oxford UK, 1998.

2. Statistički podatci

Zahvaljujući izvrsnom servisu Europske Unije EUROSTATU raspoložemo podacima za prvo desetljeće 21. stoljeća o trendovima glede izbora stilova života: život u paru (brak, izvanbračna zajednica, registrirana partnerstva), o samačkim domaćinstvima kao i o drugim tipovima kućanstava u kojima živi više osoba.¹⁴

U svim zemljama članicama EU od 2009. godine zamjetan je pad broja članova u domaćinstvima. U 2021. najveći broj članova u domaćinstvima zabilježen je u Slovačkoj 2,9 osoba i Hrvatskoj, 2,8 osoba.

Broj samačkih domaćinstava, u kojima živi jedna odrasla osoba, u zemljama članicama EU od 2009. do 2021. porastao je za 27%. Samačkim domaćinstvom, prema Eurostatu, smatra se domaćinstvo u kojem živi jedna odrasla osoba s ili bez djece. Vrlo je nizak porast, od samo 4.1%, domaćinstva (zajednica) u kojima živi par, dvije osobe povezane afektivnom vezom, u braku ili registriranom partnerstvu. Statistički je gotovo nemoguće izravno pratiti broj izvanbračnih zajednica.

U EU se, od 2009. do 2021., prati porast od 5.6% zajednica u kojima žive dvije ili više odraslih osoba, od kojih niti jedna ne smatra da živi u paru (afektivnoj zajednici) s jednom od tih osoba. U tim novim, za obiteljsko pravo „nedefiniranim“ zajednicama 11.8% je onih u kojima žive i djeca. Samo je 3.1% tih „višebrojnih“ domaćinstava u kojima ne žive djeca.

Od 2009. do 2021. u EU je za 15% porastao broj punoljetnih muškaraca i žena koji žive sami. Taj podatak ukazuje da je veći porast broja osoba koje žive same od broja onih koji se odlučuju za život u parovima. U EU više od 40% odraslih osoba starijih od 18 godina živi u paru. Od ukupnog broja žena u EU, 23.6% je onih koje žive same, dok je istovremeno broj muškaraca koji žive sami 18.6%.

U zemljama članicama EU, 39.8% žena starijih od 65 godina žive same u usporedbi s 20.0% muškaraca starijih od 65 godina koji žive sami. Usporedbom se nameće zaključak da je gotovo dvostruko više žena od muškaraca, u istoj dobnoj skupini, koje žive same.

U razdoblju od 2009. do 2021. zamjetan je porast od 14.5% domaćinstava bez djece. Najveći porast od 65% domaćinstava bez djece zabilježen je na Malti i 41.8% u Luxembourggu. Broj domaćinstava s djecom opao je u 16 zemalja EU od kojih je najupečatljiviji pad od 21.7% u Litvi.

Posebno je impresivan, ako ne i zabrinjavajući podatak, da u čitavoj EU, u samo 24.4% domaćinstava žive djeca. U Švedskoj, Finskoj, Nizozemskoj i Grčkoj 70% parova koji žive u domaćinstvu imaju djecu. Najniži broj, od samo 50% parova koji žive s djecom, zabilježen je u Bugarskoj i Litvi. Više od 20% samohranih je roditelja u Estoniji, Danskoj, Litvi i Latviji, a manje od 5% u Slovačkoj, Hrvatskoj, Grčkoj i Sloveniji. Na nivou svih zemalja članica EU utvrđen je broj od 12,6%

¹⁴ Household composition statistics, https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=Household_composition_statistics, (4.6.2022.)

jednoroditeljskih obitelji. U 2021. godini u EU, jedna je polovina domaćinstava s djecom (49.4%) imala samo jedno dijete.

Od ukupnog broja domaćinstava u EU, 47.4% su ona u kojim živi sama, jedna odrasla osoba. Zanimljiv je za one koji se bave Obiteljskim pravom podatak da u 20.2% domaćinstava u EU žive osobe koje se ne smatraju parom u smislu postojanja afektivne veze.

3. Zaključak

Polazeći od sociološkog okvira koji je uvodno pojašnjen moguće je shvatiti normativne trendove kojima se u obiteljskom zakonodavstvu događaju znakovite promjene kojima se destabilizira značaj i važnost braka kao osnove nastanka nove obitelji. Pratimo priznavanje učinaka izvanbračnim partnerima u heteroseksualnim, pa onda i homoseksualnim zajednicama, pa zatim i uvođenje mogućnosti registracije partnerstva. Čini se da je izazov danas kako u teorijske modele obiteljsko pravnih instituta, uklopiti u ono što se naziva afektivni suživot osoba koje ne žive zajedno – *living apart together*. Analiza konkretnih statističkih podataka koji jasno ukazuju na ubrzane promjene stilova života u razvijenim zemljama ukazuje na sve veću ulogu javnog sustava socijalne skrbi kojim se odmjenjuju tradicionalne funkcije obitelji. Pravo na izbor *života* u samačkom domaćinstvu ovisi o materijalnim resursima i sustavima zdravstvenog i mirovinskog osiguranja. Imovina se povijesno nasljeđivanjem prenosila na nove generacije i predstavljala osnovu za njihovu egzistenciju. Zakon o socijalnoj skrbi RH izričito predviđa da do intervencije socijalne države dolazi tek nakon što je utvrđeno da nema osoba koje su po zakonu dužne uzdržavati tu osobu i nakon procjene rizika i snage konkretne obitelji. Država je isto tako pridržala pravo povrata materijalnih sredstava utrošenih za socijalne usluge do visine vrijednosti naslijeđene imovine. Te zakonska rješenja zorno potvrđuju važnost materijalne egzistencije za život ljudskih bića i preuzimanje zaštitne uloge koja je nekada bila rezervirana isključivo za srodnike unutar obitelji. *Čini se da je problem što suvremena socijalna država ne raspolaže dostatnim resursima za osiguranje mjera potpore sve većem broju potrebitih članova zajednice, koji su izabrali ili stjecajem okolnosti završili, u samačkim domaćinstvima. Država socijalnim uslugama ipak ne može nadoknaditi ljubav, razumijevanje i povjerenje koje je povijesno pratilo život u obitelji.*

LIVING ALONE IN A SINGLE HOUSEHOLD

Summary: New trends in developed countries indicate an increase in the number of people who have chosen the single lifestyle and live alone. The paper tries to clarify the status of these persons and their relationship with their relatives. Starting from the traditional functions of the family, there is a need to reflect on how human needs are met in a single household. Part of the obligations are assumed by the state through the public health and social welfare system. The right to choose between obligations to others in marriage and family and personal autonomy seems to be possible today by living alone. The challenge facing the modern state and the legal system is how to reconcile the choice of a single life with the obligations of the welfare state as a protector of human rights and the dignity of human beings. The right to privacy is becoming more and more a fundamental factor on which the structuring of ways and the choice of lifestyle depends. Recent statistical data for the European Union are analysed, which clearly show trends in the choice of lifestyle and new living communities. Following the changes in society, family law moves slowly like human beings and legislation on a journey without a destination.

Keywords: family, individual, welfare state, human rights.

MATER SEMPER CERTA EST– WIRKLICH?¹

Zusammenfassung: Die Mutterschaftsvermutung (*mater semper certa est*) entspringt dem Römischen Recht. Seit jeher galt sie als unanfechtbar. Die Entwicklung der Biomedizin, Reproduktionstechnologie und die Veränderungen in den Gesellschaftsstrukturen verursachten bereits vor Jahren Risse in dieser traditionellen Vermutung. Mit der Zeit wurden die Risse immer größer, weshalb es nicht überrascht, dass ausgewählte Rechtsordnungen und Richter in Gerichtsverfahren begannen, Lösungen für diese neu entstandenen Verhältnisse zwischen der Mutter und ihrem Kind zu suchen. In diesem Beitrag stellt die Autorin ausgewählte Gesichtspunkte, welche die Begriffe der traditionellen Rechtsvermutung der Mutterschaft beeinflussten, dar.

Schlüsselworte: Rechtsvermutung der Mutterschaft, Transsexualität, Leihmutterschaft, anonyme Geburt, Mehrelternschaft.

1. Einleitung

Rechtsvermutungen (lat. *presumptio iuris*) stellen eine nützliche und effektive Art der Lösung rechtlicher Fragen dar. Die Rechtsvermutung ist im Wesentlichen eine rechtliche Abkürzung, die dem Gericht ermöglicht, eine Entscheidung zu treffen, wenn eine Reihe an Fakten festgestellt wird. Die Rechtsvermutung ist nämlich ein rechtlicher Tatbestand, der aufgrund anderer Fakten als wahr gilt, ohne dass dies nachzuweisen wäre. Möchte die Gegenpartei eine Rechtsvermutung anfechten, geht die Beweislast auf sie über. Die Verwendung von Rechtsvermutungen ermöglicht die Erhöhung der Effektivität und Gewissheit.²

Man unterscheidet anfechtbare (lat. *praesumptio iuris tantum*) und unanfechtbare Rechtsvermutungen (lat. *praesumptio iuris et de iure*). Bei der anfechtbaren Rechtsvermutung erkennt das Recht die Vermutung als wahr an, ermöglicht aber gleichzeitig, dass sie angefochten und bewiesen werden kann, dass sie nicht der Wahrheit entspricht. Bei der anfechtbaren Vermutung ist der Gegenbeweis dagegen möglich. Die unanfechtbare Rechtsvermutung, die eine rechtliche Fiktion darstellt, kann nicht angefochten werden, beziehungsweise ist dagegen kein Gegenbeweis möglich. Das Verfassungsgericht der Republik Slowenien (USRS) schrieb hinsichtlich der Rechtsvermutung:

1 The research for this paper was carried out within the framework of the Central European Professoer's Network, coordinated by the University of Miskolc – Central European Academy.

Der Beitrag wurde von Mladen Kraljić, univ. dipl. iur., in die deutsche Sprache übersetzt (mladen.kraljic@um.si).

2 Vedder, J. J & Miller, B. M., Presumptions in Paternity Cases: Who Is the Father in the Eyes of the Law?. *Family Advocate*, 2018, Vol. 40, No. 4, <https://www.lawmoss.com/publication-presumptions-in-paternity-cases-who-is-the-father-in-the-eyes-of-the-law> (11.09.2022).

„Eine Rechtsvermutung liegt vor, wenn gesetzlich ohne Beweis gilt, dass bestimmte Fakten aufgrund ihrer Verbindung mit anderen Fakten, deren Existenz (Nichtexistenz) nach den allgemeinen Regeln zu beweisen sind, bestehen oder nicht bestehen. Somit werden die Vermutungen durch zwei Fakten, die sich in einer bestimmten Verbindung befinden, vorausgesetzt: den ersten Fakt, der schwer nachzuweisen ist und dessen Existenz (Nichtexistenz) gesetzlich vermutet wird und den zweiten Fakt, der damit nach dem ordentlichen Verlauf der Dinge in einem bestimmten Verhältnis steht und nach den allgemeinen Regeln leichter zu beweisen ist ... Somit unterscheidet sich rechtliche Fiktion von der Rechtsvermutung dadurch, dass mit der Vermutung etwas als wahr vorausgesetzt wird, was wahrscheinlich wahr ist, während mit der rechtlichen Fiktion etwas als wahr erklärt wird, wovon man weiß dass es nicht wahr ist.“³

Im Familienrecht sind zwei traditionelle Rechtsvermutungen zu finden (die der Mutterschaft und die der Vaterschaft⁴), die uns bereits aus dem Römischen Recht begleiten. Die Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern hatten und haben heute noch eine Schlüsselbedeutung für jeden Einzelnen, da daraus viele (vor allem Kinder-) Rechte und (elterliche) Verpflichtungen hervorgehen. Somit stellt die Feststellung der Mutterschaft ein wichtiges Segment des Familienrechts dar. War dies früher noch eine sehr einfache Frage, trugen die Entwicklung der Technologie, der Medizin und die Veränderungen in den Familienstrukturen zu Komplikationen bei der Suche nach der Antwort auf die Frage – ‚Wer ist die Kindesmutter?‘

2. Rechtsvermutung der Mutterschaft

Die rechtliche Zugehörigkeit des Kindes der Mutter beziehungsweise die Mutterschaft wird traditionell gesehen auf den natürlichen Umständen, die aufgrund bestimmter natürlicher Erfahrungen zu diesem Schluss führten, begründet.⁵ Die Mutterschaft ist die Rechtsverbindung zwischen der Mutter und dem Kind, die somit traditionell durch die Kindesgeburt errichtet wurde.

Auch das neue Familiengesetzbuch⁶ (slow. Abk. DZ) von 2017 besitzt in 112 die Mutterschaftsvermutung: ‚Als Kindesmutter gilt die Frau, die es gebärt.‘ Es geht

³ Verfassungsgericht der Republik Slowenien U-I-135/00-77, 09.09.2002.

⁴ Vgl. ECLI:SI:VSCE:2013:CP.340.2013, 21. November 2013: ‚Richtig ist der materiell-rechtliche Standpunkt des Gerichts erster Instanz, dass nach unseren Vorschriften jedermann nur einen Vater haben kann und dass auf die Feststellung der Vaterschaft von Kindern, die ehelich geboren sind, nicht geklagt werden kann, solange nach der Rechtsvermutung der Ehemann der Mutter als Vater gilt, was bedeutet, dass primär die gesetzliche Vaterschaft anzufechten ist, erst dann kann die Feststellung der Vaterschaft des behaupteten biologischen Kindesvaters beantragt werden.‘

⁵ Lüderitz, A., *Familienrecht – ein Studienbuch*, 27. Auflage, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999, S. 243.

⁶ Familiengesetzbuch (Družinski zakonik): Uradni list (Gesetzblatt) RS, Nr. 15/2017, 21/2018 – ZNOrg, 22/2019, 67/2019 – ZMatR-C, 200/2020 – ZOOMTVI, 94/2022 – Entsch. VerfG, 94/2022 – Entsch. VerfG.

um die alte römische Rechtsvermutung »*mater sempre certa est*«⁷, die bis zur heutigen Zeit erhalten blieb. Traditionell gesehen galt diese Rechtsvermutung als unanfechtbar. Die Mutter war nämlich diejenige, aus deren Gebärmutter das Kind kam. In der Mehrheit der Fälle sah das jemand beziehungsweise wohnte jemand der Geburt bei. Andererseits galt bei der Vaterschaft lange, dass sie nicht überprüfbar war. Bei der Prüfung beziehungsweise Anfechtung der Vaterschaft stützten sich die Gerichte eher auf Meinungen als auf Sachverhalte (z. B. konnte die Vaterschaft angefochten werden, wenn nachgewiesen wurde, dass der Vater in der Zeit der Empfängnis nicht im Land war). Im gegenteiligen Fall, wenn der Ehemann mit der Mutter in der Zeit der Empfängnis Geschlechtsverkehr hatte, galt er als Vater, obwohl nachgewiesen wurde, dass sie mit mehreren (z. B. 20) Männern Geschlechtsverkehr hatte.⁸

Die Geburt stellte das konstitutive Element des Rechtsverhältnisses zwischen der Frau (der Mutter) und dem Kind dar. Die Frau, die das Kind gebar, war somit in der Regel genetisch, rechtlich und sozial mit ihrem Kind verbunden. Die Rechtsvermutung der Mutterschaft galt also als absolut, da es unmöglich war, den Gegenbeweis zu erbringen. Gerade deswegen beinhaltete das frühere Ehe- und Familiengesetz⁹ (slow. Abk. ZZZDR) unter seinen Bestimmungen auch die Rechtsvermutung der Mutterschaft, da davon ausgegangen werden konnte, dass die biologische Mutter nur die Frau sein konnte, die das Kind gebar. Ebenso ist in älteren Büchern des Familienrechts zu finden, dass der Mutterschaft wenig Aufmerksamkeit gewidmet wurde, was gerade aus der Unanfechtbarkeit der Rechtsvermutung *mater semper certa est* hervorgeht.

Das slowenische DZ ging einen Schritt weiter als sein Vorgänger und definiert diese Vermutung heute ausdrücklich in Artikel 112 DZ: ‚*Za otrokovo mater velja ženska, ki ga je rodila.*‘ (Als Kindesmutter gilt die Frau, die es gebärt). Ähnliche Formulierungen dieser Rechtsvermutung der Mutterschaft sind auch in den Familienrechtsvorschriften anderer Staaten zu finden, z. B.:

- a) Artikel 53 Familiengesetz (Porodični zakon) der Föderation Bosnien und Herzegowina¹⁰ (FBIH-PZ): ‚*Djetetova majka je žena koja ga je rodila.*‘;
- b) Artikel 42 Familiengesetz (Porodični zakon) der Republik Serbien¹¹ (SR-PZ): ‚*Majka deteta jeste žena koja ga rodila.*‘;
- c) § 1591 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)¹²: ‚*Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.*‘;
- d) § 143 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs

7 Paulus V: Digeste 2.4.5; s. noch Scherpe, JM., *The present and future European Family Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, S. 85.

8 Cretney, A., *Family Law*, 4. Ausgabe, London: Sweet & Maxwell, 2000, SS. 193-194.

9 Ehe- und Familiengesetz (Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih): Uradni list RS, Nr. 69/2004 – amtlich konsolidierter Text, 101/2007 – Entsch. VerfG, 90/2011 – Entsch. VerfG, 84/2012 – Entsch. VerfG, 82/2015 – Entsch. VerfG, 15/2017 – DZ, 30/2018 – ZSVL.

10 Službene novine (Gesetzblatt) der Föderation BiH, Nr. 35/2005, 31/2014.

11 Službeni glasnik (Gesetzblatt) der Republik Serbien, Nr. 18/2005, 72/2011 – and. Gesetz und 6/2015.

12 Bürgerliches Gesetzbuch – Stand 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738; BGBl. I S. 1146).

- (ABGB)¹³: ‚Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat.‘;
- e) Artikel 1:198 des niederländischen Burgerlijk Wetboek¹⁴ (BW): ‚Moeder van een kind is de vrouw: a. uit wie het kind is geboren.‘ (‚Mutter eines Kindes ist die Frau: a. von der das Kind geboren wird.‘);
- f) Artikel 58 des Familiengesetzbuchs (Obiteljski zakonik)¹⁵ der Republik Kroatien (HR-OZ): ‚Djetetovom majkom smatra se žena koja ga je rodila.‘;

Allerdings ist in der Formulierung des DZ und des HR-OZ ein entscheidender Unterschied hinsichtlich der übrigen ausgewählten Rechtsordnungen zu beobachten. So weisen das slowenische DZ wie auch das HR-OZ bereits mit der Formulierung der Rechtsvermutung auf die neuzeitlichen Standpunkte hin, dass auch die Mutterschaft fraglich sein kann (‚velja‘ und ‚smatra‘). Während bei allen anderen ausgewählten Fällen in den Regelungen zu sehen ist, dass sie aus der traditionellen Festlegung ausgehen, in der davon ausgegangen wird, dass die Frau, die das Kind gebärt, die Kindesmutter ist (‚ist‘, ‚jeste‘, ‚is‘).

Allerdings, wenn in der Vergangenheit die Mutterschaftsvermutung als unanfechtbar galt, führte die Entwicklung der medizinischen Wissenschaft im Bereich der Biomedizin dazu, dass die Mutter, die das Kind zwar gebärt, nicht unbedingt auch seine biologische Mutter ist. Die Frau, die ein Kind erwartet (die Schwangere), zeigt gewöhnlich bereits nach Außen physische Veränderungen an ihrem Körper, die sich durch die Geschichte hindurch als Anzeichen der Schwangerschaft gebildet haben (z. B. ein großer Bauch, ein steifer Gang, ein erhöhtes Körpergewicht, die Geburt, ...). Obwohl bereits in der Vergangenheit zu einem Abweichen von der Rechtsvermutung der Mutterschaft kommen konnte (z. B. Verwechslung des Kindes im Krankenhaus, vorsätzlich ausgetauschtes beziehungsweise untergeschobenes Kind), kam es erst mit der Entwicklung der Biomedizin zu relevanten Abweichungen von dieser klassischen Rechtsvermutung. Mit der Entwicklung der Biomedizin beziehungsweise der Revolution in der reproduktiven Medizin entwickelten sich nämlich auch verschiedene Techniken der unterstützten Reproduktion (die künstliche Befruchtung, die In-Vitro-Fertilisation (IVF), die Spende von Eizellen und Föten, Leihmutterschaft).¹⁶ So wurde bereits 1978 Louise Brown als erstes Kind geboren, das mit Hilfe der IVF geboren wurde – die Befruchtung fand außerhalb des weiblichen Körpers statt.

13 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Stand 10.09.2021 (BGBl. I Nr. 175/2021).

14 Burgerlijk Wetboek – Stand 01.01.2021, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2021-01-01#Boek1> (14.09.2022).

15 Narodne novine (Gesetzblatt) der Republik Kroatien, Nr. 103/2015, 98/2019.

16 S. mehr Lowe N. & Douglas, G., *Bromley's Family Law*, 10th Edition, Oxford: Oxford University Press), 2007, S. 306; D'alton-Harrison, R., Mater semper incertus est: who's your mummy? *Med Law Rev.*, 2014, Vol. 22(3), doi: 10.1093/medlaw/fwt047.

3. Abweichungen von der traditionellen Mutterschaftsvermutung

3.1. Identifikation der Mutterschaft aufgrund der Geburtsurkunde

Als Kindesmutter gilt die Frau, die es gebärt. Aus dem Genannten geht hervor, dass für die Entstehung dieses Rechtsverhältnisses die Geburt des Kindes ausreicht. Die Eintragung ins Matrikelbuch bedeutet nur die Verifizierung dieses Verhältnisses.¹⁷ Das Kind muss nämlich sofort nach der Geburt ins Geburtenmatrikelbuch eingetragen werden, was auch im Übereinkommen über die Rechte des Kindes (auch Kinderrechtskonvention)¹⁸ (KRK) als Kindergrundrecht definiert ist.¹⁹ Dem pflichtet auch Artikel 4 Abs. 4 Pkt. 1 des slowenischen Matrikelgesetzes²⁰ (slow. Abk. ZMatR) bei. Ins Matrikelbuch werden für slowenische Staatsangehörige die Geburtsdaten eingetragen und dazu noch insbesondere die Angaben über die Eltern, also die Mutter und den Vater des Kindes.

Eine Besonderheit stellt die albanische Regelung dar, die in der Familiengesetzgebung keine Rechtsvermutung der Mutterschaft, welche an die Geburt des Kindes gebunden wäre, beinhaltet. Das Familiengesetzbuch von Albanien (Family Code of Albania)²¹ legt in Artikel 175 lediglich fest, dass die Mutterschaft des Kindes mit der Geburtsurkunde identifiziert wird.

3.2 Anonyme Geburt

Die Abweichung von der Rechtsvermutung der Mutterschaft ist auch im Fall der anonymen Geburt gegeben, wo es möglich ist, dass eine Frau die Geburt im Krankenhaus ohne eigene Identifikation vollzieht.²² Nach dem Vollzug der Geburt lässt die Frau das Kind im Krankenhaus zurück beziehungsweise wird dieses von der entsprechenden Behörde des Sozialschutzbereichs übernommen (z. B. wäre das in Slowenien das Zentrum für Sozialarbeit), die dem Kind eine entsprechende alternative Obhut (z. B: Pflegschaft, Annahme an Kindes statt) gewährleistet.²³

Die anonyme Geburt wird vom französischen Code Civil²⁴ (F-CC) geregelt. Der F-CC legt ausdrücklich fest, dass die Mutter nach der Kindesgeburt verlangen kann, dass die Geburtsdaten und ihre Identität als Geheimnis geschützt werden (Artikel 326 F-CC²⁵). Diese Bestimmung wurde vor dem Europäischen Gerichtshof

17 Hrabar IN Alinčić et al., 2007, S. 133.

18 Uradni list RS – Mednarodne pogodbe (Internationale Abkommen), Nr. 9/1992.

19 Vgl. Artikel 7 Abs. 1 KRK: ‚Das Kind ist unverzüglich nach seiner Geburt in ein Register einzutragen...‘

20 Matrikelgesetzes (Zakon o matičnem registru): Uradni list RS, Nr. 11/2011 – amtlich konsolidierter Text, 67/2019.

21 Family Code of Albania, Law Number 9062 Adopted May 8, 2003.

22 Die anonyme Geburt ist von der vertraulichen Geburt zu unterscheiden (eng. *confidential birth*), wo im Unterschied zur anonymen Geburt die Identität der Mutter der Behörde bekannt ist, aber nicht aufgedeckt wird (Kraljić, S. & Križnik, A., *Pravni izzivi skrbništva*, Maribor: WD Založba, 2021, S. 247.

23 Draškić, M., *Komentar Porodičnog zakona*, Beograd: Službeni glasnik, 2016, S. 123.

24 French Civil Code – France FR512 (consolidated version as of July 1, 2013), <https://wipo.lex.wipo.int/en/text/450530> (14.09.2022).

25 Vgl. Artikel 326 F-CC: ‚At the time of delivery the mother may request that the secrecy as to her admittance and identity be preserved.‘

für Menschenrechte geschaffen (EGMR), in der Sache *Odievre gegen Frankreich*,²⁶ die sich auf die anonyme Geburt eines Kindes bezog. Die Beschwerdeführerin behauptete nämlich, dass die Bestimmung des Artikel 326 F-CC unmöglich machte, herauszufinden, wer ihre Mutter war, da sie nur Informationen, welche die Identifizierung der Mutter unmöglich machten, erhielt. Die Beschwerdeführerin meinte deshalb, ihr Recht auf Respektierung des Familienlebens würde verletzt (Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention²⁷ (EKMR)) sowie dass sie aufgrund der Geburt diskriminiert würde, was im Gegensatz zu Artikel 14 EKMR sei. Der EGMR wies darauf hin, dass der Fall nicht nur als Konflikt zwischen den Rechten der biologischen Mutter und des Kindes behandelt werden könne, da auch in die Rechte der Adoptiveltern und alle Familienmitglieder der biologischen Mutter eingegriffen würde. Der EGMR entschied, dass Frankreich versuchte, ein ausreichendes Gleichgewicht zwischen sich widersprechenden Rechten zu errichten versuchte, indem es den Zugang zu den Informationen über die persönliche Herkunft einerseits und andererseits die Möglichkeit der Kontrolle des Umgangs mit der biologischen Mutter ermöglichte. Der EGMR stellte keine Verletzung der genannten fest, da es der Meinung war, diese Regelung sei geeignet, da sie unzulässige Unterbrechungen der Schwangerschaft verhindere. Damit werde das Recht auf Leben geschützt, das höher steht als das Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft. Folglich wurde der Antrag der Beschwerdeführerin abgelehnt.

Im Fall *Godelli gegen Italien*²⁸ bestätigte der EGMR die Verletzung des Artikel 8 EKMR, da eine Person, die von der Mutter bei der Geburt verlassen wurde, nicht ermöglicht wurde, sich mit den Angaben ihrer Herkunft und wer ihre Mutter sei, bekanntzumachen. Der Unterschied zum Fall *Odievre gegen Frankreich* lag darin, dass das italienische Recht nur der Mutter und ihrer Anonymität Vorrang gab. Das italienische Recht erlaubt nämlich in keinem Fall die Aufdeckung, während das nach dem französischen Recht möglich war, wenn die Mutter zustimmte. Dieser Unterschied war auch derjenige, der zur anderen Entscheidung führte, die sich in der Bestätigung der Verletzung des Artikel 8 EKMR im Fall *Godelli gegen Italien* zeigte.

3.3. Kann ein Mann Mutter sein?

2008 wurden die Zeitungen mit Titeln auf den Titelseiten, die auf die erste Schwangerschaft eines Mannes hindeuteten, überschwemmt, und zwar Thomas Beatie aus den USA.²⁹ Die erste unglaubliche Nachricht, die schnell verblasste. Thomas Beatie war nämlich ein transsexueller Mann. Im März 2002 unterzog sich Beatie nämlich einer Operation zur Geschlechtsumwandlung, aber ohne Entnahme der inneren Reproduktionsorgane, und wurde dann 2007 durch eine künstliche Befruchtung mit einer gespendeten männlichen Samenzelle schwanger. Beatie stellt

26 *Odievre gegen Frankreich* (app. no. 42326/98), 13.02.2003.

27 Europäischen Menschenrechtskonvention (Evropska konvencija o človekovih pravicah): Uradni list RS - MP, Nr. 7/1994.

28 *Godelli gegen Italien* (app. no. 33783/09), 25.09.2012.

29 Bekannt ist auch der Fall eines anderen transsexuellen Mannes, der ein Kind gebar, und zwar Hayden Cross 2017 aus dem Vereinigten Königreich.

den ersten Mann dar, der in einer heterosexuellen Ehe mit einer Frau ein Kind gebar.

In Slowenien gibt es kein Gesetz, das die Geschlechtsumwandlung regelt, wie das in anderen Staaten der Fall ist.³⁰ In Japan ist eine der Bedingungen einer Geschlechtsumwandlung nämlich die vollständige Beseitigung der Reproduktionsorgane, um Situationen zu vermeiden, die der von Beatie ähnlich sind. Die Schwangerschaft eines transsexuellen Mannes soll verhindert werden.

Einen großen Schritt vorwärts machte der Vorsitzende des Familiengerichts (President of the Family Division) Sir Andrew MacFarlane, der die erste rechtliche Definition der ‚Mutter‘ im englischen Gewohnheitsrecht (English Common Law) entwickelte. Der Kläger, der in der Zeit der Geburt ein Mann war, wurde als Kindesmutter registriert. Der Kläger war dagegen und behauptete, er sei ein Mann und deswegen müsse er als Kindesvater eingetragen werden. Sir Andrew MacFarlane meinte, die ‚Mutter‘ oder der ‚Vater‘ des Kindes müsse nicht vom Geschlecht abhängig sein und das Geschlecht der Person könne sich von ihrem Elternstatus unterscheiden. Seiner Meinung nach ist die Mutterschaft ein Personenstatus, der dem physischen und biologischen Prozess der Schwangerschaft unterworfen sei, dem Tragen und Gebären des Kindes. Natürlich war das in der Vergangenheit mit dem weiblichen Geschlecht verbunden. Somit entschied der Richter, die Definition müsse gleichbleiben, obwohl es aus medizinischer und rechtlicher Sicht möglich wäre, dass heute eine Person, die rechtlich als Mann anerkannt ist, schwanger wird und gebärt. Der Elternstatus dieser Person gehe nämlich aus ihrer biologischen Rolle bei der Geburt hervor, weshalb die Person, obwohl sie rechtlich als Mann anerkannt ist, nur als ‚Mutter‘ des Kindes definiert werden könne.³¹

3.4. Muss die Frau bei der Kindesgeburt am Leben sein?

Rechtlich gesehen ist für diesen Beitrag auch der Fall Frankielen da Silva Zampoli Padilh, die einen Hirnschlag erlitt, interessant. Die Ärzte stellten nach ihrem Hirntod fest, dass die Herzen der neun Wochen alten Embryonen immer noch schlugen. Deshalb entschieden sie sich, ihre Lebensfunktionen zu erhalten, um die Kindesgeburt zu ermöglichen. Nach 123 Tagen kamen Zwillinge zur Welt.

Wer ist die Kindesmutter? Erinnern wir uns an die Rechtsvermutung – die Mutter ist die Frau, die das Kind gebärt– aber diese Frau war in medizinischer Hinsicht hirntot, was auch in der slowenischen Gesetzgebung das Lebensende und damit die Beendigung der Rechtspersönlichkeit – also Träger/in von Rechten und Verpflichten zu sein - bedeutet. Für die Kindesmutter gibt es nämlich keine Rechtsvermutung, die sich auf 300 Tage nach dem Tod erstrecken würde, wie es bei der Vaterschaft der Fall ist.³² Als Kindesvater wird der Ehemann der Kindesmutter gelten, auch wenn das Kind in der Zeit von 300 Tagen nach seinem Tod geboren wird, und zwar nur, wenn

30 Mehr über Geschlechtsumwandlungen s. Kraljić, S. & Drnovšek, K. (2022). Gender determination in sport. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. Vol. 59(1), SS. 41-58.

31 Judicial Office, Case No: FD18F00035, 25 September 2019, available: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/09/TT-and-YY-Summary.pdf> (14.08.2022).

32 Vgl. Artikel 113 Abs. 2 DZ: ‚*Endet sie Ehe mit dem Tod des Mannes der Kindesmutter und wird das Kind innerhalb von 300 Tagen nach Beendigung der Ehe geboren, gilt der verstorbene Ehemann der Mutter als Kindesvater.*‘

es gezeugt (*in utero*) und es lebendig geboren wurde. Bei der Mutterschaft legt das DZ keine solche Rechtsvermutung fest.

Die Rechtsvermutung der Mutterschaft ist also anzuwenden, ungeachtet dessen, ob das Kind ehelich oder unehelich geboren ist. Allerdings ist in dieser Verbindung der Fall des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zu erwähnen – *Marcxs gegen Belgien*.³³ Vom genannten Fall ausgehend, war in Belgien auch die Anerkennung der Mutterschaft für ein Kind, das unehelich geboren wurde, notwendig. Das EGMR nahm den Standpunkt ein, dass keine objektiv berechtigten Gründe vorlagen, dass die Mutter für ein unehelich geborenes Kind eine Mutterschaftserklärung abgeben müsste. In diesem Fall meinte der EGMR weiter, dass es keine Gründe gibt, dass unehelich geborene Kinder hinsichtlich der Feststellung der Mutterschaft anders behandelt werden sollten als ehelich geborene Kinder.

3.5. Leihmutterschaft

Der Kindeswunsch ist manchmal so groß, dass Personen, die auf natürlichem Wege kein Kind zeugen können, andere mögliche Alternativen suchen, wie sie an ein Kind kommen (z. B: Annahme an Kindes statt). Man darf natürlich nicht vergessen, dass in den internationalen Abkommen kein »Recht auf ein Kind« vorkommt, das ein Kind kein Gut oder keine Dienstleistung ist, die vom Staat gesichert oder gewährleistet werden könnten. Das Kind ist ein Mensch ein Träger von Rechten, ungeachtet des Alters und der Reife.³⁴

Die ‚Leihmutterschaft‘ stellt eine der Möglichkeiten dar, welche die Erfüllung des Wunsches nach einem Kind ermöglicht. Die Leihmutterschaft wird häufig als ‚Miete einer Mutter‘ erwähnt, aber sie ist nicht nur das, sondern auch die Miete des Körpers und der Seele einer Frau.

Es ist nicht die Absicht dieses Beitrags, die Leihmutterschaft darzustellen, sondern lediglich ihre Verbindung zur Rechtsvermutung der Mutterschaft. Vom Genannten ausgehend, können bei der Leihmutterschaft mehrere Frauen auftreten, die ein Interesse daran haben könnten, die Kindesmutter zu sein:

- i) die genetische ‚Mutter‘ ist die Frau, die das Ovum beigetragen hat;
- ii) die Gestations- ‚Mutter‘ ist die Frau, die das Kind trägt und auch gebärt.

Das Kind wird mit dem Ovum der Auftraggeberin oder dem Ovum einer dritten Frau, die es gespendet hat, gezeugt,

- iii) die soziale Mutter oder die Auftraggeberin ist die Frau, die das Kind übernehmen und auch erziehen wird.³⁵

33 *Marcxs gegen Belgien*, app. no. 6833/74, 13.06.1979.

34 United Nations – General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, A/HRC/37/60, 15 January 2018, str. 15, available: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/007/71/PDF/G1800771.pdf?OpenElement> (14.09.2022).

35 Margaletić Čulo, A., Preložnjak, B. & Šimović, I., *Presumption of Motherhood on Crossroad of Surrogacy Arrangements in EU. EU and Comparative Law Issues and Challenges Series – Issue 3*, S. 779.

Die Entwicklung der Reproduktionsmedizin ermöglichte einerseits vielen, sich den Wunsch nach einem Kind erfüllen zu können. Andererseits führte sie aber auch zur sogenannten ‚gespaltenen Mutterschaft‘³⁶). Das Spenden von weiblichen Geschlechtszellen (Eizelle) und das Spenden von Embryonen ermöglichen nämlich, dass eine Frau ein Kind gebärt, das mit ihr genetisch nicht verbunden ist. Somit ist es zur Trennung der ‚genetischen Mutterschaft‘ von der ‚Gestations- beziehungsweise medizinischen Mutterschaft‘ gekommen. Erstere ist nämlich an die Herkunft der Eizelle gebunden, die Zweite an die Schwangerschaft und die Austragung des Kindes bis zur Geburt.³⁷ Das Genannte kommt insbesondere bei der ‚Leihmutterschaft beziehungsweise Surrogat-Mutterschaft‘ zum Ausdruck. Bestimmungen hinsichtlich der Leihmutterschaft können auch im slowenischen Gesetz über die Behandlung von Unfruchtbarkeit und die Verfahren der Befruchtung mit biomedizinischer Unterstützung³⁸ (slow. Abk. ZZNPOB), das in Artikel 7 festlegt, dass eine Frau, die das Kind nach der Geburt entgeltlich oder unentgeltlich einer dritten Person zu überlassen beabsichtigt, nicht zur Befruchtung mit biomedizinischer Hilfe berechtigt ist, zu finden. Aus dem Genannten geht also hervor, dass in Slowenien keine Leihmutterschaft zulässig ist.

2002 war Griechenland der erste europäische Staat, der die Möglichkeit der Leihmutterschaft regelte.³⁹ Die griechische Rechtsordnung legt bei der Leihmutterschaft ausdrücklich die Ausnahme von der Regel *mater semper certa est* fest. Nach dem griechischen Recht wird nämlich ausdrücklich festgelegt, dass die Eltern, die ein Kind beauftragen (eng. commissioning parents; deutsch beauftragende Eltern), sofort nach der Geburt die gesetzlichen Eltern des Kindes werden, gleich wie die biologischen Eltern. Aus Artikel 1464 des griechischen Zivilgesetzbuchs (GR-ZGB) geht hervor, dass im Fall der künstlichen Befruchtung, wo die Leihmutter vorhanden ist, wird die beauftragende Mutter (eng. Commissioning mother), die bereits vor der Geburt die Gerichtsentscheidung darüber erworben hat, als Kindesmutter vermutet, falls die Bedingungen aus Artikel 1458⁴⁰ GR-ZGB erfüllt werden.⁴¹ Allerdings kön-

36 Begriff entnommen aus Dethloff, N., *Familienrecht*. 31. Auflage, München: C. H. Beck, 2015, S. 282.

37 Lüderitz, 1999, S. 243; Hinteregger, M., *Familienrecht*, Wien: Verlag Österreich, 2004, S. 133; Dethloff, 2015, S. 282; Hrabar U Alinčić, M. et al. (2007). *Obiteljsko pravo*, Zagreb: Narodne novine, 2007, S. 133.

38 Gesetz über die Behandlung von Unfruchtbarkeit und die Verfahren der Befruchtung mit biomedizinischer Unterstützung (Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo): Uradni list RS, Nr. 70/2000, 15/2017–DZ.

39 Zypern (2015) und Portugal (2016) folgten Griechenland nach.

40 Sehe Artikel 1458 GR-ZGB: ‚Article 1458. The transfer of a fertilized ova into the body of another woman (the ova should not be hers) and the pregnancy by her is allowed by a court authorization granted before the transfer, given that there is a written and, without any financial benefit, agreement between the persons wishing to have a child and the surrogate mother and in case that the latter is married of her spouse, as well. The court authorization is issued after an application of the woman who wants to have a child, provided that evidence is adduced not only in regard to the fact that she is medically unable to carry the pregnancy to term but also to the fact that the surrogate mother is in good health and is able to conceive.’

41 Lowe, N., The impact of the Council of Europe on European Family Law IN: Sherpe, J. M. *European Family Law – Volume 1 -The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*.

nen sowohl die Leihmutter als auch die beauftragende Mutter die errichtete rechtliche Verwandtschaft innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt, anfechten, wenn sie nachweisen können, dass die Leihmutterschaft traditionell (vollständig) war. Bei der traditionellen Mutterschaft ist die Leihmutter auch die genetische Mutter, dass sie sowohl die Gebärmutter als auch das Ovum beiträgt. Der Partner der beabsichtigten Mutter ist auch der biologische Kindesvater, da er die Spermien beiträgt.⁴² Wird die Gerichtsentscheidung darüber rechtskräftig, wird die Leihmutter *ex tunc* (also ab der Geburt) die gesetzliche Kindesmutter.⁴³

3.6. Sprung in die Zukunft – künstliche Gebärmuttern

Die Entwicklung der Medizin schreitet fort. Es werden Möglichkeiten untersucht und entwickelt, dass die menschliche Gebärmutter (die Frau) mit einer künstlichen Gebärmutter (engl. *artificial womb* oder *biobag*) ersetzt wird. Die Technologie der künstlichen Gebärmutter (engl. *artificial womb technology* – AWT),⁴⁴ die bereits an Tieren getestet wird, würde neue Dimensionen im Bereich der Mutterschaft eröffnen, da es in diesem Fall nicht zur Geburt käme, die das Schlüsselement in der klassischen Mutterschaftsvermutung und auch in Artikel 112 DZ enthalten ist (*„Als Kindesmutter gilt die Frau, die es gebärt.“*).

Romanis schlägt sogar vor, im Fall der AWT solle der englische Begriff *„gestateling“* verwendet werden, wodurch das neue Produkt der menschlichen Reproduktion (seiner Meinung nach) bezeichnet würde – das sich entwickelnde menschliche Wesen, das *ex utero* gestiert, also außerhalb der Gebärmutter (die sog. *Ectogenese*).⁴⁵ Die Verwendung von AWT würde dazu führen, dass die eigentliche Geburt keine Schlüsselbedeutung für die Kindesgeburt mehr hätte, da es beim Erreichen der ausreichenden Gestationsreife einfach aus der künstlichen Gebärmutter entnommen werden könnte. Sollte sich die AWT so weit entwickeln, dass sie tatsächlich in der menschlichen Reproduktionsmedizin anwendbar und rechtlich

Northhamton: Edward Eldar Publishing, 2016, S. 120.

42 Hatzis, A., *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, n.d., S. 1, available: <http://users.uoa.gr/~ahatzis/Surrogacy.pdf> (15.09.2022).

43 Hatzis, A., *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, n.d., S. 6, available: <http://users.uoa.gr/~ahatzis/Surrogacy.pdf> (15.09.2022).

44 Die Technische Universität von Eindhoven (Niederlande) erhielt für die Entwicklung der künstlichen Gebärmutter im kommenden Jahrzehnt fast 3 Millionen Euro Zuschüsse aus dem europäischen Programm Horizon 2020. Es handelt sich um ein Projekt, das Frühgeburten die künstliche Beatmung gewährleisten soll. Im Fall der zu frühen Geburt könnte die künstliche Gebärmutter so eine adäquate Substitution der Schutzumgebung darstellen, wie sie dem Säugling von der Gebärmutter der Mutter gewährt würde. Die künstliche Gebärmutter soll die natürliche Umgebung, die dem Säugling den Übergang ins neue Leben erleichtern soll, gewährleisten (Malewar, A., *World's first artificial womb for humans*, 2019, <https://www.techexplorist.com/worlds-first-artificial-womb-humans/27131/> (14.09.2022)).

45 Romanis, EC., *Artificial womb technology and the frontiers of human reproduction: conceptual differences and potential implications*. *J Med Ethics* 2018;0, str. 1–5; glej tudi Hendricks, JS., *Of Woman Born? Technology, Relationship, and the Right to a Human Mother*. College of Law Faculty Scholarship, 2011, https://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.si/&httpsredir=1&article=1046&context=utk_lawpubl (13.05.2021).

zugelassen wird, wird auch die Re-Definition der klassischen Rechtsvermutung der Mutterschaft notwendig werden.⁴⁶

3.7. Doppelmutterschaft, Ko-Mutterschaft und multiple Elternschaft

Mit der Gleichstellung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaften mit den heterosexuellen und vor allem mit den Ehegatten in allen Bereichen hat sich auch die Frage im Bereich der Elternschaft eröffnet. Da (heutzutage) für die Zeugung eines Kindes die Vereinigung einer männlichen (Spermien) und einer weiblichen (Eizelle) Geschlechtszelle notwendig ist, ist es gleichgeschlechtlichen Partnern von Natur aus unmöglich, Kinder zu haben. Allerdings ermöglicht die Entwicklung der Befruchtung mit biomedizinischer Unterstützung, dass auch gleichgeschlechtliche Partner in Staaten, wo das rechtlich zulässig ist, zu einem Kind kommen können. Das ist insbesondere bei gleichgeschlechtlichen Partnern, wo zwei Frauen, die mit Hilfe einer gespendeten **männlichen Geschlechtszelle zu einem Kind, das mit einer der Partnerinnen genetisch verbunden ist, kommen können**, in einer Partnerschaft leben, der Fall.

Die Niederlande stellten am 1. April 2014 die gesetzliche Regelung⁴⁷ der sog. ‚Doppelmutterschaft‘ (engl. *dual motherhood*)⁴⁸ vor. Mit dem 1. Januar 2015 folgte Belgien, das die sog. ‚Ko-Mutterschaft‘⁴⁹ (engl. *co-motherhood*) rechtlich regelte.⁵⁰ Beide Staaten ebneten mit ihren Regelungen den Weg im Bereich der Regelung der modernen Mutterschaft, da die die Doppelmutterschaft beziehungsweise die Ko-Mutterschaft gesetzlich regeln.⁵¹ Das Kind hat so zwei Mütter, und zwar die Frau, die es gebärt und die als Erstmutter eingetragen wird, sowie die Frau, die es nicht gebärt, aber die Partnerin der Mutter, die es gebärt, ist.⁵²

Noch einen Schritt weiter gingen der amerikanische Bundesstaat Kalifornien⁵³ und die kanadische Provinz British Columbia⁵⁴, welche die Möglichkeit, dass mehrere Eltern ein Kind haben können (sog. *multiple parents*), gesetzlich eingeführt

46 Kraljić, 2019, S. 385.

47 Act of 25 November 2013, Staatsblad 2013, No. 480 of 5 December 2013.

48 Vgl. Artikel 198 BW, der festlegt, dass die Kindesmutter auch die Frau ist die bei der Kindesgeburt mit der Frau, die das Kind gebärt, verheiratet ist, unter der Bedingung, dass das Kind mit künstlicher Befruchtung gezeugt wurde.

49 Die Rechtsvermutung der *Ko-Mutterschaft* legt ferst, dass bei einem Kind, das (nach dem 1. Januar 2015) in der Ehe der Mutter mit einer anderen Frau oder innerhalb von 300 Tagen nach der Beendigung einer solchen Ehe geboren wird, die Ehegattin als *Ko-Mutter* des Kindes gilt (vgl. Artikel 325/2/1 B-CC). Mehr darüber s. Horsten, D., Swennen, F. & Verschelden, G., *Novelties in Belgian Family Law; Co-Motherhood, Double Surnames and the New Family Courts*. In: Atkin, B. (ed.) *The International Survey of Family Law – 2016 Edition*, Bristol: Jordan Publishing, 2016, SS. 42–50.

50 Act of 5 May 2014, Monitor belge of 7 July 2014.

51 Kraljić, S., *Družinski zakonik s komentarjem*, Maribor: PZ Založba, 2019.

52 Swennen, F., *The changing concept of »family« and challenges for family law in the Benelux countries*. U: Scherpe, JM. (ed.) *European Family Law, Volume II, The Changing Concept of Family Law and Challenges from Domestic Family Law*, Cheltenham Edward Elgar Publishing, 2016, SS. 5–21.

53 Vgl. Sec. 7612(c) California Family Code.

54 PVgl. Sec. 30 Family Law Act of British Columbia.

haben.⁵⁵ Damit ist der Rücktritt von der traditionellen sog. ‚Zweierregel‘ (eng. *rule of two*), die auch das slowenische DZ kennt und Kindern erlaubt, rechtlich gesehen zwei rechtliche Eltern zu haben, vollzogen. Allerdings vergrößern die moderne gesellschaftliche Dynamik, die wachsende soziale Diversität, die internationalen Adoptionen und die Reproduktionstechnologien (eng. *artificial reproductive technologies* – ART) die Komplexität dieser Regel.

Ein wichtiger Schritt in Richtung der mehrfachen Elternschaft (eng. *multiple parenting*; auch: Ko-Elternteile⁵⁶) wurde 2013 gemacht, als Kalifornien das Gesetz SB-274, das die Möglichkeit regelt, dass drei (und möglicherweise noch mehr) erwachsene Personen den Status gesetzlicher Eltern besitzen, verabschiedete. Das Gesetz SB-274 legt fest, dass die Anerkennung mehrerer gesetzlicher Eltern eher eine Ausnahme als die Regel darstellen muss. Sie soll nur in seltenen Fällen angewandt werden, wenn das Kind wirklich mehr als zwei Eltern hat und die Feststellung, dass das Kind mehr als zwei Eltern hat, für den Schutz des Kindes vor Schaden wegen der Trennung von seinen Eltern notwendig ist.⁵⁷

Die Ko-Elternschaft ist auch in den Niederlanden rechtlich geregelt. Allerdings werden der Ko-Elternschaft auch Grenzen gesetzt. So kann dieser Status höchstens vier Eltern, die in höchstens zwei Haushalten leben, zuerkannt werden. Damit es überhaupt zur richtigen Ko-Elternschaft (eng. *legal multi-parenthood*) kommt, ist notwendig:

- a) dass dafür die geeigneten Personen vorhanden sind (z. B. die Gestations- oder/und genetischen Eltern und ihre Partner);
- b) dass eine sog. Ko-Elternschafts-Vereinbarung geschlossen wurde (eng. *multi-parenthood contract*);
- c) eine mandatorische gerichtliche Prüfung durchgeführt werden sowie auch die Bestellung eines Vormunds (eng. *guardian ad litem*) für die Zeit des Verfahrens erfolgen muss.⁵⁸

Der Rücktritt von der ‚Zweierregel‘ ist auch in den Gesetzen der kanadischen Provinzen British Columbia (2013 – Family Law Acts (FLA)) und Ontario (2017 - All Families Are Equal Act (AFEA)) gegeben. Beide Gesetze haben den rechtlichen Rahmen für drei beziehungsweise vier Eltern implementiert, ohne dass die Mitarbeit des Gerichts notwendig wäre.

55 Scherpe, 2016, S. 115.

56 S. mehr darüber in Deutschland bei Scheiwe, K., Mehr als nur zwei Sorgeberechtigte? Mehrelternsorge und soziale Elternschaft in England und Wales und in den Niederlanden aus rechtsvergleichender Perspektive. *RdJB* 2, 2016, SS. 227-240.

57 Sheff, E. A., *Multiple Parents Legally? We could be witnessing the end of the "Rule of Two*, 2017, <https://www.psychologytoday.com/us/blog/the-polyamorists-next-door/201711/multiple-parents-legally> (14.09.2022).

58 Nola Cammu MA, Legal Multi-parenthood' in Context: Experiences of Parents in Light of the Dutch Proposed Family Law Reforms, *Family & Law*, July 2019, DOI: 10.5553/FenR/.000042, <https://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2019/07/FENR-D-18-00009> (13.09.2022).

4. Schlussgedanken – benötigt die Rechtsvermutung der Mutterschaft eine Re-Definition?

Die Mutterschaft beziehungsweise die Beziehung zwischen der Mutter und dem Kind hat eine Schlüsselbedeutung für die Entwicklung des Kindes in der Kindheit und auch nach dem Erreichen der Volljährigkeit. Gab es in der Vergangenheit keine Zweifel an der Rechtsvermutung der Mutterschaft, ist diese Frage heute in mehrerlei Hinsicht beziehungsweise Situationen, von denen einige ausgewählt in diesem Beitrag beschrieben werden, offen. Die Entwicklung der Biomedizin und der Rücktritt vom traditionellen Begriff der Partnerschaft sind nur zwei Faktoren, die viele Fragen hinsichtlich der Elternschaft und damit auch der Mutterschaft eröffnet haben. Deshalb ist nicht überraschend, dass die ersten nationalen Gesetzgebungen durch die rechtliche Regulierung dieser neu entstandenen Situationen in Verbindung mit der Mutterschaft bereits wichtige Schritte gemacht haben. Es ist hervorzuheben, dass immer das Kindeswohl im Vordergrund stehen muss und nicht die Vorteile und Interessen (in unserem Fall) der Mutter, oder vielleicht von jemandem anderen. Auch das neue slowenische DZ machte durch die Implementierung der Mutterschaftsvermutung einen großen Schritt, die im vergangenen ZZZDR ausblieb. Es ist nicht so kritisch, dass das ZZZDR sie nicht besaß, wie wichtig ist, dass das DZ sie beinhaltet. Gerade die genannten Veränderungen und die Dynamik im Bereich der Gesellschaftsstrukturen und der Biomedizin geboten die Notwendigkeit der Regelung dieser Frage. Allerdings hatten wir im slowenischen Recht noch keine konkrete Begegnung mit einem prominenten Fall hinsichtlich der Problematik der Mutterschaft, wie es mit den dargestellten Beispielen im Ausland der Fall war. Die ausländische Gesetzgebung passt sich bereits an die neu entstandenen Situationen an und auch die ausländische Rechtsprechung entwickelt und bietet neue kreative Lösungen an. Beide wird sicherlich auch der slowenischen (eventuellen) Praxis als Grundlage dienen können.

MATER SEMPER CERTA EST – INDEED?

Summary: The presumption of maternity (*mater semper certa est*) originates from Roman law. It has always been regarded as incontestable. The development of biomedicine, reproductive technology and changes in social structures caused cracks in this traditional presumption years ago. Over time, the cracks widened, so it is not surprising that selected jurisdictions and judges in court cases began to seek solutions to these newly formed relationships between the mother and her child. In this paper, the author presents selected viewpoints that influenced the concepts of the traditional legal presumption of motherhood.

Keywords: Legal presumption of maternity, transsexuality, surrogacy, anonymous birth, multiple parenthood.

dr. sc. Suzana Kraljić, redovna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta u Mariboru

MATER SEMPER CERTA EST- DA LI JE TO TOČNO?

Sažetak: Pretpostavka materinstva (*mater semper certa est*) potiče još iz rimskog prava. Ta pretpostavka se oduvijek smatrala za neoborivu. Razvoj biomedicine, reproduktivne tehnologije i promjene u društvenim strukturama izazvale su pukotine u ovoj tradicionalnoj pretpostavci prije mnogo godina. Vremenom su se pukotine proširile, pa nije iznenađujuće što su odabrane jurisdikcije i sudije u sudskim sporovima počele da traže rešenja za ove novonastale odnose između majke i njenog deteta. U ovom radu autor iznosi odabrana gledišta koja su uticala na koncept tradicionalne pravne pretpostavke majčinstva.

Ključne riječi: zakonska pretpostavka materinstva, transeksualnost, surogat majčinstvo, anonimno rođenje, višestruko roditeljstvo.

PRAVNI OKVIR ZA IZRICANJE I SPROVOĐENJE MERA ZAŠTITE OD NASILJA U PORODICI U REPUBLICI SRBIJI – OGRANIČENJA I IZAZOVI

Sažetak: Sprečavanje porodičnog nasilja i zaštita žrtava u pravnom sistemu Republike Srbije podrazumeva mogućnost ali i obavezu pokretanja, vođenja i okončanja različitih zakonom regulisanih postupaka (parnični, krivični, prekršajni). U radu će biti analizirane neke od specifičnosti parničnog postupka u sporu za zaštitu od nasilja u porodici koji reguliše Porodični zakon i postupanje policije po prijavi izvršenog nasilja u porodici koje normira Zakon o sprečavanju nasilja u porodici, a naročito mere zaštite koje pri tome mogu biti izrečene. Kada je reč o hitnim merama koje izriče policijski službenik, kao ključna postavljaju se pitanja osposobljenosti ovih lica za procenu rizika, saradnje tela nadležnih u ovom procesu kao i način kontrole sprovođenja mera. U kontekstu sudskih odluka kojima se izriču porodičnopravne mere ili produžava hitna mera kao posebno značajan izdvaja se problem efikasnosti izvršenja primenom sredstava izvršenja koje predviđa važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju. Obe vrste mera su enumerativno navedene pa se, posebno u slučaju kada ih izriče sud, može problematizovati i da li su neke od mera neopravdano izostale u nabravanju, a mogle bi doprineti preveniranju nasilja. Takodje, kako se merama zaštite u suštini ograničavaju određena ljudska prava i slobode izvršioca nasilja najviši stepen garantija sprečavanja zloupotreba u ovom procesu daje, svakako, postupanje sudova, ali i jasna, nedvosmislena i potpuna procesnopravna pravila.

Ključne reči: porodično nasilje, pravna zaštita od porodičnog nasilja, mere zaštite od porodičnog nasilja, sprovođenje mera zaštite od porodičnog nasilja

1. Uvodne napomene

Porodično nasilje je globalni društveni fenomen koji uslovljava niz specifičnih i veoma teških posledica pre svega za žrtvu, ali i njenu porodicu i porodičnopravne odnose među članovima kao i društvo u celini. Razmere porodičnog nasilja teško je sagledati jer žrtve uzbegavaju da ga prijave najčešće stoga što je sramota priznati ga ili što finansijski zavise od izvršioca (tzv. tamna brojka nasilja). Uz to, društvo često stigmatizuje žrtvu doživljavajući je kao izazivača nasilja. Žene, deca i starije osobe najčešće su žrtve ovog vida nasilja,¹ ali i druge ranjive društvene grupe. Suzbijanje

¹ Tako, prema istraživanju WHO, *Violence Against Women Prevalence Estimates*, 2018, *Global, regional and national prevalence estimates for intimate partner violence against women and global and regional prevalence estimates for non-partner sexual violence against women*, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/341337/9789240022256-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>,

porodičnog nasilja zahteva kontinuiranu saradnju državnih institucija - policije, organa starateljstva, zdravstvenih ustanova, škola i dr. U velikoj meri važna je i saradnja državnih institucija sa organizacijama civilnog društva, posebno sa onima koje se bave problemima i zaštitom društvenih grupa koje su i najčešće žrtve nasilja. Porodično nasilje nije, kako se dugo shvatalo, pa i od samih žrtava, privatna stvar, deo intime porodičnog kruga u kome se stoga mora i sprečavati, odnosno eliminisati. Ono je problem društva u celini sa mnogobrojnim negativnim konotacijama i stoga društvo u celini mora biti posvećeno njegovom sprečavanju.

Težina i brojnost problema koje nasilje u porodici uzrokuje ima za posledicu da se u njegovom sprečavanju (prevencija) ali i sankcionisanju izvršilaca u savremenim državama prihvata multidisciplinarni pristup. Pravna zaštita žrtava moguća je primenom pravila krivične, prekršajne ili građanske sudske procedure u različitim varijantama od države do države. Kako obim rada ne dopušta prikaz svih materijalnopравnih i procesnopравnih aspekata zaštite od nasilja u porodici predmet analize je primarno pravna priroda i vrste mera zaštite, zatim uslovi izricanja hitnih mera² i porodičnopравnih mera, posebno postupak u kome se izriču, produženje mera, zadaci i odgovornosti nadležnih organa kao i izvršenje odluka kojima su mere izrečene. Mere zaštite žrtve porodičnog nasilja imaju dvostruku funkciju - zaštitu žrtve i sankcionisanje počinioca lišavanjem ili ograničavanjem nekih njegovih sloboda i prava.

Pravna priroda mera različita je u pravnim sistemima koji ih normiraju što je posledica različitih modela zaštite koji su prihvaćeni. Reč je o prekršajnopравnom ili porodičnopравnom modelu, barem kada su u pitanju države u našem okruženju.

U pravu Republike Srbije zaštita od nasilja u porodici regulisana je primarno Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici, Porodičnim zakonom i Krivičnim

15.07.2022., u kome je korišćen 141 izveštaj iz 81 države, koji su nastali u periodu od 1990.god. do 2012. god., a u istraživanjima je obuhvaćeno preko dva miliona žena starijih od 15 godina, 27% žena u dobi između 15 i 49 godine doživelo je seksualno ili psihičko nasilje čiji je izvršilac suprug, bivši suprug ili intimni partner. *The Right to Protection, Ending Violence Against Children, SOS Children's Villages International Programme & Strategy*, p. 6, https://www.sos-childrensvillages.org/getmedia/83145000-19d4-451c-9e98-15565fd6842d/TheRightToProtection_EN.pdf, 15.07.2022, navodi se, npr., da se četvoro od petoro dece u uzrastu od 2 do 14 godina nasiljem disciplinuje u svom domu (porodici).

2 Radi lakšeg razumevanja za mere zaštite od nasilja u porodici koje je predvideo Porodični zakon, „Sl. glasnik RS“, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015, u dalejm tekstu PZ RS, korišćemo termin “porodičnopравne mere”, a za mere zaštite iz Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, „Sl. glasnik RS“, br. 94/2016, u daljem tekstu ZSNP, korišćemo termin “hitne mere” koji koristi ovaj propis.

zakonikom,³ ali su od značaja i odredbe niza drugih zakona.^{4/5} Brojnost propisa koji se primenjuju kao i raznovrsnost predviđenih procedura već na prvi pogled ukazuje na komplikovanost pristupa u zaštiti od nasilja u porodici i moguće probleme u praksi, pa i kad je reč o merama zaštite. U pravnoj teoriji kritički se analiziraju odredbe Zakona o sprečavanju nasilja u porodici i prepoznaje određeni broj spornih, nedaekvatnih i nedoslednih rešenja.⁶ Objavljeni statistički podaci pokazuju da je broj prijavljenih slučajeva izuzetno veliki⁷ i da se ne smanjuje, kao i da se u najvećem broju slučajeva prijavljenog nasilja izriču hitne mere i porodičnopravne mere.

Predmet analize biće, pre svega, porodičnopravne mere, a zatim i hitne mere zaštite koje predviđa ZSNO. Zatim će biti reči o mogućnostima prekršajne odgovornosti izvršioca nasilja u porodici prema trenutnom stanju regulative u Republici Srbiji, a, na kraju, i o kontroli sprovođenja hitnih mera i postupku izvršenja porodičnopravnih mera zaštite.

3 Krivični zakonik, „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019, u daljem tekstu KZ RS. Krivičnopravna zaštita nije predmet analize u ovom radu.

4 Tako, Zakon o parničnom postupku, „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020, u daljem tekstu ZPP; Zakon o izvršenju i obezbeđenju, „Sl. glasnik RS“, br. 106/2015, 106/2016 – autentično tumačenje, 113/2017 – autentično tumačenje i 54/2019, u daljem tekstu ZIO; Zakonik o krivičnom postupku, „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US; Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, „Sl. glasnik RS“, br. 55/2014 i 35/2019; Zakon o policiji, „Sl. glasnik RS“, br. 6/2018 i 87/2018; Zakon o prekršajima, „Sl. glasnik RS“, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – odluka US i 91/2019, u daljem tekstu ZOP; Zakon o javnom redu i miru, „Sl. glasnik RS“, br. 6/2016 i 24/2018, u daljem tekstu ZOJRM; Zakon o rodnoj ravnopravnosti, „Sl. glasnik RS“, br. 52/2021, u daljem tekstu ZORR; Zakon o javnom tužilaštvu, „Sl. glasnik RS“, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 38/2012 – odluka US, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – odluka US, 117/2014, 106/2015 i 63/2016 – odluka US; Zakon o socijalnoj zaštiti, „Sl. glasnik RS“, br. 24/2011.

5 Za relevantne međunarodne izvore i ostale nacionalne propise vid. *Strategija za sprečavanje i borbu protiv rodno zasnovanog nasilja prema ženama i nasilja u porodici za period 2021 - 2025. godine*, Beograd, 2021, 8-15, u daljem tekstu *Strategija*, <https://www.minrzs.gov.rs/sr/dokumenti/ostalo>, 20.7.2022.

6 Vid. Jugović, S., *(Ne)delotvornost Zakona o sprečavanju nasilja u Republici Srbiji*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2018; Ristivojević, B., *Da li je Zakon o sprečavanju nasilja u porodici zakazao?*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2018; Ignjatović, T., Macanović, V., *Izazovi u primeni novog Zakona o sprečavanju nasilja u porodici u Srbiji*, TEMIDA, 2018, vol.21, br.1; Kolarić, D., Marković, S., *Pojedine nedoumice u primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, god. LXVI, 1/2018.

7 Zvaničan podatak govori da je za prve dve i po godine primene Zakona razmatrano više od 136 000 slučajeva nasilja u porodici, [https://www.drzavnauprava.gov.rs/sr/vest/29055/razmotreno-vise-od-132600-slucajeva-nasilja-u-porodici-php](https://www.drzavnauprava.gov.rs/sr/vest/29055/razmotreno-vise-od-132600-slucajeva-nasilja-u-porodici-<u>php</u>), 15. 8. 2022. *Strategija u „5. Opis stanja i analiza problema“*, daje detaljne podatke iz Ankete o nasilju nad ženama iz 2018, sprovedene od OEBS-a, “*Dobrobit i bezbednost žena, Srbija – osnovni izveštaj*”, Beograd, OEBS, 2019, 21-33., https://www.osce.org/files/f/documents/7/5/419756_1.pdf. Anketa je sprovedena na uzorku od 2023 žene, a 45% žena koje su bile u partnerskom odnosu iskusilo je partnersko nasilje. Fizičku patnju nasilje je prouzrokovalo kod 46% žena, a psihičku u 69% slučajeva..

2. Porodičnopravne mere zaštite od nasilja u porodici i postupak u kome se izriču

Porodičnopravne mere zaštite od nasilja u porodici iz PZ RS, prema odredbi čl. 198 st.1 imaju za svrhu privremenu zabranu ili ograničenje održavanja ličnih odnosa sa drugim članom porodice, odnosno žrtvom nasilja. Privremena zabrana kontakta izvršioca nasilja sa žrtvom omogućava da se predupredi dalje vršenje akata nasilja, ali podrazumeva i ograničenje određenih prava i sloboda izvršioca nasilja.⁸ Svaka od mera omogućava ostvarenje posebnog, samostalnog cilja, ali je zajednička svrha svakako sprečiti novo nasilje, obezbediti potpunu i trajnu zaštitu žrtve, njenog telesnog i psihičkog integriteta, kao i otklanjanje uzroka koji mogu dovesti do novog nasilja koje bi se manifestovalo ponavljanjem istog akta ili sasvim novim aktom, pa i vidom nasilja.⁹

Porodičnopravne mere su: 1. izdavanje naloga za iseljenje iz porodičnog stana ili kuće, bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepokretnosti; 2. izdavanje naloga za useljenje u porodični stan ili kuću bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepokretnosti;¹⁰ 3. zabrana približavanja članu porodice na određenoj udaljenosti; 4. zabrana pristupa u prostor oko mesta stanovanja ili mesta rada člana porodice i, 5. zabrana daljeg uznemiravanja člana porodice.¹¹ Nabranje je taksativno,¹² a sve mere, izuzev poslednje, konkretno određuju zabranu, odnosno radnju kojom se mera realizuje. Poslednja mera, zabrana daljeg uznemiravanja člana porodice, odnosno žrtve nasilja, uopšteno je formulasana, a i teorija je objašnjava kao „opštu zabranu nasilja ili uznemiravanja, uključujući i zabranu kontakta sredstvima telekomunikacija“.¹³ Ovom merom zabranjuje se, zapravo, svaki dalji akt nasilja i uznemiravanja konkretnog izvršioca prema konkretnoj žrtvi. I sudovi pri donošenju odluke o izricanju ove mere koriste istu, uopštenu zakonsku formulaciju.¹⁴ Ovakav normativni pristup teorija opravdava okolnošću da su načini izvršenja nasilja i uznemiravanja toliko različiti da bi preciziranje navođenjem zabrane samo u odnosu na akte koji su već izvršeni suzilo domete same mere, a eventualne nove akte nasilja ili uznemiravanja nije moguće predvideti.¹⁵ Mada je prema zakonskom određenju ova mera zaštite samostalna, u praksi se po pravilu izriče uz neku od drugih mera.

8 Petrušić, N., Konstantinović Vilić, S., *Vodič kroz sistem porodičnopravne zaštite od nasilja u porodici*, Beograd, 2012, 39.

9 *Ibid.*

10 U teoriji se ova mera shvata kao izdavanje naredbe (zapovesti) izvršiocu nasilja da žrtvi dopusti useljenje u porodični stan ili kuću u kojoj je ranije živela, odnosno da se uzdrži od radnji kojima se useljenje sprečava, Petrušić, N., Konstantinović Vilić, S., *op. cit.*, 45.

11 Više u smislu objašnjenja svake od navedenih mera videti, Petrušić, N., Konstantinović Vilić, S., *op. cit.*, 40-48; Draškić, M., *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, 2020, 57,58 (nap. br. 180-182)

12 Ponjavić, Z., Vlašković, V., *Porodično pravo*, Beograd, 2019, 465; Petrušić, N., Konstantinović Vilić, S., *op. cit.*, 39-40.

13 Draškić, M., *op. cit.*, 57.

14 Videti, npr., Presudu Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 285/2014, od 5.6.2014. god.; Presuda VKS Rev 1509/2017 od 13.7.2017. god.; Presuda VKS, Rev 431/2018 od 31.1.2018. god, izvor: *ParagrafLex*

15 N. Petrušić, S. Konstantinović Vilić, *op. cit.*, 48.

Broj i karakter (pravna priroda) mera zaštite iz PZ RS značajno se razlikuje u odnosu na pravne sisteme nekih od država regiona. Zakonodavac u RS ne predviđa obavezan psihosocijalni tretman izvršioca i obavezno lečenje od zavisnosti. Čini se da su ove mere neopravdano isključene iz prvobitnog Nacrta Porodičnog zakona koji je nastao radom ekspertske grupe. Pre svega, u teoriji se osnovano zapaža da su upravo ove mere posebno značajne za efikasnu zaštitu od porodičnog nasilja, odnosno preveniranje budućeg nasilja, s obzirom da najveći broj nasilnika boluje od alkoholizma ili drugih oblika bolesti zavisnosti.¹⁶ Njihova funkcija je otklanjanje uslova koji omogućavaju ili podstiču učinioca na izvršenje novog nasilja.¹⁷ Uz to, ako u aktu nasilja u porodici nema elemenata krivičnog dela, kada bi se, prema KZ RS¹⁸ mogle izreći mere bezbednosti, među kojima su i navedene, nasilniku bi mogle biti izrečene isključivo ukoliko akt nasilja vrši na javnom mestu¹⁹ ili ako prekrši hitnu meru iz ZSNP (o čemu će kasnije biti reči). Sve ovo upućuje na zaključak da porodičnopravnim merama nije u potpunosti obezbeđeno preveniranje budućeg nasilja u porodici što bi mogao biti čvrst argument za dopunu odredaba PZ RS.

Uporednopravno posmatrano, u Federaciji BiH, npr.,²⁰ pored udaljenja iz kuće ili nekog drugog stambenog prostora i zabrane vraćanja u stan ili neki drugi stambeni prostor, zabrane približavanja žrtvi i zabrane uznemiravanja i uhođenja žrtve, moguće je izreći i meru obaveznog psihosocijalnog tretmana, obaveznog lečenja od zavisnosti i privremenog lišenja slobode i zadržavanja. Zakoni Republike Srpske²¹ i Republike Hrvatske²² takođe predviđaju mogućnost izricanja mere obaveznog psihosocijalnog tretmana i obaveznog lečenja od zavisnosti. Hrvatski zakonodavac, uz to, izričito normira da se prema izvršitelju porodičnog nasilja mogu izreći i mere iz Zakona o prekršajima²³ i da se zaštitne mere mogu izreći samostalno i bez izricanja kazne odnosno druge prekršajne sankcije iz ovog Zakona. Navedeni primeri ukazuju istovremeno i na specifičnu pravnu prirodu zaštitnih mera. Tako se u Hrvatskoj zaštitne mere i terminološki određuju kao prekršajne sankcije²⁴ dok se u Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici Federacije BiH, odredbom čl. 3 st. 2 to čini posredno, tako što se kao nadležan za sprovođenje postupka određuje opštinski sud - prekršajno odeljenje. U Republici Srpskoj, odredba čl. 23 st. 4 Zakona takođe predviđa primenu pravila prekršajnog postupka.

16 Draškić, M., *op. cit.*, 57.; Videti Izveštaj "Psihosocijalni tretman počinitelja porodičnog nasilja kao ulaznica za trajnu promenu", Skup radova nastalih u realizaciji istoimenog Projekta čiji je nosilac Sekcija za nasilje IAN Međunarodne mreže pomoći, uz finansijsku podršku Ambasade kraljevine Holandije, Beograd, 2017.

17 One su normirane u ZOP RS, čl.52 st.1 t. 6 i 7, a navedeni cilj je i cilj prekršajnih mera iz čl. 51 st.1.

18 Čl. 79 st. 1 t. 1, 2, 3 i 4 KZ RS.

19 Vid. ZOJRM, čl. 3 st.1 t. 3.

20 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH, „Sl. novine FBiH“, br. 20/2013 i 75/2021, čl. 9.

21 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 102/2012, 108/2013, 82/2015 i 84/2019, čl. 23 st. 3.

22 Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji, „Narodne novine“, br. 70/17, 126/19, 84/21, čl. 13.

23 Zakon o prekršajima, „Narodne novine“, br. 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17, 118/18.

24 Čl. 11 Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji.

U pravnom sistemu Srbije porodičnopravne mere izriče sud opšte nadležnosti (osnovni sud) po pravilima parnične procedure. Mada bi ovakav normativni pristup mogao voditi zaključku da je zapravo reč o građanskopravnim sankcijama, ipak je reč o specifičnim merama. Naime, cilj mera iz odredbe čl.198 st.1 PZ RS – privremena zabrana ili ograničenje održavanja ličnih odnosa sa drugim članom porodice, odnosno žrtvom nasilja, svakako ukazuje na lišenje ili ograničenje određenih sloboda i prava nasilnika, makar ono bilo i privremeno. Sa druge strane, sve mere imaju za cilj zaštitu žrtve nasilja, njenog života, telesnog i psihičkog integriteta. Ovaj cilj je svakako primaran pa “porodičnopravne mere zaštite od nasilja u porodici nemaju (primarno, nap. Autorke) karakter sankcionisanja nasilničkog ponašanja već je njihova značajna funkcija preveniranje potencijalnog nasilja u situacijama koje se pokazu kao rizične jer su tome podobne”.²⁵

U Republici Srbiji, u osnovi, normativa predviđa dve mogućnosti, odnosno dve vrste postupaka u kojima se porodičnopravne mere mogu odrediti, a u oba slučaja reč je o primeni pravila parnične procedure. Konkretnije, to su parnični postupci u vezi sa porodičnim odnosima prema PZ RS. Jedna mogućnost je izricanje mera zaštite u samostalnom (posebnom) parničnom postupku²⁶ u kome se isključivo odlučuje o osnovanosti zahteva za određivanje porodičnopravne mere koji tužbom ističe žrtva porodičnog nasilja ili njen zakonski zastupnik, javni tužilac i organ starateljstva, a odluka je u formi presude. Druga mogućnost je izricanje porodičnopravnih mera u adhezionom postupku u bračnim sporovima,²⁷ zatim sporovima za utvrđivanje ili osporavanje očinstva ili materinstva²⁸ i, konačno, sporovima za zaštitu prava deteta i vršenje ili lišenje roditeljskog prava.²⁹ O meri zaštite odlučuje se presudom kojom se odlučuje i o glavnoj stvari. U navedenim situacijama sud, prema odredbama PZ RS, “može” odlučiti i o porodičnopravnim merama, što upućuje na odlučivanje *ex officio* ukoliko oceni da je to neophodno. Ipak, stranka, žrtva nasilja, ne može biti lišena mogućnosti da predloži njihovo izricanje i u situacijama kada predmet spora nije isključivo zaštita od nasilja u porodici. U tom slučaju stranka vrši kumuliranje tužbenih zahteva (objektna kumulacija, odnosno tzv. pravo kumulativno spajanje zahteva).³⁰ To može biti učinjeno već u momentu podnošenja tužbe, ali se može vršiti i tzv. proširenjem tužbenog zahteva, odnosno dodavanjem novog – za izricanje porodičnopravne mere, uz već postojeći. U takvim situacijama dopuštena je delimična presuda ukoliko sud odluči da odvojeno raspravlja o nekom od istaknutih zahteva.³¹ Kada je izvršeno kumuliranje tužbenih zahteva sud i o zahtevu za izricanje porodičnopravne mere mora da odluči, bilo usvajanjem bilo odbijanjem tužbenog zahteva. Međutim, u slučaju oficijelnog postupanja pretpostavka odlučivanja je da sud na osnovu okolnosti konkretne pravne stvari procenio da je neophodno izreći porodičnopravnu meru što bi značilo da odluka može da glasi samo da se mera izriče.

25 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 285/2014 od 5.6.2014. god., *ParagrafLex*.

26 Čl. 283-289 PZ RS, „Postupak u sporu za zaštitu od nasilja u porodici“.

27 Čl. 226 st.3, kao i čl. 210 PZ RS, o tome šta je bračni spor.

28 Čl. 260 st.3 PZ RS

29 Čl. 273 st.3 PZ RS

30 Poznić, B., Rakić Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015, 317-319.

31 *Ibid.*, 319.

Na prvi pogled čini se da zakonska mogućnost da se porodičnopravna mera izrekne u pridruženom (adhezionom) postupku predstavlja efikasan put zaštite žrtve nasilja pre svega stoga što sud ne sme ostati neutralan (nezainteresovan) kada postoje dokazi za akte nasilja u porodici, kao deo procesne građe za odlučivanje o istaknutom tužbenom zahtevu, već mora pružiti zaštitu žrtvi. Ipak, neke od odredaba kojima se reguliše poseban parnični postupak za zaštitu od nasilja u porodici u većoj meri pogoduju žrtvi. Pre svega mislimo na odredbe kojima se reguliše nadležnost suda. Tako, npr., za bračne sporove, koji su u praksi svakako i najčešći u kojima se izriču porodičnopravne mere zaštite odredbama ZPP³² je pored opšte mesne nadležnosti predviđena i posebna - prema mestu poslednjeg zajedničkog prebivališta supružnika. U posebnom parničnom postupku za zaštitu od nasilja u porodici, međutim, pored opšte mesno nadležnog suda tužba se može podneti i sudu mesta prebivališta ili boravišta žrtve što svakako poboljšava njenu procesnu poziciju. Uz to okolnost da se o meri odlučuje tek u odluci o glavnoj stvari, imajući na umu odredbe PZ RS o posredovanju³³ uslovljava prolongiranje pružanja trajnije zaštite žrtvi nasilja. Stoga se kao izlaz iz navedene situacije nameće izricanje privremenih mera, o kojima će više biti reči dalje u radu, kojima bi se pružila zaštita žrtvi nasilja do okončanja parničnog postupka u kome se akcesorno odlučuje o porodičnopravnim merama zaštite.

3. Privremene i “trajne” porodičnopravne mere

U praksi se najčešće u tužbama kojima se zahteva donošenje odluke o razvodu braka iznosi i predlog za izricanje “privremenih mera zaštite od nasilja u porodici”. Formulacija “privremena mera” ovde nesporno asocira na privremene mere kao sredstvo obezbeđenja nenovčanog potraživanja iz ZIO.³⁴ Reč je o merama koje, po definiciji, obezbeđuju provizornu (privremenu) zaštitu. Uslove za izricanje privremenih mera određuje ZIO, a odlukom, koja se donosi u formi rešenja, ne prejudicira se način odlučivanja o porodičnopravnoj meri. Naime, izricanje porodičnopravne mere biće posledica raspravljanja i dokazivanja, odnosno rezultata celokupnog toka postupka.³⁵ Suštinsko pitanje u ovim situacijama je tumačenje

32 Čl. 48 st.1 ZPP

33 Čl. 229-246 PZ RS.

34 Važeći PZ RS ne sadrži odredbe o određivanju privremenih mera u postupcima u vezi sa porodičnim odnosima, što je značajan nedostatak s obzirom na specifičnost pravnih odnosa, posebno „potraživanja“ iz ovakvih odnosa u nizu sporova. Stoga se privremene mere obezbeđenja mogu odrediti izuzetno u opravdanim slučajevima, ali uz primenu odredaba ZIO, vid. npr., Rešenje Višeg suda u Novom Sadu, GŽ2. 24/14 od 21.5.2014, kojim je potvrđeno Rešenje Osnovnog suda u Novom Sadu, P2 3235/13 od 11.4.2014, <http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=privremena-mera-porodicni-odnosi>, 20.8.2022.

35 “Privremenu meru prvostepeni sud je pravilno odredio imajući u vidu istoriju porodičnog nasilja za vreme trajanja i po okončanju vanbračne zajednice, te činjenicu da postoji veliki rizik od recidiva nasilja. Pri tome treba imati u vidu svrhu i karakter privremenih mera, da se njima samo privremeno uređuje sporni odnos, te da se one određuju na osnovu iznetih tvrdnji u dotadašnjem toku postupka. Svrha zaštitnih porodičnopravnih mera je prevashodno preventivnog karaktera – da se njihovom primenom spreči ponovno izvršenje nasilja u porodici, da se obezbedi puna zaštita fizičkog i psihičkog

navedene formulacije tužbe, odnosno da li se može govoriti o predlogu za izricanje klasične privremene mere obezbeđenja ili se zahteva odlučivanje o jednoj od porodičnopranih mera zaštite, odnosno vrši kumuliranje tužbenih zahteva. Naime, i porodičnopravne mere imaju za cilj, kako je već navedeno, privremenu zabranu ili ograničenje određenog ponašanja izvršioca.

Ukoliko bi se usled nejasnog značenja upotrebijene formulacije smatralo da je tužba neuredna, odnosno nerazumljiva, korektni mehanizam bila bi procesna pravila o postupanju sa takvom tužbom – vraćanje tužbe tužiocu koji nema punomoćnika na ispravku, odnosno dopunu.³⁶ Tužilac će ili perfektuirati da se traži izricanje privremenih mera obezbeđenja ili da se traži izricanje porodičnopravnih mera (kumuliranje tužbenih zahteva). Odnosno i kada sud ima ovlašćenje da *ex officio* odluči o porodičnopravnim merama zaštite od nasilja u porodici stranka, žrtva nasilja, kako je već rečeno, ne može biti lišena mogućnosti da istakne poseban zahtev da se o tome odluči. Ovakvo tumačenje uslovalo bi, međutim, da se posebno podnese predlog za izricanje privremene mere obezbeđenja. Ukoliko stranka ima punomoćnika u praksi je uobičajeno da se kroz “uređenje tužbe” ona zapravo odredi u pogledu zahteva. Druga mogućnost je da sud smatra da je predloženo donošenje privremene mere obezbeđenja pa bi, uz ocenu ispunjenosti uslova, doneo rešenje kojom je izriče, a u daljem toku postupka po službenoj dužnosti presudom o predmetu spora odluči i o porodičnopravnoj meri kao relativno “trajnom” vidu zaštite žrtve. Treća mogućnost je da sud smatra da je formulacijom “privremena mera zaštite od nasilja u porodici” već izvršena kumulacija tužbenih zahteva uz argumentaciju da su porodičnopravne mere zaista privremenog karaktera.

Procesnopravno bi bilo opravdano prihvatiti prvu navedenu alternativu stoga što bi se moglo smatrati da je nejasna, neodređena sadržina tužbenog zahteva.³⁷ Sa druge strane, hitnost odlučivanja o zaštiti žrtve nasilja konfrontira se ovakvom stavu stoga što bi se na ovaj način svakako odugovlačio postupak. I termin “predlog” u formulaciji upućuje na zaključak da se misli na privremenu meru obezbeđenja. Brzina, makar i privremene zaštite žrtve takođe govori u prilog ovakvog shvatanja. Čini se da ima više opravdanja za prihvatanje stava da sud svakako treba da postupa po tužbama koje sadrže i “predlog za izricanje privremenih mera zaštite od nasilja u porodici” (uz neki od mogućih glavnih zahteva). Navedeni stav prihvata i naša sudska praksa. Ocena osnovanosti predloga vodi usvajanju (izricanju privremene mere) ili odbijanju predloga, a tužilac dokazuje činjenice isključivo do nivoa verovatnoće, a

integriteta, zdravlja i lične bezbednosti člana porodice izloženog nasilju, kao i da se otklone okolnosti koje pogoduju ili podstiču ponavljanje nasilja, odnosno izvršenje drugih vidova nasilja.Opisanom privremenom merom ne prejudicira se odluka o glavnoj stvari, već će prvostepeni sud odluku doneti tek nakon potpuno sprovedenog dokaznog postupka i sa sigurnošću, a ne sa stepenom verovatnoće utvrđenih činjenica.“, Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, posl. Br. GŽ2-19/15 od 22.05.2015. god., kojom se potvrđuje presuda Osnovnog suda u Novom Sadu posl. Br. P2-80/15 od 13.03.2015. god., <http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=privremene-mere-u-porodicno-pravnim-sporovima>, 20.8.2022.

36 Čl. 101 ZPP.

37 Poznić, B., Rakić Vodinelić, V., *op. cit.*, 309; Stanković, G., Boranijašević, V., *Građansko procesno pravo*, Niš, 2020, 310; Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, 409-411.

ne sigurnosti, odnosno izvesnosti.³⁸ Okolnosti iznesene u tužbi, posebno priloženi dokazi, indikatori su za sud da je izvršeno nasilje u porodici. U daljem toku postupka, posle raspravljanja, izvođenja i ocene dokaza, uz odluku o glavnom zahtevu sud će odlučiti ima li uslova i za izricanje porodičnih mera zaštite.

Porodični zakon Srbije, kako je već napomenuto, ne normira privremene mere obezbeđenja pa ni ovlašćenje suda da o njima odluči po službenoj dužnosti. Ipak, oficijelno odlučivanje suda o porodičnim merama u adhezionim postupcima uz neki od porodičnih sporova moglo bi opravdati i oficijelna ovlašćenja za izricanje privremenih mera obezbeđenja. U suprotnom se dezavuiše i relativno trajna zaštita koja se porodičnim merama obezbeđuje što za žrtvu znači rizik novog nasilja. ZIO, pak, određuje da se generalno mere obezbeđenja izriču u postupku koji se pokreće predlogom stranke, a drugih lica i organa samo kada je to zakonom određeno.³⁹ Izričito regulisanje mogućnosti ili obaveze izricanja privremenih mera obezbeđenja u sporovima iz porodičnih odnosa, ili samo nekim od njih, svakako bi bilo bolje rešenje.

Pri trenutnom stanju regulative na efikasnost palijativne zaštite koju pruža donošenje rešenja o izricanju privremene mere obezbeđenja nenovčanog potraživanja (i njegovo izvršenje) ukazuju neka od rešenja iz ZIO. Tako, npr., sud može, između ostalog i radi sprečavanja nasilja,⁴⁰ da odluči o predlogu za obezbeđenje pre nego što ga dostavi izvršnom dužniku i time mu omogući da se o njemu izjasni. Predviđeno je, dalje, da rešenje o obezbeđenju ima dejstvo rešenja o izvršenju i da se izvršava pre njegove pravnosnažnosti.⁴¹ Takođe, privremena mera postaje izvršna kada se rešenje kojim je određena dostavi onom ko je obavezan da nešto učini, ne učini ili trpi,⁴² a žalba protiv rešenja o obezbeđenju ne odlaže njegovo izvršenje.⁴³

Problem u razmatranju odnosa privremenih mera obezbeđenja i porodičnih mera je da li sud može i kao privremene mere obezbeđenja izreći samo mere iz PZ RS, ili se, sobzirom na odredbu čl. 460 ZIO, može odrediti “svaka mera kojom se postiže svrha obezbeđenja”. Čini se da se sud mora kretati u granicama mera koje određuje PZ RS koje stoga treba smatrati merama *sui generis*. Naime, njihova lista je prema oceni zakonodavca takva da omogućava ostvarenje cilja, pa i obezbeđenje da se nasilje ne ponovi istim ili drugim aktima. Kako predstavljaju generalno ograničenje sloboda i prava izvršioca nasilja ekstenzivni pristup, takođe, ne bi bio opravdan. Ukoliko bi se prihvatio stav da sud ima ovlašćenje da izrekne i neku drugu meru, osim onih iz PZ RS, to bi moglo značiti i da je sud ovlašćen da npr., izrekne kao privremenu meru obezbeđenja obavezno lečenje od bolesti zavisnosti ili obaveznog psihijatrijskog lečenja izvršioca, na osnovu ovlašćenja iz ZIO, a, istovremeno, nema mogućnost da ove mere izrekne kao porodične mere što nije opravdano ni

38 Vid. npr., Presudu Apelacionog suda u Novom sadu, Gž2-19/15 od 22.5.2015, nap. br. 35.

39 Čl. 415 st.1 ZIO. To bi svakako ukazivalo da predlog može podneti i organ starteljstva, npr.,

40 Čl. 424 st.1 t.3 ZIO.

41 Čl.422 st.1 ZIO.

42 Čl. 422 st.2 ZIO

43 Čl. 420 ZIO. Identično i žalba protiv presude donesene u samostalnoj parnici za zaštitu od nasilja u porodici kojom se određuju ili produžavaju mere zaštite, čl.288 PZ RS.

svrsishodno. I sudovi u Srbiji kao privremene izriču isključivo mere koje određuje PZ RS.

Treba, takođe, podsetiti da se načelno u teoriji zastupa stav da se privremenom merom obezbeđenja ne može iscrpiti sadržina tužbenog zahteva, ali da ostvarenje ovog uslova nije uvek moguće pa se u nekim situacijama samim ograničenim vremenom trajanja privremene mere obezbeđenja pravi neophodna razlika.⁴⁴ To je upravo slučaj sa porodičnopravnim merama zaštite kada se izriču kao privremene mere obezbeđenja. Sadržinski su, one, naime, identične.⁴⁵ Kako rešenjem o privremenoj meri obezbeđenja mora biti određeno i vreme njenog trajanja⁴⁶ najoptimalnije je da se u okolnostima koje analiziramo ono ne određuje kalendarski, već opisno, odnosno označavanjem događaja do čijeg nastupanja mera traje, a najprihvatljivije je da to bude do okončanja postupka u kome su izrečene.⁴⁷ Izricanje privremene mere radi zaštite od nasilja u porodici u adhezionom postupku ne sprečava sud da izrekne i druge adekvatne privremene mere obezbeđenja u sporu iz porodičnopravnih odnosa koji se vodi kao glavni.

Pored privremenih mera i porodičnopravnih mera zaštite od nasilja u porodici u pravnom sistemu Srbije normirane su i hitne mere.

4. Hitne mere

Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici regulisana je nadležnost posebno edukovanih policijskih službenika za postupanje u sprečavanju nasilja u porodici i pružanje zaštite žrtvama nasilja.⁴⁸ Najznačajnije aktivnosti ovih službenika odnose se na tzv. procenu rizika i izricanje hitnih mera.⁴⁹ Procena rizika vrši se odmah po dovođenju izvršioca nasilja u policijsku stanicu ili, ako nije doveden, odmah po prijemu obaveštenja od policijskih službenika o nasilju ili neposrednoj opasnosti

44 Poznić, B., Rakić Vodinelić, V., *op. cit.*, 657.

45 Videti više o ovome Stanković, G., Palačković, D., Trešnjev, A., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 2020, 1426.

46 Čl. 456 st.1 ZIO.

47 Stanković, G., Palačković, D., Trešnjev, A., *op. cit.*, 1432.

48 Čl. 8 ZSNP; Hitne mera uporednopravno posmatrano izriču različiti organi. Pored prava Srbije i u pravu Austrije izriče ih policija, vid. *Zweitest Gewaltschutzgesetz – 2. GeSchG*, BGBl. I Nr. 40/2009, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2009_I_40/BGBLA_2009_I_40.pdfsig, 21.8.2022, a o tzv. austrijskom modelu više u Logar, R. *Austrijski model intervencije u slučajevima nasilja u porodici*. Beograd: Autonomni ženski centar, 2005, <http://www.womenngo.org.rs/publikacije-dp/Austrijski%20model.pdf>., 20.8.2022. *Strategija*, 20, ističe da je naš sistem zaštite od nasilja porodici izrađen upravo po uzoru na austrijsko pravo. U Švedskoj su ove mere u nadležnosti javnog tužioca, <https://www.sigurnakuca.net/nase-price/teme/teme>, 21.8.2022., a u Republici Srpskoj izriče ih prekršajni sud, vid. čl. 13 Zakona o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske. Više o uporednopravnim rešenjima Radić, I., Radina, A. *Zaštita od nasilja u obitelji – obiteljskopravni, prekršajnoppravni i kaznenopravni aspekt*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god.51, 3/2014, 730-735

49 Čl. 15, 16 i 17 ZSNP.

od nasilja.⁵⁰ ZSNP, odredbom čl. 16 st. 1 utvrđuje da se procena rizika zasniva na dostupnim obaveštenjima i da se mora izvršiti u što kraćem roku. Ukoliko je izvršilac doveden u policijsku stanicu mora mu se dati prilika da se izjasni o svim bitnim činjenicama pre izricanja mere.⁵¹ Navedeni su i neki od parametara za procenu rizika.⁵²

Normativni pristup proceni rizika u izvesnoj meri je problematičan. Pre svega na to ukazuje okolnost da policijski službenik, prema odredbi čl. 16. st. 3 i 4, procenjuje i da li postoji “neposredna opasnost” od nasilja u porodici.⁵³ Odredbom čl. 3 st 2 ZSNP neposredna opasnost je krajnje uopšteno definisana, odnosno postoji “kada iz ponašanja mogućeg učinioca i drugih okolnosti proizlazi da je on spreman da u vremenu koje neposredno predstoji po prvi put učini ili ponovi nasilje u porodici”. Opšti protokol o postupanju i saradnji ustanova, organa i organizacija u situacijama nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima⁵⁴ konkretnije navodi parametre za procenu neposredne opasnosti, odnosno rizika - pretnja ubistvom ili samoubistvom, eskalacija praćenja, uhođenja i uznemiravanja, ljubomora, kao i kriminalna istorija koja ne mora biti vezana za nasilje u porodici. No, kako pojam “neposredna opasnost”, odnosno “rizik nastupanja nasilja” ne znači da je prethodno izvršeno krivično delo ili prekršaj⁵⁵ niti se postojanje rizika može smatrati ekvivalentom pripremnih radnji za ova dela već samo upućuje na potencijal javljanja neke pojave sa nižim ili višim stepenom izvesnosti,⁵⁶ to je i utvrđivanje neposredne opasnosti veoma komplikovano i može voditi zloupotrebama. Procena rizika u slučajevima ponovljenog nasilja svakako je lakša, ali kada to nije slučaj i kada se prvi put vrši opasnost neadekvatne reakcije je povećana.⁵⁷ Uz to, policijski službenik na osnovu odredbe čl. 15 st. 3 ZSNP nema obavezu da pre izricanja hitne mere zatraži mišljenje centra za socijalni rad, već mu se daje diskreciono pravo da se, po potrebi, obrati ovom organu. Edukacije policijskih službenika traju u jednom

50 Čl. 15 st. 1,2 ZSNP

51 Čl. 15 st. 1 ZSNP

52 Tako: da li je mogući učinilac ranije ili neposredno pre procene rizika učinio nasilje u porodici i da li je spreman da ga ponovi, da li je pretio ubistvom ili samoubistvom, poseduje li oružje, da li je mentalno bolestan ili zloupotrebljava psihoaktivne supstance, da li postoji sukob oko starateljstva nad detetom ili oko načina održavanja ličnih odnosa deteta i roditelja koji je mogući učinilac, da li je mogućem učiniocu već izricana hitna mera ili porodičnopravna mera zaštite od nasilja u porodici, da li žrtva doživljava strah i kako ona procenjuje rizik od nasilja, čl. 16 st. 2 ZSNP.

53 Zakoni Republike Srpske (čl. 13) i Hrvatske (čl. 14 st. 1) koriste, takođe, ovaj pojam, a Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH (čl.18 st.4), kao i Republike Srpske u čl. 6 st.1, pri definisanju nasilja u porodici, pominju „osnove sumnje“ da su učinjene radnje koje se određuju kao nasilje u porodici, ali treba imati u vidu da je u ovim državama reč o prekršajnim merama.

54 *Opšti protokol o postupanju i saradnji ustanova, organa i organizacija u situacijama nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima iz 2011. god.*, <https://www.sigurnakuca.net/sites/default/files/inline-files/LjubicastiTekst.pdf>, 20.8.2022.

55 Ima stavova u teoriji da neposredna opasnost postoji ako je protiv potencijalnog izvršioca nasilja u porodici podnesena prekršajna prijava. Vid. Radojković, Z., Petković, N., Vlainić, S., *Zakon o sprečavanju nasilja u porodici – ograničenja i rizici*, Beogradska defektološka škola – Belgrade School of Special Education and Rehabilitation, Vol. 23, No. 1 (2017), 72.

56 *Ibid*, 71, 72.

57 *Ibid*, 72.

ciklusu ukupno 5 dana što ne garantuje adekvatnost pristupa u proceni rizika. Takođe, nastojanje da se izbegne potencijalna odgovornost policijskih službenika (pre svega disciplinska,⁵⁸ ali i krivična⁵⁹ može dovesti do neopravdanog izricanja mera.

ZSNP predviđa tzv. lica određena za vezu⁶⁰ koja se imenuju u policijskoj upravi, osnovnom i višem javnom tužilaštvu, osnovnom i višem sudu i centru za socijalni rad. Ona “svakodnevno razmenjuju obaveštenja i podatke bitne za sprečavanje nasilja u porodici, otkrivanje, gonjenje i suđenje za krivična dela određena ovim zakonom i za pružanje zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici i žrtvama krivičnih dela određenih ovim zakonom”.⁶¹ Formulacija je dovoljno široka i uopštena da bi se tumačila kao obaveza neposredne saradnje pri proceni rizika, ali se, prema našim saznanjima, u praksi ipak u svakom slučaju prijave nasilja sastaju timovi u koje pored nadležnog policijskog službenika ulaze i lica zadužena za rad u slučajevima nasilja u porodici u javnom tužilaštvu i centru za socijalni rad, što je svakako dobro rešenje.

Hitne mere su, prema čl. 17 st.2 ZSNP, mera privremenog udaljenja “učinioca” iz stana i mera privremene zabrane “učiniocu” da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj. Formulacija ove odredbe ostavlja dilemu kada se zapravo mere izriču jer se u navedenoj odredbi govori o “učiniocu”, a u st. 1 istog člana navodi da “Ako posle procene rizika ustanovi neposrednu opasnost od nasilja u porodici...” nadležni policijski službenik donosi naređenje o izricanju hitne mere. Nedoslednosti u regulativi svakako ugrožavaju primenu zakona u praksi i treba ih otklanjati. Poseban problem je, međutim, okolnost da su po svojoj pravnoj prirodi hitne mere zapravo bezbednosne mere i da predstavljaju ograničenje, makar i kratkotrajno, određenih sloboda i prava pa bi, kao takve, trebalo da ih izriče sud.

Naređenjem policijskog službenika mogu biti izrečene i obe hitne mere. Odmah po uručenju licu kome je mera izrečena naređenje se dostavlja osnovnom javnom tužiocu na čijem se području nalazi prebivalište, odnosno boravište žrtve, centru za socijalni rad i grupi za koordinaciju i saradnju, a žrtva obaveštava o izrečenoj meri u pisanoj formi.⁶² Hitna mera traje 48 časova od uručenja naređenja učiniocu.⁶³

Produženje trajanja hitne mere vrši se na predlog koji nadležni javni tužilac podnosi sudu, u roku od 24 časa od časa uručenja naređenja licu kome je izrečena.⁶⁴ I javni tužilac vrši procenu rizika “neposredne opasnosti od nasilja u porodici”. Sud⁶⁵ odlučuje bez održavanja ročišta, u roku od 24 časa od prijema predloga, na osnovu vrednovanja procene rizika nadležnog policijskog službenika i javnog tužioca, ocene priloženih dokaza i tvrdnji iz predloga javnog tužioca i ocene izjašnjenja lica

58 Čl. 207. t. 5 Zakona o policiji predviđa kao tešku povredu službene dužnosti „nepreduzimanje ili nedovoljno preduzimanje mera iz svoje nadležnosti za bezbednost lica, imovine i poverenih stvari”

59 Vid. Čl. 361. KZ RS kojim je regulisano krivično delo „nesavestan rad u službi“.

60 Čl. 24 ZSNP.

61 Čl. 24. st. 3 ZSNP.

62 Čl. 17 ZSNP

63 Čl. 21 st.1 ZSNP

64 Čl. 18 st 1 ZSNP

65 Odlučuje osnovni sud, i to sudija pojedinac, a nadležan je sud mesta prebivališta ili boravišta žrtve, čl.19 st. 1 ZSNP.

kome je hitna mera izrečena. Odluka se donosi u formi rešenja. U pogledu pravne prirode postupka za produženje hitne mere od značaja je odredba čl. 20 ZSNP kojom je predviđeno da se u ovom postupku shodno primenjuju pravila parnične procedure. Shodna primena pravila parnične procedure tipična je za vanparnične postupke. Međutim, izričite odredbe o vrsti procedure u ZSNP nem, a ni među drugim zakonima koji se primenjuju (čl.5) ne pominje se Zakon o vanparničnom postupku. Čini se, ipak, da ima argumenata za stav da je reč o vanparničnoj proceduri. Pre svega, postupak se pokreće predlogom kao inicijalnom radnjom, zatim, odluka je u formi rešenja, a od posebnog značaja je okolnost da se ona donosi bez održavanja ročišta, da postupak nije sporan i kontradiktoran i da je cilj isključivo provera da li se prema okolnostima slučaja mora produžiti hitna mera.

Od posebne važnosti u pogledu efikasnosti zaštite žrtve su odredbe ZSNP da žalba ne odlaže izvršenje rešenja o produženje hitne mere kao i da viši sud u postupku po žalbi ne može vratiti predmet osnovnom sudu na ponovno odlučivanje već isključivo odbiti žalbu i potvrditi rešenje ili usvojiti žalbu i preinačiti ga.⁶⁶ Sud može produžiti hitnu meru za još 30 dana.⁶⁷

5. Prekršajna odgovornost

U pravu Srbije prekršajna odgovornost izvršioca porodičnog nasilja izričito je normirana isključivo u slučaju nepoštovanja izrečenih hitnih mera.^{68/69} Za odgovor na pitanje da li izvršilac može i izvan navedenog slučaja prekršajno odgovarati od značaja je odredba čl. 3 ZOP koja prekršaj definiše kao “protivpravno delo koje je zakonom ili drugim propisom nadležnog organa određeno kao prekršaj i za koje je propisana prekršajna sankcija”.⁷⁰ Stoga bi odgovor na prethodno pitanje svakako bio negativan jer nasilje u porodici zakonom nije predviđeno kao prekršaj. Smisao ZOP RS nije, niti može biti sobzirom na raznovrsnost i brojnost protivpravnih dela, propisivanje svih mogućih prekršaja kao i sankcija za izvršioce.⁷¹ Kako bi izvršilac nasilja u porodici prekršajno odgovarao neohodno je, pre svega, da poseban propis

66 Čl. 20 st. 4 i 5 ZSNP

67 Čl. 21 st. 2 ZSNP

68 čl. 36 st. 1 ZSNP

69 Prekršajna odgovornost predviđena je i za odgovorno lice u državnom i drugom organu, organizaciji i ustanovi koje policiji ili javnom tužiocu neodložno ne prijavi ili ne reaguje na prijavu ili opstruira prijavljivanje ili reagovanje na svako saznanje o nasilju u porodici ili neposrednoj opasnosti od njega odgovara prekršajno, čl. 36 st. 2 ZSNP, ali i za organe javne vlasti npr., odredbom čl. 68 ZORR, ako bez odlaganja ne prijavi policijskoj upravi ili javnom tužilaštvu svako saznanje o rodno zasnovanom nasilju za koje saznaju u vršenju poslova iz svoje nadležnosti, odnosno u obavljanju svoje delatnosti (čl. 53 st. 2).

70 Pored zakona prekršaji se mogu propisati i uredbom i odlukom skupštine autonomne pokrajine, skupštine opštine, skupštine grada i skupštine grada Beograda, čl. 4 ZOP RS

71 Predmet ZOP RS prema čl. 1 je: određivanje pojma prekršaja, uslova za prekršajnu odgovornost, uslova za propisivanje i primenu prekršajnih sankcija, sistema sankcija, prekršajnog postupka, izdavanja prekršajnog naloga, postupka izvršenja odluke, registra sankcija i registra neplaćenih novčanih kazni i drugih novčanih iznosa.

(zakon koji reguliše zaštitu od nasilja u porodici) definiše jedan ili više konkretno određenih akata nasilja u porodici kao prekršaj(e). Takođe je neophodno da se, u okvirima opštih sankcija propisanih u ZOP, normiraju i prekršajnepravne sankcije za prekršaje nasilja u porodici. Ovakav pristup bi se, međutim, suštinski konfrontiralo usvojenom porodičnompravnom modelu zaštite od nasilja u porodici. Naime, oba ne bi mogla funkcionisati paralelno.

Prema trenutnom stanju propisa u Srbiji izvršilac nasilja u porodici bi, ipak, mogao prekršajnepravno da odgovara, npr., prema odredbama Zakona o javnom redu i miru. Uslov je da je prekršaj učinjen na javnom mestu koje definiše čl.3 ZOJRM kao “prostor dostupan neodređenom broju lica čiji identitet nije unapred određen, pod istim uslovima ili bez posebnih uslova”. Prekršaji protiv javnog reda i mira su “protivpravna dela kojima se na javnom mestu ugrožava ili narušava javni red i mir, stvara uznemirenje ili ugrožava sigurnost građana, ometa kretanje građana na javnim mestima ili ostvarivanje njihovih prava i sloboda, vređa moral, ugrožava opšta sigurnost imovine, vređaju ili ometaju službena lica ili se na drugi način narušava javni red i mir”. U okviru liste prekršaja prema ZOJRM⁷² od značaja u odnosu na porodično nasilje su svakako: svađa, vika i buka na javnom mestu, nepristojno, drsko i bezobzirno ponašanje kao i vređanje, vršenje nasilja i pretnja ili tuča. Za svaki od ovih prekršaja predviđene su novčane kazne, a za vređanje, vršenje nasilja, pretnju ili tuču i kazna zatvora kao alternativna. Takođe, izvršilac nasilja u porodici mogao bi odgovarati i za vređanje službenih lica u vršenju službene dužnosti.⁷³ Navedeni primer⁷⁴ prekršajne odgovornosti prema odredbama ZOJR, odnosno predviđene prekršajne sankcije, ukazuje na to da se i kada je isti protivpravni akt u pitanju izrečene mere, odnosno sankcije razlikuju. Ukoliko je to učinjeno na javnom mestu preti i novčana kazna i kazna zatvora, ukoliko je učinjeno u porodičnom domu, koji prema ZOJRM svakako nije javno mesto, prete hitne mere i porodičnompravne mere. Razlike su očigledne i kvalitativne.

Prekršajnepravni model, čini se, pruža manje komplikovanu i stoga za praksu prihvatljiviju, ali i kvalitativno dugачiju zaštitu, posebno kada su u pitanju načini sankcionisanja izvršioca akata nasilja. Uz to, jasnija su procesna pravila, odnosno pravila postupanja i izricanja mera zaštite. Nadležnos suda, pak, daje viši stepen garantija zaštiti žrtve ali i sprečavanja mogućih zloupotreba u procesu ograničenja (lišenja) izvršioca određenih sloboda i prava.

6. Kontrola poštovanja i izvršenje mera zaštite

Presuda kojima je u posebnom parničnom postupku izrečena porodičnompravna mera zaštite od nasilja u porodici, rešenje o produženju hitne mere i presuda o

72 Čl. 7-22 ZOJRM

73 Čl. 2 ZOJRM definiše pojam „nadležni organ za održavanje javnog reda i mira“.

74 Moguće je, naravno, pretpostaviti, mada nismo vršili analizu u tom smislu, da je i nekim drugim propisima predviđeno kao prekršaj delo, odnosno akt koji, ukoliko se čini prema članu porodice, svakako predstavlja i akt porodičnog nasilja.

produženju porodičnopravne mere zaštite su izvršne isprave pod specifičnim uslovima. Naime, kako je reč o kondemnatornim odlukama kojima se tuženi najčešće obavezuje na nečinjenje, odnosno uzdržavanje, a ređe i na činjenje (npr., iseljenje iz porodičnog stana ili kuće) da bi postale izvršne prema odredbama ZIO opšti uslov je pravnosnažnost.⁷⁵ Međutim, odredbama PZ RS i ZSNP,⁷⁶ kako je već rečeno, predviđeno je da žalba ne zadržava izvršenje navedenih odluka pa se prinudnom izvršenju može pristupiti pre nastupanja pravnosnažnosti što je s obzirom na cilj i karakter mera i jedino prihvatljivo rešenje. Mada izričito nije normirano da se prethodno pravilo odnosi i na odluku kojom se porodičnopravna mera izriče u adhezionom postupku, njegova primena je posledica jednakog postupanja i neophodnosti efikasne zaštite žrtve porodičnog nasilja. U pogledu drugog opšteg uslova iz ZIO, protoka paricionog roka, važe, takođe, specifična pravila. Naime, kako je u kondemnatornim odlukama neophodno odrediti rok za dobrovoljno izvršenje činidbe, npr., iseljenje iz porodičnog stana ili kuće, u praksi se pribegava određivanju izuzetno kratkih rokova⁷⁷ koji načelno teku od prijema sudske odluke od strane izvršnog dužnika. Ako odluka glasi na propuštanje, odnosno uzdržavanje u teoriji se smatra da nema opravdanja da se određivanjem paricionog roka dodatno omogući tuženom da se ponaša na način koji je i doveo do usvajanja tužbenog zahteva kojim mu se upravo takvo ponašanje zabranjuje, pa stoga ne treba određivati ovaj rok u odluci.⁷⁸ Izuzetak bi se mogao prihvatiti u slučaju kada je tuženom neophodno određeno vreme da uskladi svoje ponašanje sa obavezom koja se sastoji u propuštanju,⁷⁹ kakav je slučaj sa obavezom da se omogući useljenje žrtve u porodični stan ili kuću, npr.

O načinu izvršenja odluka kojima su izrečene ili produžene porodičnopravne mere i odluka kojima je produžena hitna mera nema specifičnih pravila u pravu Srbije⁸⁰ pa se moraju primeniti odredbe ZIO. Reč je o odredbama Glave pete ZIO – Izvršenje odluka u vezi sa porodičnim odnosima čiju shodnu primenu u izvršnom postupku radi zaštite od nasilja u porodici predviđa čl.380. Kako je odredbama Glave pete, međutim, podrobno regulisana “Predaja deteta”⁸¹ shodna primena uslovljena je, odnosno zavisi od vrste obaveze izvršnog dužnika – izvršioca nasilja. Od sredstava izvršenja koje ZIO predviđa u slučaju predaje deteta u obzir dolaze novčana kazna i kazna zatvora.⁸² Novčne kazne izriču se po odredbama o izricanju novčane kazne radi preduzimanja radnje koju može preduzeti samo izvršni dužnik.⁸³ Kazna se izriče

75 Čl. 43 st. 1 i 2 ZIO.

76 Čl. 288 PZ RS; čl. 20 st. 5 ZSNP.

77 Npr., 24 časa od dana prijema presude, Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž 2621/2016 od 16.1.2017, Bilten sudske prakse Apelacionog suda u Kragujevcu, br. 1/2019.

78 Keča, R., Knežević, M. S., *Paricioni rok u srpskom parničnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2015, 57.

79 Više, Dika, M., *Građansko ovršno pravo, I knjiga, Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007, 238, 239.

80 U Federaciji BiH, Republici Srpskoj i Hrvatskoj na osnovu zakona o sprečavanju nasilja u porodici doneseni su pravilnici kojima se utvrđuje način sprovođenja mera zaštite.

81 Čl. 368-378 ZIO.

82 Čl. 373 st. 1 ZIO.

83 Čl. 363 ZIO.

(i prinudno izvršava) sve dok izvršni dužnik ne preduzme radnju. Po sebi, ovakav način izvršenja ne garantuje brzinu i efikasnost koja je neophodna kada je reč o zaštiti od nasilja u porodici. Odredba čl.373 st. 3, kojom se sudu daje ovlašćenje da menja sredstva izvršenja dok se izvršenje ne okonča utiče u određenoj meri na efikasnost jer se umesto novčanog kažnjavanja može pribeći izricanju kazne zatvora. Međutim, i zamena sredstva izvršenja podrazumeva donošenje odluke suda o tome što dodatno odugovlači postupak. Isti zaključak sledi i u odnosu na mogućnost pobijanja rešenja o kazni zatvora prigovorom koji odlaže izvršenje.⁸⁴ Već i stoga se čini da ima razloga da se izvršenje ovih odluka posebno normira ili predvidi shodna primena i nekih drugih odredaba ZIO. Npr., nesumnjivo je da je shodna primena odredaba o iseljenju u slučaju ispražnjenja i predaje nepokretnosti,⁸⁵ uz asistenciju policije, efikasnija. Slično bi se moglo zaključiti i za meru kojom se izdaje nalog izvršiocu nasilja da omogući useljenje žrtve u porodični stan ili kuću što često može podrazumevati njegovo prethodno iseljenje sa stvarima i zatim i predaju ključeva.^{86/87} I pri izvršenju rešenja o privremenim merama primenjivaće se odredbe ZIO⁸⁸ jer rešenje o izricanju privremene mere ima dejstvo rešenja o izvršenju, a izvršava se pre pravnosnažnosti.

Postupanje po hitnoj mere koju je izrekao nadležni policijski službenik kontroliše policija. U naređenju kojim se hitna mera izriče, naime, određuje se način kontrole sprovođenja, odnosno koliko puta će se sprovesti kontrola za vreme trajanja mere. Kršenje mere svakako podrazumeva mogućnost primene policijskih ovlašćenja - upozorenje, naređenje kao i dovođenje i zadržavanje ukoliko je akt nasilja ponovljen u tom periodu.⁸⁹ Ukoliko su donete odluke u prekršajnom postupku na izvršenje će se primenjivati odredbe ZOP.⁹⁰

7. Zaključna razmatranja

Analiza porodičnog pravnog modela zaštite od nasilja u porodici prihvaćenog u Republici Srbiji ukazuje na izvesne nedoslednosti, nedorečenosti pa i kontradiktornosti usvojenih zakonskih rešenja. Lista predviđenih porodičnog pravnih mera nepotpuna je i ne obezbeđuje adekvatne preventivne mehanizme. Neopravdano su izostavljene mera obaveznog lečenja od bolesti zavisnosti i obaveznog psihijatrijskog lečenja. Porodičnog pravne mere mogu se izreći u posebnom parničnom postupku kao i u adhezionom postupku uz neki od zakonom predviđenih postupaka u sporovima iz porodičnog pravnih odnosa. Odlučivanje po službenoj dužnosti u adhezionom postupku na prvi pogled je efikasan procesni mehanizam, ali izvesna pravila posebnog parničnog postupka povoljnija su za žrtvu.

84 Čl. 374 st. 3 ZIO

85 Čl. 354 ZIO govori o iseljenju lica iz nepokretnosti, a za asistiranje policije vid. čl. 143 i 144 ZIO.

86 Videti, npr., presudu Apelacionog suda u Beogradu Gž2 705/10 od 6.10.2010.god.

87 Više o tome Stanković, G., Palačković, D., Trešnjev, A., *op. cit.*, 1238-1240.

88 Čl. 422 ZIO

89 Videti čl. 64 -77, 82 - 88 Zakona o policiji.

90 Čl. 307-323 ZOP reguliše izvršenje odluka prekršajnih sudova.

U praksi sudova u Republici Srbiji česte su tužbe kojima se, najčešće uz zahtev za razvod braka, predlaže “izricanje privremene mere zaštite od nasilja u porodici”. Pri tome je nejasno da li se predlog odnosi na relativno trajne porodičnopravne mere (suštinski ipak privremene) ili privremene mere obezbeđenja. Analiza u radu ukazuje na moguća rešenja primenom ZPP, ali primarni cilj izricanja mera zaštite, a to je zaštita žrtve, ukazuje da se i ovakve tužbe moraju prihvatati i po njima postupati. Ukoliko izričito nije podnesen i zahtev za izricanje porodičnopravne mere uz glavni, kada bi se primenjivala pravila o kumuliranim zahtevima, navedenu formulaciju bi trebali tumačiti kao predlog za izricanje privremene mere obezbeđenja (prema pravilima ZIP), a u daljem postupka o glavnom zahtevu sud bi *ex officio* odlučivao o relativno trajnoj porodičnopravnoj meri. Privremene mere Porodičnim zakonom nisu regulisane što je značajan nedostatak regulative sobzirom na specifičnosti porodičnopravnih odnosa i sporova.

Analiza hitnih mera iz ZSNP ukazuje na izvesne nedostatke, posebno u načinu na koji je regulisana procene rizika, pa je neophodno nedvosmisleno predvideti saradnju nadležnih organa, posebno policije i centara za socijalni rad, preko tzv. konferencije slučaja.

Pored porodičnopravnih mera moguća je, u ograničenom vidu, i prekršajnopravna odgovornost izvršioca porodičnog nasilja.

Izvršenje odluka kojima su izrečene porodičnopravne mere zaštite koje se sprovodi shodnom primenom pravila o izvršenju odluka iz porodičnopravnih odnosa pokazuje određene nedostatke. Tako, način izricanja novčanih kazni, odnosno primena pravila za izvršenje radnje koju može izvršiti samo izvršni dužnik, kao i pravila kojima se normira kazna zatvora ne daju dovoljne garancije efikasnosti izvršenja porodičnopravnih mera kao i privremenih mera. Stoga bi uvođenje posebnih pravila prinudnog izvršenja ili dopuna postojećih preko shodne primene pravila nekih drugih sredstava izvršenja, npr., iseljenja kao radnje izvršenja u slučaju ispražnjenja nepokretnosti pri čemu je moguća i asistencija policije, bila neophodna. Kontrola poštovanja hitnih mera u nadležnosti je policije, ali okolnost da se ona svodi na ograničen broj provera čini se nedovoljnom garancijom sprečavanja ponavljanja akata nasilja.

LEGAL FRAMEWORK FOR PRONOUNCING AND IMPLEMENTING PROTECTION MEASURES AGAINST DOMESTIC VIOLENCE IN THE REPUBLIC OF SERBIA - LIMITATIONS AND CHALLENGES

Summary: Prevention of domestic violence and protection of victims in the legal system of the Republic of Serbia implies the possibility, but also the obligation, of initiating, conducting and concluding various procedures regulated by law (litigation, criminal, misdemeanor). The paper will analyze some of the specifics of the litigation process in the dispute for protection against domestic violence, which is regulated by the Family Law, and the actions of the police upon a report of domestic violence, which are regulated by the Law on the Prevention of Domestic Violence, and especially the protective measures that can thereby be imposed. When it comes to emergency measures imposed by a police officer, the key issues are the capability of these people to assess risks, the cooperation of competent authorities in this process, as well as the way of controlling the implementation of the measures. In the context of court decisions that impose family law measures or extend emergency measures, the problem of efficiency of execution using the means of execution provided for by the current Law on Enforcement and Security Interest stands out as particularly significant. Both types of measures are listed enumeratively, so, especially in the case when they are imposed by the court, it can be questioned whether some of the measures were unjustifiably omitted from the enumeration, and they could contribute to the prevention of violence. Also, as protective measures essentially limit certain human rights and freedoms of perpetrators of violence, the highest degree of guarantee of prevention of misuse in this process is provided, of course, by the actions of the courts, but also by clear, unambiguous and complete procedural law rules.

Keywords: domestic violence, legal protection against domestic violence, protection measures against domestic violence, implementation of protection measures against domestic violence

Dr. sc. Mirjana Kevo,
sutkinja Općinskog suda u Mostaru

SPECIFIČNOSTI POSTUPKA U SPOROVIMA O RAZVODU BRAKA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM I UPOREDNOM PORODIČNOM PRAVU

Sažetak: Autorice u radu analiziraju zakonodavna rješenja i iznose stavove o specifičnim načelima koja se u sporovima o razvodu braka u bosanskohercegovačkom porodičnom pravu i pravu pojedinih postjugoslavenskih zemalja prihvaćaju i primjenjuju. Bračni sporovi, među koje spadaju i sporovi o razvodu braka, uređeni na način da su najprije izdvojena pravila koja su zajednička za sve porodične sudske postupke (parnične, vanparnične i posebne postupke izvršenja i osiguranja), da bi potom za njih bila predviđena određena posebna pravila. Ta posebna pravila uvjetovana su prvenstveno samim specifičnostima odnosa u braku, a osobito potrebom zaštite djece i njihovog najboljeg interesa. Nakon analize ponuđenih zakonskih rješenja ukazat će se na nedostatke zakonodavne regulative i predložiti određeni prijedlozi de lege ferenda, u cilju izmjena i dopuna Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine uvođenjem Plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, propisivanjem obveze da izreka odluke suda o ostvarivanju osobnih odnosa djeteta s (drugim) roditeljem mora sadržavati detaljne podatke o načinu, vremenu i mjestu preuzimanja, odnosno povratka djeteta, a po potrebi i troškovima ostvarivanja osobnih odnosa roditelja s djetetom, te propisivanjem kraćih rokova u dijelu pravnih lijekova, kako bi se u potpunosti ostvarilo poštivanje načela hitnosti, i udovoljilo zahtjevima prava na suđenje u razumnom roku i pristupa sudu zajamčenim čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Ključne riječi: bračni sporovi, razvod braka, suđenje u razumnom roku, pravni lijekovi, hitnost postupanja.

1. Uvodne napomene

Po svom državno-pravnom uređenju Bosna i Hercegovina se sastoji od dva entiteta, Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, a odlukom Međunarodnog arbitražnog suda, uspostavljen je 8. ožujka 2000. godine Brčko distrikt Bosne i Hercegovine.¹ Oba entiteta, kao i Brčko distrikt Bosne i Hercegovine, imaju svoje porodične zakone. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine² jest

¹ Podrobnije o tome: MILJKO, Z., *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2006., p. 215.

² "Službene novine F BiH", broj 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US (dalje: PZ

propis kojim se na prostoru Federacije Bosne i Hercegovine (dalje: F BiH) cjelovito određuju pitanja porodice, braka i pravnih odnosa u braku, odnosi roditelja i djece, usvojenje, starateljstvo, pravni učinci izvanbračne zajednice žene i muškarca, prava i dužnosti članova porodice, te postupci nadležnih organa u vezi sa bračnim i porodičnim odnosima i starateljstvom. Na području Republike Srpske u primjeni je Porodični zakon Republike Srpske donesen 2002. godine,³ dok je na području

FBiH).

Na temelju poglavlja IV., odjeljka B, članka 7. a) (IV) Ustava F BiH, Predsjednik F BiH donio je 6. lipnja 2005. godine Ukaz kojim se proglašava Porodični zakon F BiH koji je usvojio Parlament F BiH na sjednici Predstavničkog doma od 9. veljače 2005. godine i na sjednici Doma naroda od 3. ožujka 2005. godine. Ustavopravni temelj za njegovo donošenje sadržan je u odredbama članka IV. A. 20. (1) d) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine. Naime, prema odredbama članka IV. A. 20. (1) d) Ustava Federacije BiH, Parlament Federacije BiH nadležan je za donošenje zakona o vršenju funkcije federalne vlasti, iz čega proizilazi da navedena odredba predstavlja ustavnopravni temelj za njegovo donošenje. Porodični zakon je objavljen u Službenim novinama F BiH, broj 35/2005 od 20. lipnja 2005. godine, stupio je na snagu 29. lipnja 2005. godine, a počeo se primjenjivati istekom roka od šest mjeseci od dana stupanja na snagu.

Njegovim stupanjem na snagu prestala je primjena Porodičnog zakona ("Službeni list SR BiH", br. 21/79 i 44/89, kao i "Službeni list R BiH", br. 6/94 i 13/94). Međutim odredbe čl. 60., čl. 68., do 79., čl. 134 do 140. i čl. 259. Porodičnog zakona ("Službeni list SR BiH", br. 21/79 i 44/89) prestale su se primjenjivati stupanjem na snagu Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj 42/98) koji je objavljen u Službenim novinama F BiH, broj 42/98., od 3. studenoga 1998., a stupio je na snagu 11. studenoga 1998 (dalje: ZPP F BiH iz 1998), koji je kao jednu od novina u pravni sustav Federacije uveo da je postupak u bračnim sporovima (postupak radi utvrđivanja postojanja ili nepostojanja braka, poništenja braka, razvoda braka i postupak utvrđivanja i osporavanja očinstva) izmješten iz Porodičnog zakona i uključen ZPP F BiH iz 1998, kao jedan od posebnih parničnih postupaka. Postupak u obiteljskim odnosima bio je uređen odredbama članaka od 404. do 424. ZPP F BiH iz 1998, koje su uglavnom ostale neizmijenjene u odnosu na prijašnji postupak, osim što je odredbom članka 424. ZPP F BiH iz 1998 izričito bilo propisano da će sud po službenoj dužnosti odlučiti o uzdržavanju djece kad odlučuje o povjeravanju djece na zaštitu i odgoj jednom od roditelja ili nekoj drugoj fizičkoj ili pravnoj osobi.

Prije donošenja ZPP F BiH iz 1998 u bivšoj Jugoslaviji obiteljsko pravo, pa tako i procedura, bilo je uređeno republičkim i pokrajinskim zakonima. Ustavni amandmani XX do XLI na Ustav SFRJ („Služben list SFRJ“, broj 29/71) unijeli su bitne promjene u domenu zakonodavne regulacije obiteljskopravnih odnosa. Obitelj i obiteljski odnosi (brak, odnosi roditelja i djece, skrbništvo, posvojenje, uzdržavanje) više nisu bili u saveznoj, već republičkoj i pokrajinskoj zakonodavnoj kompetenciji. Kriteriji za određivanje zakonodavne nadležnosti u oblasti procesnog prava bili su determinirani granicama republičke, odnosno pokrajinske nadležnosti u oblasti materijalnog prava. Tako je na temelju odredaba čl. 281. st. 1. t. 12. Ustava bivše SFR Jugoslavije, uređenje odnosa na području bračnih i obiteljskih odnosa bilo je u isključivoj zakonodavnoj nadležnosti republika i pokrajina koje su svojim posebnim zakonima uređivale i postupak ostvarivanja i zaštite prava na tom području. Godine 1979. donesen je Porodični zakon Bosne i Hercegovine kojim su bila utvrđena određena pravila postupka u bračnim i paternitetskim sporovima, uz supsidijarnu primjenu Zakona o parničnom postupku Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije („Službeni list SFRJ“, 4/77) koji je Skupština SFRJ usvojila na sjednici Saveznog vijeća od 24. prosinca 1976. godine, a objavljen je u „*Službenom listu SFRJ*“ br. 4. od 14. 1. 1977. godine. Zakon je bio noveliran nekoliko puta. Ispravak Zakona o parničnom postupku objavljen je u *Službenom listu SFRJ*, br. 36 od 15. 7. 1977., Zakonom o dopuni Zakona o parničnom postupku od 25. 6. 1980. koji je objavljen u *Službenom listu SFRJ*, br. 36/80 od 27. 6. 1980., Zakon je dopunjen novim članom 178 a. Zatim je zakon još nekoliko puta izmjenjen i dopunjen: SL SFRJ 69/82, SL SFRJ 58/84, SL SFRJ 74/87, SL SFRJ 57/89 i SL SFRJ 27/90 i SL SFRJ 35/91.

3 "Službeni glasnik RS" broj 54/2002, 41/2008, 63/2014 i 56/2019-odluka US, (dalje: PZ RS)

Brčko Distrikta u primjeni Porodični zakon Brčko Distrikta iz 2007. godine.⁴ Trenutno je u Republici Srpskoj usvojen Nacrt novog Porodičnog zakona kojim su unaprijeđeni postojeći i uvedeni novi modeli zaštite djeteta, posebno u pogledu prava na slobodu izražavanja mišljenja i zaštite interesa djeteta, kao i porodice. U skladu s tim, unaprijeđen je model određivanja izdržavanja djeteta na način da se propisuje minimalni i maksimalni iznos izdržavanja, koji ne može biti manji od 15 posto od prosječne plate u Republici Srpskoj za svako izdržavano lice, niti veći od 50 posto od ukupnih mjesečnih prihoda davatelja izdržavanja za sva lica koja traže izdržavanje. Nacrtom se, uređenje vršenja roditeljskog prava i održavanje osobnih odnosa daje u nadležnost sudu, čime se osigurava veća i sigurnija zaštita roditeljskog prava i djece, za razliku od sadašnjeg uređenja, koje je povjereno centrima za socijalni rad, što je u praksi predstavljalo problem u pogledu provođenja odluka i nepostojanju mehanizma za njihovo izvršenje. Nadalje, Nacrtom zakona, uvodi se i novi institut – zajedničko vršenje roditeljskog prava i nakon razvoda braka, koji roditeljima koji ne vode zajednički život daje mogućnost zajedničkog vršenja roditeljskog prava, ako zaključe sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava i ako sud procijeni da je to u najboljem interesu djeteta. Nadalje, uvođenjem instituta – pravo na porodični dom, definirano je da su to nepokretnosti u kojima žive roditelji i njihova maloljetna ili usvojena djeca, a da bračni supružnik, za vrijeme trajanja braka, ne može otuđiti ili opteretiti porodični dom koji predstavlja zajedničku imovinu, bez suglasnosti drugog bračnog supružnika koja se daje u formi notarski obrađene isprave. U slučaju razvoda braka u porodičnom domu ostaje roditelj kojem je povjereno vršenje roditeljskog prava odnosno sa kojim dijete živi. Pored navedenih, izvršene su i druge izmjene koje su najvećim dijelom inspirirane unapređenjem porodičnopravnih odnosa.

Zakonodavac brak definira kao zakonom uređenu zajednica života žene i muškarca,⁵ iz čega proizlazi da je za sklapanje braka potrebno da osobe koje ga žele sklopiti budu suprotnih spolova i da brak sklapaju samo jedna žena i jedan muškarac.

Postupak radi razvoda braka predstavlja jedan od tri postupka u bračnim sporovima.⁶ Bračni sporovi svrstavaju se u posebne postupke u obiteljskim

4 "Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH" broj 23/2007, (dalje: PZ BD)

5 Vidi čl. 6. PZ F BiH

6 Među postupke u bračnim sporovima, PZ F BiH razlikuje postupak radi utvrđivanja postoji li brak ili ne postoji, radi poništenja te razvoda braka (čl. 272. st. 1. PZ F BiH). Zakonodavac je propisao dvije osnovne skupine uvjeta, odnosno pretpostavki koje trebaju biti ispunjene kako bi brak bio valjan. Prvu skupinu čine one koje se odnose na samo postojanje braka (da su budući bračni partneri različitog spola, da su budući bračni partneri izjavili pristanak za sklapanje braka, da je pristanak izjavljen pred matičarom (čl. 8. st. 1. PZ F BiH)), a drugu one koje utječu na njegovu valjanost. Uvjeti za valjanost braka propisani su odredbama u čl. 10. do 16. PZ F BiH prema kojima: brak ne može sklopiti osoba koja je već u braku, osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost ili koja je nesposobna za rasuđivanje. Izuzetno, sud može u vanparničnom postupku dozvoliti sklapanje braka osobi koja je nesposobna za rasuđivanje ako utvrdi da je ona sposobna shvatiti značenje braka i obaveza koje iz njega proizlaze, te da je brak očito u njenom interesu. Nadalje, brak se ne može sklopiti između krvnih srodnika u ravnoj i pobočnoj liniji do četvrtog stepena uključivo, brak ne mogu sklopiti usvojitelj i njegov usvojenik u slučaju nepotpunog usvojenja, brak se ne može sklopiti između: svekra i snahe, zeta i tašte, očuha i pastorka i maćehe i pastorka, bez obzira na to da li je prestao brak čijim je sklapanjem nastalo ovo srodstvo (izuzetno, sud može u vanparničnom postupku dozvoliti sklapanje braka ovim srođnicima ako utvrdi da postoje opravdani razlozi, brak ne može sklopiti osoba koja nije navršila 18 godina

sporovima. Oni su u porodičnom bosanskohercegovačkom zakonodavstvu uređeni na način da su najprije izdvojena pravila koja su zajednička za sve porodične sudske postupke (parnične, vanparnične i posebne postupke izvršenja i osiguranja),⁷ da bi potom za njih bila predviđena određena posebna pravila.⁸ Supsidijarno se u ovim porodičnopravnim postupcima primjenjuju odredbe zakona o parničnom postupku.⁹ Ta posebna pravila uvjetovana su prvenstveno samim specifičnostima odnosa u braku, a osobito potrebom zaštite porodice, djece i njihovog najboljeg interesa, a ogledaju se u samom načinu pokretanju postupka, većim ovlaštenjima suda tijekom postupka u odnosu na redovan parnični postupak, načelo hitnosti posebno je naglašeno, načelo javnosti normirano je na drugačiji način, a promijenjena su i pravila odlučivanja o troškovima postupka. U radu su na sveobuhvatana i detaljan način temeljem sustavne analize prikazane specifičnosti postupka u sporovima o razvodu braka kroz svaki stadij postupka uz pojašnjenje koja pravila i zašto na poseban način uređuju sporove o razvodu braka.

2. Pravila postupka za razvod braka

2. 1. Nadležnost i sastav suda

Za rješavanje po tužbi ili zahtjevu za sporazumni razvod braka stvarno je nadležan općinski sud.¹⁰ Mjesno nadležan sud pored suda opće mjesne nadležnosti je i sud na području kojeg su bračni drugovi imali posljednje zajedničko prebivalište.

života (izuzetno, sud može u vanparničnom postupku dozvoliti sklapanje braka osobi koja je navršila 16 godina života ako utvrdi da postoje opravdani razlozi da je ta osoba tjelesno i duševno sposobna za vršenje prava i dužnosti koje proizlaze iz braka i da je brak u njenom interesu), brak nije valjan ako je na njegovo sklapanje bračni partner pristao u strahu izazvanom ozbiljnom prijetnjom ili u zabludi o osobnosti drugog bračnog partnera ili o njegovoj bitnoj osobini. Ovisno o tome jesu li ispunjene ili ne navedene pretpostavke razlikuju se i prva dva bračna spora. Prvi je spor radi utvrđivanja postojanja ili nepostojanja braka koji se može pokrenuti ukoliko nisu bile ispunjeni potrebni uvjeti za postojanje braka. Ako nisu bile ispunjene sve potrebne pretpostavke za valjanost braka može se pokrenuti druga vrsta bračnog spora radi poništenja braka. Tako i detaljnije o tome kod PINTARIĆ, A., „Bračni sporovi i osvrt na njihove posebnosti u odnosu na redovni parnični postupak“, *Pravnik*, 48, 1 (98), 2015. (dalje: PINTARIĆ), p. 165.

7 Vidi čl. 268. – 271. PZ F BiH. Istovjetne su odredbe čl. 245. st. 1. PZ BD.

8 Vidi čl. 308. – 311. PZ F BiH. Istovjetne su odredbe čl. 279. – 281. PZ BD.

9 Posebni postupak u parnicama iz obiteljskih odnosa oskudno je pravno uređen jer sadržava samo odredbe po kojima se postupanje razlikuje od redovnog (općeg) parničnog postupka, pa je zbog toga, ako ne postoje posebne odredbe, nužna primjena ostalih odredaba FZPP-a. U mjeri u kojoj postoje posebna pravila, derogira se primjena općih pravila parničnog postupka. Vidi: ČIZMIĆ, J., „Postupak u parnicama iz obiteljskih odnosa u pravu Federacije Bosne i Hercegovine“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56 (2-3), p. 735-770, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/5126>

Posebna pravila trebaju odstupati od općih kad su opća, prilagođena za primjenu kvalitativno drugačijeg materijalnog prava, kočnica za manifestaciju načela na kojima je izgrađeno obiteljsko pravo. Ta posebna pravila dijelom modificiraju opća pravila, a dijelom stvaraju nove, općem procesnom pravu nepoznate institute. Vidi: TRIVA, S., BELAJEC, V, DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., (dalje: TRIVA – BELAJEC – DIKA), p. 628.

10 Vidi čl. 27. st. 2. toč. a i st. 5. toč. 2. Zakona o sudovima u Federaciji Bosni i Hercegovini ”Službene novine Federacije BiH”, br. 38/2005, 22/2006, 63/2010, 72/2010 - ispravka, 7/2013, 52/2014 i 85/2021

Ako je u bračnim sporovima sud u Federaciji nadležan zato što su bračni drugovi imali posljednje zajedničko prebivalište u Federaciji, odnosno zato što tužitelj ima prebivalište u Federaciji, mjesno je nadležan sud na području kojeg su bračni drugovi imali posljednje zajedničko prebivalište, odnosno sud na području kojeg tužitelj ima prebivalište.¹¹

Zakonodavac je odredio da u postupku radi razvoda braka u prvom stupnju sudi sudac pojednac specijaliziran za ovu vrstu predmeta, dok u drugom stupnju sudi vijeće od trojice sudaca od kojih je jedan specijaliziran za ovu vrstu predmeta. Budući da sama odredba ne sadrži pobliže određenje što se smatra specijalizacijom, kao ni način i vrijeme njezinog trajanja, niti je ona određena bilo kojim drugim zakonom ili propisom u teoriji i praksi se postavlja pitanje što ustvari ona podrazumijeva za ovu vrstu sporova. U praksi ne postoji utvrđen program specijalizacije sudaca koji se specijalizuju za postupanje u porodičnim stvarima, nego se ona stječe kroz sudjelovanja na seminarima na teme iz oblasti porodičnog prava, te kroz sama suđenja, na koji način se postupajući suci, kroz praktičan rad, specijaliziraju i educiraju,¹² radi čega smatramo da bi bilo prikaldnije da u zakonu stoji suci koji su godišnjim rasporedom poslova određeni za odlučivanje u porodičnim i drugim stvarima. Stoga, držimo da u PZ F BiH *de lege ferenda* trebalo bi u čl. 275. u stava 1. unijeti izmjenu koja glasi: „U posebnim parničnim postupcima i postupcima izvršenja normiranim ovim zakonom u prvom stupnju postupa sudac koji je godišnjim rasporedom poslova određen za odlučivanje u porodičnim i drugim stvarima”, te u čl. 275. u stavu 2. izmjenu koja glasi: „U drgostupanjskom postupku sudi vijeće od trojice sudaca koji su godišnjim rasporedom poslova određeni za odlučivanje u porodičnim i drugim stvarima”.

2. 2. Pokretanje postupka

U bosanskohercegovačkom porodičnom pravu pri uređenju razvoda braka pošlo se od shvatanja da bračnim partnerima u slučaju nastale poremećenosti bračnih odnosa, ukoliko je ona teška i trajna, treba dati mogućnost da traže razvod braka bez obzira na to šta ju je izazvalo, odnosno bez obzira na to da li je ona posljedica njihovog skrivljenog ili neskrivljenog ponašanja. Postupak u bračnim sporovima pokreće tužbom.¹³ Parnicu radi razvoda braka može pokrenuti samo jedan bračni

11 Vidi čl. 288. st. 1. i 2. PZ F BiH.

12 Tako i BRKOVIĆ, DŽ., ROJEVIĆ, D., „Opća i posebna pravila parničnog postupka u porodičnim stvarima, sa posebnim osvrtom na pravila u pogledu redovnih pravnih lijekova“, *Anali pravnog fakulteta u Zenici*, br. 26, god. 13, (dalje:BRKOVIĆ-ROJEVIĆ), p. 88., preuzeto s: <https://www.prf.unze.ba › Docs › Anali › 4.pdf>

13 Zakonom o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona F BiH iz 2014. godine brisan je čl. 43. prema kojoj muž nije imao pravo da podnese tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene, ili dok njihovo dijete ne navrší tri godine života nakon što je Ustavni sud u predmetu broj AP 369/10 od 24. svibnja 2013 utvrdio da je došlo do kršenja zabrane diskriminacije iz čl. II/4. Ustava BiH i čl. 14. EKLJP u vezi sa pravom na pristup sudu iz čl. II/3.e) Ustava BiH i čl. 6. st. 1. EKLJP navodeći da je apelantu bilo onemogućeno da pred nadležnim sudom pokrene postupak tužbom radi razvoda braka. U konkretnom predmetu apelantova tužba za razvod braka je, u suštini, konačno bila odbačena kao nedozvoljena u smislu odredbe člana 43. Porodičnog zakona FBiH. Prema navedenoj odredbi, muž nije imao pravo da podnese tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene, ili dok njihovo dijete ne navrší tri godine

drug protiv drugog bračnog druga, odnosno oboje zahtjevom za sporazumni razvod braka.¹⁴ U formalnopravnom smislu zajednički prijedlog za razvod braka jest zahtjev za donošenje presude za razvod braka. Iako nema tužbenog zahtjeva, sud će o prijedlogu odnosno zahtjevu odlučiti presudom. Ako jedan od bračnih drugova odustane od zahtjeva za sporazumni razvod braka, a drugi ostane pri zahtjevu da se brak razvede, zajednički zahtjev smatrat će se tužbom za razvod braka (čl. 287. st. 4. PZ F BiH). Posljedica odustajanja jednog od bračnih drugova od zahtjeva jest promjena procesnog karaktera podneska tako da se ubuduće smatra tužbom za razvod braka protiv bračnog druga koji je odustao od prijedloga, kao i promjena procesnih uloga stranaka na način da predlagatelj koji je ostao pri zahtjevu dobiva procesnu ulogu tužitelja, a predlagatelj koji je odustao od prijedloga procesnu ulogu tuženika. Ako jedan bračni partner podnese tužbu za razvod braka, a drugi najkasnije do zaključenja glavne rasprave izričito izjavi da ne osporava osnovanost tužbenog zahtjeva, smatrat će se da su bračni partneri podnijeli zahtjev za sporazumni razvod braka (čl. 287. st. 4. PZ F BiH). Pored sporazuma o svim pitanjima koja se tiču djeteta, koji moraju biti u njegovom interesu, te sporazuma o izdržavanju bračnog partnera (postignutih u postupku posredovanja), uvjet za sporazumni razvod braka jeste i trajanje braka života. U predmetnom postupku je utvrđeno da je apelant muž tužene, te da u vrijeme podnošenja tužbe maloljetno dijete apelanta i tužene nije bilo navršilo tri godine zbog čega apelant, u smislu spomenute odredbe, nije imao pravo na podnošenje tužbe za razvod braka. Ustavni sud je utvrdio kao nesporno da odredba člana 43. Porodičnog zakona FBiH, na osnovu koje je apelantova tužba odbačena, sama po sebi dovodi do različitog tretmana supružnika, odnosno muškarca i žene u odnosu na njihovo pravo na pristup sudu u smislu dozvole da se podnese tužba za razvod braka. Dakle, navedenom odredbom apelantu je kao mužu, odnosno muškarcu, bilo uskraćeno pravo na pristup sudu u odnosu na tuženu kao njegovu suprugu. S druge strane, žena je mogla nesmetano, bez ikakvog ograničenja, podnijeti tužbu za razvod braka kako za vrijeme trudnoće, tako i za vrijeme dok dijete ima manje od tri godine života. Stoga, je prema mišljenju Ustavnog suda, predmetna odredba sama po sebi dovodila do razlike supružnika u pogledu pristupa sudu prema spolu, odnosno do različitog tretmana muškarca u odnosu na ženu, u odnosu na njihovo pravo na pristup sudu, a da za takvo različito postupanje nije postojalo bilo kakvo objektivno i razumno opravdanje. Slijedom prednjih utvrđenja Ustavni sud je zaključio da odredba člana 43. Porodičnog zakona ne zadovoljava potreban zakonski kvalitet u mjeri u kojoj bi se poštivali standardi iz člana II/4. Ustava BiH i člana 14. EKLJP u odnosu na pristup sudu kao segmentu prava na pravično suđenje, te da je u konkretnom slučaju apelant diskriminiran prema spolu u vezi sa pravom na pristup sudu. Stoga je naložio Parlamentu i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine da poduzmu odgovarajuće mjere iz svoje nadležnosti kako bi se osiguralo poštivanje ustavnog prava na pristup sudu bez diskriminacije prema spolu u smislu ove odluke i u svim drugim relevantnim slučajevima. Vidi Odluku Ustavnog suda BiH broj AP 369/10 od 24. svibnja 2013. godine. Postupajući po nalogu Ustavnog suda iz predmetne odluke Parlament Federacije BiH je 23. travnja 2014. godine usvojio Zakon o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona o Federacije BiH kojim je brisana sporna odredba odnosno čl. 43. PZ F BiH, a koji je objavljen u Službene novinama Federacije BiH, broj 31/14. Međutim, zakonodavac je odredbu čl. 43 PZ FBiH djelomično inkorporirao u tekst Porodičnog zakona FBiH u dijelu koji regulira posredovanje prije razvoda braka. Vođen zaštitom najboljeg interesa djeteta zakonodavac je regulirao da su bračni partner ili oba bračna partnera koji imaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, kao i za vrijeme trudnoće žene, prije pokretanja postupka za razvod braka dužni podnijeti zahtjev za posredovanje fizičkom i pravnom licu ovlaštenom za posredovanje (čl. 45. st. 1. PZ F BiH). Tako je zakonodavac uvažavajući interes djeteta supružnike obavezao da za vrijeme trudnoće žene, a nakon podnošenja tužbe za razvod braka prođu kroz postupak posredovanja, a kroz koji inače ne bi morali prolaziti da supruga nije trudna.

¹⁴ Vidi čl. 287. st. 1. i 2. PZ F BiH. Istovjetne su odredbe čl.

najmanje šest mjeseci (čl. 44. PZ F BiH). Može se zaključiti da je zakonodavac ovim drugim uvjetom ustvari želio spriječiti nepromišljene sporazumne razvode braka. Između naših zakona postoje određene razlike u uređenju ove ustanove, naročito sporazumnog razvoda braka. Tako prema PZ RS sporazumni razvod braka nije dopušten u slučajevima kada bračni supružnici imaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo.¹⁵ Mišljenja smo da za ovakvo restriktivno rješenje, preuzeto iz ranijeg bosanskohercegovačkog prava, o nemogućnosti sporazumnog razvoda bračnih partnera koji imaju maloljetnu djecu, ne postoje razlozi i opravdanje, te da u novim zakonskim rješenjima koji su trenutno u proceduri neće pronaći svoje mjesto. Ovo osobito iz razloga što ova zabrana nije jedini način da se osigura zaštita najboljeg interesa djece. On se uspješnije može zaštititi uvjetovanjem sporazumnog razvoda postignutim sporazumom o svim spornim pitanjima koja se tiču djece.

PZ BD ne normira mogućnost sporazumnog razvoda, već samo mogućnost podnošenja sporazumnog prijedloga za razvod braka u slučaju da bračni partneri imaju maloljetnu ili usvojenu djecu, ili djecu nad kojom vrše roditeljsko pravo. Kao i u postupku pokrenutom tužbom, i ovdje sud, da bi donio odluku o razvodu, treba da utvrdi tešku i trajnu poremećenost bračnih odnosa.¹⁶

Pravo na tužbu u bračnom sporu ne zastarijeva, niti je ograničeno drugim rokovima i uvjetima, osim ako PZ F BiH nije drugačije određeno. Ako bračni drugovi imaju zajedničko maloljetno dijete, uz tužbu radi razvoda braka, odnosno zahtjev za sporazumni razvod braka tužitelj/predlagatelji su dužni priložiti zapisnik o postupku posredovanja. Ako tužitelj ili predlagatelji uz tužbu odnosno zahtjev za sporazumni razvod braka nisu podnijeli zapisnik o postupku posredovanja, sud će pozvati tužitelja/predlagatelje da ga podnesu. Pritom će sud odrediti rok od osam dana za njegovo podnošenje i upozoriti tužitelja/predlagatelje na pravne posljedice ne postupanja po nalogu suda. Sud će odbaciti tužbu radi razvoda braka ako se tužba ili zahtjev za sporazumni razvod braka podnese prije okončanja postupka posredovanja.¹⁷

Jedna tužba može sadržavati i dva zahtjeva s različitim ciljem. Tužitelj može, primjerice, istodobno zahtijevati i poništaj i razvod braka. Međutim, ovdje je spajanje eventualno, što znači da će sud o razvodu meritorno odlučiti tek nakon što utvrdi da je traženje poništenja neutemeljeno.¹⁸ U bračnom sporu tužitenik može podnijeti protutužbu protiv drugog bračnog partnera istom sudu radi utvrđivanja nepostojanja braka ili za poništenje braka. O tužbi i protutužbi sud će, po pravilu, odlučiti istom presudom.¹⁹ Dakle, o oba zahtjeva treba uvijek odlučiti meritorno, pa i u slučaju kada se kao osnovani pokazuju i zahtjev za razvod braka i zahtjev za poništaj. Za osnov prestanka braka treba uzeti poništaj, budući da je pravo na poništaj ranije nastalo, što ne može biti razlogom da se pravo druge strane na razvod zanemari. U tom

15 Vidi čl. 55. st. 1. PZ RS

16 Vidi čl. 40. PZ BD

17 Vidi čl. 52. PZ F BiH.

18 Vidi kod POZNIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, peto dopunjeno izdanje, Suvremena administracija, Beograd, 1976., (dalje: POZNIĆ), p. 376.

19 Vidi čl. 289. st. 1. i 2. PZ F BiH. Istovjetne su oderdbe čl. 260. st. 1. i 2. PZ BD

slučaju presuda treba, uz izreku kojom se brak poništava, da sadrži i izreku kojom se konstatira da drugoj strani pripada pravo na razvod braka.²⁰

Tužitelj može preinačiti tužbu do zaključenja glavne rasprave. Primjerice, tužitelj može umjesto zahtjeva za razvod braka istaknuti zahtjev za poništaj braka ili utvrđivanje da brak ne postoji, ili se uz tužbu za razvod braka može istaknuti i zahtjev za uzdržavanje bračnog druga i sl. Sve dok se tuženiku ne dostavi tužba, ne traži se tuženikov pristanak na preinačenje tužbe.²¹

U parnicama radi razvoda braka tužitelj može bez pristanka tuženika povući tužbu bez pristanka tuženika do zaključenja glavne rasprave, dok s pristankom tuženika, tužitelj to može učiniti dok postupak nije pravomoćno okončan.²² Zahtjev za sporazumni razvod braka mogu bračni partneri povući dok postupak nije pravomoćno završen.²³ Ako je povlačenje tužbe i zahtjeva za sporazumni razvod braka uslijedilo nakon donošenja prvostupanjske presude, prvostupanjski sud će rješenjem utvrditi da je presuda bez pravnog učinka i da se postupak obustavlja. Na ovaj način će postupiti i ako je samo jedan od bračnih partnera odustao od zahtjeva, kao i u slučaju smrti bračnog partnera.²⁴

U postupcima radi razvoda braka ne primjenjuju se odredbe Zakona o parničnom postupku F BiH²⁵ koje se odnose na odgovor na tužbu i pripremno ročište. Prema odredbama ZPP F BiH održavanja pripremnog ročišta je obvezno čijim zaključenjem nastupa (relativna) prekluzija prava stranaka u iznošenju novih činjenica i predlaganju novih dokaza (čl. 77. ZPP F BiH). Stranke mogu iznimno na glavnoj raspravi iznositi nove činjenice i predlagati nove dokaze ako dokažu da bez svoje krivnje to nisu mogle na pripremnom ročištu (čl. 102. st. 2. ZPP F BiH), u protivnom sud neće uzeti u obzir naknadno iznesene činjenice i predložene dokaze na glavnoj raspravi. Takva struktura i organizacija prvostupanjskog postupka nije primjenjiva na sporove radi razvoda braka budući da je u tim sporovima naglašeno istražno (i oficijelno) načelo, te sudac treba uzimati u obzir nove činjenice i dokaze po službenoj dužnosti na glavnoj raspravi, pa i one koje su stranke tek na glavnoj raspravi iznijele odnosno predložile (čl. 278. st. 4. PZ F BiH).

U sporovima radi razvoda braka nisu primjenjive niti odredbe ZPP-a o obveznosti odgovoru na tužbu jer okolnost da tuženik nije u zakonskom roku od 30 dana od dana prijema tužbe s prilogima podnio odgovor na tužbu ne može u ovim sporovima rezultirati presudom zbog propuštanja (čl. 278. st. 2 PZ F BiH). Osim toga ročište za

²⁰ Tako i POZNIĆ, op. cit., p. 377.

²¹ Tako i ČIZMIĆ, J., (2006), *Postupak u parnicama iz obiteljskih odnosa u pravu Federacije Bosne i Hercegovine*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56 (2-3), (dalje: ČIZMIĆ *Postupak u parnicama iz obiteljskih odnosa u pravu Federacije Bosne i Hercegovine*), p. 741., dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/5126>

²² Vidi čl. 292. st. 1. PZ F BiH. Istovjetne su oderdbe čl. 71. st. 1. PZ RS i čl. 263. st. PZ BD

²³ Vidi čl. 292. st. 2. PZ F BiH. Istovjetne su oderdbe čl. čl. 71. st. 2. PZ RS i čl. 263. st. 2. PZ BD

²⁴ Vidi čl. 292. st. 3. i 4. PZ F BiH. Istovjetne su oderdbe čl. 71. st. 3. i 4. PZ RS. PZ BD ne propisuju da će sud rješenjem utvrditi da je presuda bez pravnog učinka i da se postupak obustavlja u slučaju smrti bračnog partnera, već samo ako je jedan od bračnih partnera odustao od zahtjeva. Vidi čl. 263. st. 3. PZ BD

²⁵ "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine" br.53/03., 73/05, 19/06. i 98/15, (dalje: ZPP F BiH)

glavnu raspravu se mora održati u roku od petnaest dana od dana prijema tužbe ili zahtjeva u sudu, pa praktični se tužba niti neće moći dostavljati na odgovor prema odredbama ZPP-a (čl. 273. st. 2 PZ F BiH).

2. 2. 1. Pokretanje postupka u uporedbenom porodičnom pravu

U porodičnim zakonima pojedinih postjugoslovenskih zemalja pravila u odnosu na način pokretanja postupka za razvod braka su uređena na jedinstven način u smislu da se postupak u bračnim sporovima pokreće tužbom ili prijedlogom za sporazumni razvod braka. U tom smislu, prema odredbama čl. 210. Porodičnog zakona Republike Srbije²⁶, te odredbama čl. 332. st. 1. i 2. Porodičnog zakona Crne Gore²⁷ parnicu radi razvoda braka može pokrenuti samo jedan bračni drug protiv drugog bračnog druga, odnosno oboje prijedlogom za sporazumni razvod braka, ali su ujedno u pojedinim pravnim sustavima ponuđena potpuno različita zakonska rješenja u odnosu na vrstu procedure u slučaju sporazuma bračnih drugova o razvodu braka, propisivanjem izvanparničnog sudskog postupka.

Tako je u okviru reforme porodičnog zakonodavstva u Republici Hrvatskoj određeno da se postupak radi razvoda braka na temelju sporazuma provodi u izvanparničnom postupku.

Ako oba bračna druga predlažu sporazumni razvod braka, izvanparnični postupak pokreće se prijedlogom za sporazumni razvod braka.²⁸ Bračni drugovi koji imaju zajedničko maloljetno dijete dužni su uz prijedlog za sporazumni razvod braka podnijeti izvješće o obveznom savjetovanju²⁹ i plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi.³⁰ Sudjelovanje u postupku obveznog savjetovanja³¹ te postizanje plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi³² su posebne procesne pretpostavke postupka radi sporazumnog razvoda. Ako bračni drugovi nisu sudjelovali u postupku obveznog savjetovanja i postigli plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, postupak radi sporazumnog razvoda braka je nedopušten.³³ U tom slučaju, svaki bračni drug može podnijeti tužbu radi razvoda braka³⁴, ili svaki roditelj i dijete mogu podnijeti tužbu radi rješavanja pitanja s kojim će roditeljem dijete stanovati, načinu ostvarivanja roditeljske skrbi, osobnih odnosa djeteta s drugim roditeljem te uzdržavanju djeteta.³⁵ U slučaju kad bi se postupak u kojem se odlučuje o ostvarivanju roditeljske skrbi, osobnih odnosa te uzdržavanju djeteta pokrenut prije postupka radi razvoda braka bračnih drugova-roditelja u kojem je sud također dužan odlučiti o tim pitanjima po službenoj dužnosti³⁶, OZ RH propisuje spajanje tog postupka s postupkom radi razvoda braka.

26 "Službeni glasnik RS" br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015, (dalje: PZ Srbije)

27 "Službeni list Republike Crne Gore", br. 1/07, 53/2016 i 76/2020 (dalje: PZ CG).

28 Vidi čl. 453. st. 1. Obiteljskog zakona Republike Hrvatske, "Narodne novine" broj 103/15 i 98/19, (dalje – OZ RH), stupio na snagu 1.1.2020. godine.

29 Vidi čl. 324. OZ RH

30 Vidi čl. 106. OZ RH i čl. 456. OZ RH

31 Vidi čl. 54. st. 1., čl. 456. OZ RH

32 Vidi čl. 54. st. 2., čl. 456. OZ RH

33 Arg. čl. 456. OZ RH

34 Vidi čl. 53., čl. 56., čl. 413. st. 1. t. 1. OZ RH

35 Vidi čl. čl. 409. st. 1. OZ RH

36 Vidi čl. 53., čl. 56. st. 3., čl. 413. i čl. 412 OZ RH

Planom o zajedničkoj roditeljskoj skrbi mora se detaljno urediti: (1) mjesto i adresa djetetova stanovanja, (2) vrijeme koje će dijete provoditi sa svakim od roditelja, (3) način razmjene informacija u vezi s davanjem suglasnosti pri donošenju odluka bitnih za dijete (čl. 108. OZ RH), te razmjene važnih informacija u vezi s djetetom (čl. 111. OZ RH), (4) visina uzdržavanja kao roditelja kod kojega dijete ne stanuje i (5) način na koji će se rješavati sporna pitanja (čl. 106. st. 2. OZ RH). Planom se mogu urediti i druga pitanja ostvarivanja roditeljske skrbi za koja roditelji smatraju da su bitna za dijete (čl. 108. st. 3. OZ RH), te o kojima su roditelji dužni odlučivati sporazumno (čl. 106. st. 3. OZ RH). Roditelji su dužni upoznati dijete sa sadržajem plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi i omogućiti mu da izrazi svoje mišljenje u skladu s njegovom dobi i zrelošću, te ga poštovati u skladu s djetetovom dobrobiti.³⁷ Plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi može se mijenjati u skladu s dobi i zrelošću djeteta ili ako to zahtijevaju bitno promijenjene okolnosti.³⁸ Kako bi plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi stekao svojstvo ovršne isprave, plan se može podnijeti sudu u izvanparničnom postupku radi provjere sadržaja te njegova odobravanja.³⁹

Izvješće o obveznom savjetovanju služi kao dokaz da su bračni drugovi u njemu sudjelovali, te ono vrijedi šest mjeseci od dana kad je okončano obvezno savjetovanje.⁴⁰ Ako bračni drugovi koji imaju zajedničko maloljetno dijete uz prijedlog za sporazumni razvod braka podnesu izvješće o obveznom savjetovanju starije od šest mjeseci, sud će prijedlog za sporazumni razvod braka odbaciti.⁴¹

Zakonodavac je propisao i obvezu postupanja suda s prijedlogom za sporazumni razvod braka u slučaju da bračni drugovi nisu podnijeli potrebne priloge, te u slučaju da sud utvrdi da plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi nije u skladu s dobrobiti djeteta, odnosno da ga bračni drugovi trebaju dopuniti i/ili ispraviti. Ako bračni drugovi koji imaju zajedničko maloljetno dijete uz prijedlog za sporazumni razvod braka nisu podnijeli izvješće o obveznom savjetovanju ili plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi ili sud utvrdi da plan nije u skladu s dobrobiti djeteta, sud će pozvati podnositelje da ih podnesu, odnosno dopune ili isprave u skladu s danom uputom.⁴² U tom slučaju, sud će odrediti rok od osam dana za ponovno podnošenje prijedloga i upozoriti stranke na pravne posljedice nepostupanja po nalogu suda.⁴³ Smatrat će se da je prijedlog za sporazumni razvod braka povučen ako izvješće o obveznom savjetovanju i plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi ne budu podneseni u određenom roku, a ako ponovno bude podnesen prijedlog bez izvješća o obveznom savjetovanju i plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, ili plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi bez ispravka, odnosno dopune, sud će odbaciti prijedlog za sporazumni razvod braka.⁴⁴ Odobravanje plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi je prethodno pitanje u odnosu na sporazumni razvod braka. Prije nego što sud prihvati prijedlog za sporazumni razvod braka te brak

37 Vidi čl. 106. st. 4. OZ RH

38 Vidi čl. čl. 107. st. 2. OZ RH

39 Vidi čl. 107. st. 1. OZ RH

40 Vidi čl. 324. st. 3. OZ RH

41 Vidi čl. 457. OZ RH

42 Vidi čl. 458. st. 1. OZ RH

43 Vidi čl. 458. st. 2. OZ RH

44 Vidi čl. 458. st. 3. OZ RH

razvede, sud treba provjeriti predstavlja li plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi volju bračnih drugova i djeteta, te je li u skladu s dobrobiti djeteta (arg. čl. 456., čl. 458. OZ RH).

Prijedlog za sporazumni razvod braka bračni drugovi mogu povući dok postupak nije pravomoćno okončan.⁴⁵

Rješenja donesena u postupku radi sporazumnog razvoda braka, kako ono kojim se odobrava plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, tako i ono o sporazumnom razvodu braka ne moraju biti obrazložena (arg. čl. 442. st. 2. OZ RH). Uz to OZ RH sadrži posebne odredbe o rješenju kojim se odobrava plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi. O odobravanju plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi sud odlučuje rješenjem.⁴⁶ Plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi je sastavni dio rješenja o odobravanju plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi.⁴⁷ Rješenje o odobravanju plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi ne mora biti obrazloženo i može se izdati otiskivanjem štambilja na prijedlogu za odobravanje plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi.⁴⁸

U Republici Austriji također se pravi razlika u odnosu na vrstu procedre u slučaju sporazumnog i spornog razvoda braka.

Sporni brakorazvodni postupak pokreće se tužbom po pravilima redovnog parničnog postupka. Bračni drug koji zahtjeva razvod mora u tužbi navesti jedan od zakonom propisanih razloga za razvod braka. To može biti krivnja drugog bračnog druga, ostali razlozi ili raspad obiteljske zajednice.

Razvod braka temeljen na krivnji (bračno nedolično ponašanje) može se zahtijevati ako je drugi bračni drug teškom bračnim prijestupom ili nečasnim ili nemoralnim ponašanjem tako duboko uništio brak da se ne može očekivati obnova životne zajednice koja odgovara njegovoj naravi. Osobito težak bračni prijestup postoji ako je jedan bračni drug počinio preljub ili drugome nanio tjelesno nasilje ili teške duševne patnje. Svatko tko je sam počinio nedolično ponašanje ne može tražiti razvod ako, s obzirom na prirodu njegova nedoličnog ponašanja, posebice zbog veze između nedoličnog ponašanja drugog bračnog druga i njegove vlastite krivnje, njegov zahtjev za razvod nije moralno opravdan.⁴⁹

45 Vidi čl. 459. OZ RH

46 Vidi čl. 466. st. 1. OZ RH

47 Vidi čl. 466. st. 2. OZ RH

48 Vidi čl. 466. st. 3. OZ RH

49 Vidi čl. 49. Zakon o ujedinjenju zakona o braku i razvodu u Austriji i ostatku Reicha. 6. srpnja 1938. dRGBl. IS 807/1938 (GBİÖ br. 244/1938), StGBI. Nr. 31/1945, BGBI. Nr. 108/1973 (NR: GP XIII RV 93 AB 645 S. 64. BR: S. 319.), BGBI. Nr. 412/1975 (NR: GP XIII RV 851 AB 1662 S. 149. BR: AB 1396 S. 345.), BGBI. Nr. 331/1976 (NR: GP XIV RV 153 AB 261 S. 28. BR: 1542 AB 1546 S. 353.), BGBI. Nr. 403/1977 (NR: GP XIV RV 60 u. 73 AB 587 S. 62. BR: AB 1695 S. 366.), BGBI. Nr. 280/1978 (NR: GP XIV RV 136 u. 289 AB 916 S. 96. BR: 1837 AB 1838 S. 377.), BGBI. Nr. 303/1978 (NR: GP XIV AB 917 S. 96. BR: AB 1839 S. 377. NR: Einspr. d. BR: 954 AB 977 S. 99.), BGBI. Nr. 136/1983 (NR: GP XV RV 742 AB 1420 S. 144. BR: AB 2661 S. 432.), BGBI. Nr. 566/1983 (NR: GP XVI RV 3 AB 78 S. 20. BR: 2757 AB 2764 S. 439.), BGBI. Nr. 481/1985 (NR: GP XVI IA 88/A und 109/A AB 729 S. 108. BR: AB 3032 S. 468.), BGBI. Nr. 275/1992 (NR: GP XVIII RV 216 AB 490 S. 69. BR: AB 4255 S. 553.), BGBI. Nr. 25/1995 (NR: GP XIX IA 4/A, 21/A und 25/A AB 49 S. 12. BR: AB 4949 S. 593.), BGBI. I Nr. 125/1999 (NR: GP XX RV 1653 AB 1926 S. 174. BR: AB 5974 S. 656.), BGBI. I Nr. 135/2000 (NR: GP XXI RV 296 AB 366 S. 44. BR: AB 6275 S. 670.), BGBI. I Nr. 29/2003 (NR: GP XXII RV 24 AB 47 S. 12. BR: AB 6780 S. 696.), BGBI. I Nr. 112/2003 (NR:

Ostali razlozi ograničeni su na ponašanje drugog bračnog druga koje razara brak i na zaraznu ili mučnu bolest bračnog druga. U tom smislu zakonodavac je odredio da bračni drug može tražiti razvod ako je brak toliko ozbiljno poremećen, zbog ponašanja drugog bračnog druga koje se ne može smatrati nedoličnim bračnim ponašanjem, već je posljedica duševne bolesti ili sličnog oštećenja, radi čega ponovno uspostavljanje brak nije u skladu s prirodom braka.⁵⁰ Bračni drug može tražiti razvod braka ako drugi boluje od teške zarazne ili mučne bolesti i ne može se očekivati da će se izliječiti ili da će opasnost od zaraze biti otklonjena u dogledno vrijeme.⁵¹ Međutim, zakonodavac je u ova dva slučaja ograničio mogućnost razvoda braka brak propisujući da se ne može raskinuti ako zahtjev za razvod nije moralno opravdan, što bi u pravilu podrazumijevalo da bi razvod braka posebno teško pogodio drugog bračnog druga, što sve ovisi o okolnostima, odnosno duljini braka, dobi supružnika i uzroku bolesti.⁵²

Slijedeći razlog zbog kojeg bračni drug može tražiti razvod braka jeste prekid bračne zajednice u trajanju od tri godine. U tom slučaju svaki od bračnih drugova može zahtijevati razvod braka zbog dubokog, neizlječivog sloma braka, ali se zahtjev za razvod braka ne smije usvojiti ako je sud uvjeren da se može očekivati ponovna uspostava životne zajednice koja odgovara naravi braka.⁵³

Sporazumni razvod braka mogu zajedno zahtijevati oba bračna druga pod uvjetnom da su u bračnoj zajednici bili najmanje šest mjeseci, da oboje priznaju da je bračna veza nepovratno prekinuta i da među njima postoji sporazum o razvodu braka. Važno je istaći da razdvojenost ne znači nužno i odvojen životni prostor, pa bračni drugovi mogu nastaviti živjeti zajedno u istom kućanstvu, ali kućanstvo treba što više odvojiti, primjerice upravljanje računom moralo bi se obavljati zasebno. O sporazumnom razvodu braka odlučuje se u izvanparničnom postupku. Zahtjev se može podnijeti usmeno ili pismeno okružnom sudu u čijem okrugu supružnici imaju ili su imali posljednje zajedničko prebivalište. Sporazum o razvodu braka između supružnika mora sadržavati sporazum o podjeli bračne imovine i bračne uštedevine ili dugova, međusobnim potraživanjima uzdržavanja, o skrbništvu nad zajedničkom djecom i obvezi uzdržavanja prema zajedničkoj djeci, te o ostavri vanju prava na kontakte sa zajedničkom djecom.⁵⁴ Po prijemu zahtjeva sud određuje datum ročišta na kojem je obvezna prisutnost oba bračna druga, a ako ne dođu na ročište zahtjev se smatra povučenim.⁵⁵ Ako bračni drugovi do tada nisu podnijeli

GP XXII RV 225 AB 269 S. 38. BR: AB 6896 S. 703.), BGBl. I Nr. 52/2004 (VfGH) idF BGBl. I Nr. 119/2004 (VFB), BGBl. I Nr. 92/2006 (NR: GP XXII RV 1420 AB 1511 S. 153. BR: AB 7566 S. 735.), BGBl. I Nr. 75/2009 (NR: GP XXIV IA 673/A AB 275 S. 29. BR: AB 8146 S. 774.), BGBl. I Nr. 135/2009 (NR: GP XXIV RV 485 AB 558 S. 49. BR: 8217 AB 8228 S. 780.), BGBl. I Nr. 15/2013 (NR: GP XXIV RV 2004 AB 2087 S. 184. BR: AB 8845 S. 816.), BGBl. I Nr. 59/2017 (NR: GP XXV RV 1461 AB 1528 S. 173. BR: AB 9764 S. 866.), (dalje: Zakon o braku).

50 Vidi čl. 50. Zakona o braku

51 Vidi čl. 52. Zakona o braku

52 Vidi čl. 54. Zakona o braku

53 Vidi čl. 55. Zakona o braku

54 Vidi čl. 55a. Zakona o braku

55 Vidi čl. 94. st. 2. Zakona o vanparničnom postupku Republike Austrie (Außerstreitgesetz – AußStrG) StF: BGBl. I Nr. 111/2003 (NR: GP XXII RV 224 AB 268 S. 38. BR: AB 6895 S. 703.), BGBl. I Nr.

sporazumni razvod, mogu ga sklopiti na usmenoj raspravi, pri čemu im pomaže sud i zapisuje sporazum. O zahtjevu za razvod braka odlučuje se rješenjem. Protiv tog rješenja dopuštena je žalba u roku od 14 dana od dostave. Ako rok za žalbu istekne, a nije izjavljen, odluka postaje konačna. Ako se stranke nakon usmene objave odreknu prava na žalbu, rješenje o razvodu braka odmah postaje pravomoćno i više se ne može pobijati pravnim lijekovima. Međutim, razvod stupa na snagu tek kada se uruči odluka o razvodu. Svaki bračni drug može povući zahtjev za razvod do pravomoćnosti odluke o razvodu braka. Povlačenje zahtjeva ima za posljedicu da već doneseno rješenje/presuda o razvodu braka postaje bez pravnog učinka. Isto vrijedi ako jedan bračni drug umre prije pravomoćnosti presude o razvodu.⁵⁶

2. 3. Posredovanje prije pokretanja postupka za razvod braka kao specifična procesna pretpostavka

Posredovanje⁵⁷ kao institut PZ F BiH predstavljaju obavezan preduvjet za razvod braka odnosno procesnu pretpostavku za vođenje postupka.⁵⁸ Zakonodavac je postupku posredovanja odredio dvije glavne funkcije: mirenje i postizanje

128/2004 (NR: GP XXII RV 613 AB 638 S. 78. BR: AB 7134 S. 714.) [CELEX-Nr.: 32003L0008], BGBl. I Nr. 164/2005 (NR: GP XXII RV 1169 AB 1237 S. 129. BR: AB 7460 S. 729.) [CELEX-Nr.: 31999L0093, 32003L0058], BGBl. I Nr. 8/2006 (NR: GP XXII RV 1168 AB 1238 S. 129. BR: AB 7461 S. 729.), BGBl. I Nr. 92/2006 (NR: GP XXII RV 1420 AB 1511 S. 153. BR: AB 7566 S. 735.), BGBl. I Nr. 111/2007 (NR: GP XXIII RV 303 AB 338 S. 41. BR: 7803 AB 7854 S. 751.) [CELEX-Nr.: 32005L0036, 32005L0060, 32006L0070], BGBl. I Nr. 68/2008 (NR: GP XXIII RV 466 AB 495 S. 56. AB 7927 S. 755.), BGBl. I Nr. 30/2009 (NR: GP XXIV RV 89 AB 114 S. 16. BR: 8073 AB 8087 S. 768.), BGBl. I Nr. 40/2009 (NR: GP XXIV IA 271/A AB 106 S. 16. BR: 8072 AB 8085 S. 768.), BGBl. I Nr. 52/2009 (NR: GP XXIV RV 113 und Zu 113 AB 198 S. 21. BR: AB 8112 S. 771.), BGBl. I Nr. 75/2009 (NR: GP XXIV IA 673/A AB 275 S. 29. BR: AB 8146 S. 774.), BGBl. I Nr. 137/2009 (NR: GP XXIV RV 486 AB 563 S. 49. BR: 8218 AB 8230 S. 780.), BGBl. I Nr. 29/2010 (NR: GP XXIV RV 612 AB 651 S. 60. BR: 8302 AB 8304 S. 784.), BGBl. I Nr. 58/2010 (NR: GP XXIV RV 771 AB 840 S. 74. BR: 8354 AB 8380 S. 787.), BGBl. I Nr. 111/2010 (NR: GP XXIV RV 981 AB 1026 S. 90. BR: 8437 AB 8439 S. 792.) [CELEX-Nr.: 32010L0012], BGBl. I Nr. 15/2013 (NR: GP n XXIV RV 2004 AB 2087 S. 184. BR: AB 8845 S. 816.), BGBl. I Nr. 158/2013 (NR: GP XXIV RV 2404 AB 2461 S. 216. BR: AB 9112 S. 823.), BGBl. I Nr. 92/2014 (NR: GP XXV RV 263 AB 325 S. 49. BR: 9256 AB 9269 S. 836.), BGBl. I Nr. 1/2015 (VfGH), BGBl. I Nr. 87/2015 (NR: GP XXV RV 688 AB 718 S. 83. BR: AB 9419 S. 844.), BGBl. I Nr. 50/2016 idF BGBl. I Nr. 27/2019 (VFB) (NR: GP XXV RV 1145 AB 1184 S. 134. BR: 9594 AB 9607 S. 855.), BGBl. I Nr. 59/2017 (NR: GP XXV RV 1461 AB 1528 S. 173. BR: AB 9764 S. 866.), BGBl. I Nr. 130/2017 (NR: GP XXV IA 2243/A AB 1743 S. 188. BR: AB 9878 S. 871.), BGBl. I Nr. 58/2018 (NR: GP XXVI RV 195 AB 221 S. 34. BR: AB 10018 S. 882.), BGBl. I Nr. 100/2018 (NR: GP XXVI RV 329 AB 413 S. 57. BR: 10079 AB 10082 S. 888.), BGBl. I Nr. 38/2019 (NR: GP XXVI RV 560 AB 585 S. 70. BR: AB 10164 S. 892.), (dalje: ZVP Austrie).

⁵⁶ Vidi čl. 94. st. 3. ZVP Austrie

⁵⁷ PZ F BiH reformiran je institut mirenja uvođenjem instituta posredovanja. PZ RS zadržava raniji termin mirenje bračnih supružnika i obavezno je prije pokretanja postupka razvoda braka. Vidi čl. 57. PZ RS.

PZ BD definiranju ovog instituta prilazi i s aspekta mirenja i posredovanja čl. 42.- 45. uz uvažavanje njihovih različitih sadržaja i realizira se u brakorazvodnom procesu na zahtjev suda.

⁵⁸ Ako se tužba ili zahtjev za sporazumni razvod braka podnese prije okončanja postupka posredovanja, sud će taj podnesak odbaciti. Vidi čl. 52. PZ F BiH.

sporazuma. U postupku posredovanja ovlaštena osoba treba najprije pokušati spoznati i ukloniti uzroke koji su doveli do poremećaja bračnih odnosa i izmiriti bračne partnere što predstavlja fazu mirenja. Ako se u postupku posredovanja bračni partneri ne izmire, ovlaštena osoba nastojat će da se oni sporazumiju o tome sa kim će živjeti njihovo maloljetno dijete ili dijete nad kojim se ostvaruje roditeljsko staranje nakon punoljetstva, o njegovim osobnim odnosima sa roditeljem sa kojim neće živjeti, o njegovom izdržavanju i o ostalim sadržajima roditeljskog staranja, a koji mora odgovarati interesima djeteta, što predstavlja fazu postizanja sporazuma. Ukoliko bračni partneri ne postignu sporazum ili isti nije u interesu djeteta (ukoliko je posredovalo drugo pravno ili fizičko lice u FBiH) organ starateljstva će na zahtjev ovlaštene osobe da odluči o ovim pitanjima, što organ starateljstva može uraditi i po službenoj dužnosti. Njegova odluka važi samo do pravomoćnosti odluke o razvodu braka.⁵⁹ Ovakvim uređenjem zakonodavac je osigurao zaštitu najboljeg interesa djeteta za vrijeme trajanja postupka razvoda braka.

Zahtjev za posredovanje su dužni podnijeti bračni partner ili oba bračna partnera koji imaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, kao i za vrijeme trudnoće žene, fizičkom ili pravnom licu ovlaštenom za posredovanje.⁶⁰ Rok za pokretanje postupka osobe ovlaštene za posredovanje je osam dana od dana podnošenja zahtjeva,⁶¹ za okončanje postupka posredovanja dva mjeseca, a u naročito opravdanim slučajevima to se može produžiti za jedan mjesec.⁶²

Po pitanju mjesne nadležnosti zahtjev za posredovanje podnosi se ovlaštenoj osobi na čijem području podnositelj zahtjeva ima prebivalište, odnosno boravište, ili na čijem su području bračni partneri imali posljednje zajedničko prebivalište ili izuzetno, bračni partneri mogu podnijeti zahtjev za posredovanje ovlaštenoj osobi izvan mjesta svog prebivališta, odnosno boravišta.⁶³ Zakonom je određeno kada se postupak posredovanja ne mora pokretati a to će biti slučaj ukoliko je boravište bračnog partnera nepoznato duže od šest mjeseci, ako je nesposoban za rasuđivanje, ukoliko mu je oduzeta poslovna sposobnost.⁶⁴

Prema PZ F BiH zaštita interesa djeteta je obaveza organa starateljstva, suda i osobe ovlaštene za posredovanje.⁶⁵ Zakonodavac je propisao niz odredbi kojima

59 Vidi čl. 50. st. 2. i 3. PZ F BiH.

60 Vidi čl. 45. st. 1. PZ F BiH. Za razliku od PZFBiH, u PZRS (čl. 57) i PZBD (čl. 42.) organ starateljstva je jedini ovlašten za posredovanje odnosno mirenje bračnih supružnika.

Prema PZ RS mirenje je obavezno za bračnog partnera ili oba bračna partnera koji imaju maloljetnu djecu ili usvojenu djecu. Zahtjev se podnosi organu starateljstva koji u roku od 30 dana treba zakazati prvo ročište za mirenje, a koje treba da se okonča u toku 6 mjeseci (PZ RS, Član 57-59). Pitanje obaveznosti se isto tretira i u PZ BD, s tim da u njemu nisu određeni rokovi za mirenje bračnih partnera.

61 Vidi čl. čl. 47. st. 1. PZ F BiH.

62 Vidi čl. 51. st. 2. i 3. PZ F BiH

63 Vidi čl. 46. st. 1. i 2. PZ F BiH. Prema odredbama PZ RS za mirenje je mjesno nadležan organ starateljstva na čijem području tuženi ima prebivalište, odnosno boravište, ili organ starateljstva na čijem su području supružnici imali svoje posljednje zajedničko prebivalište. Vidi čl. 58. PZ RS.

64 Ova tri slučaja propisana su svim bosanskohercegovačkim porodičnim zakonima i to u odredbi čl. 45. st. 4 PZ F BiH, odredbi čl. 63. PZ RS i u doredbi čl. 47. PZ BD, s tim da PZ RS i PZ BD propisuje još jedan slučaj u kojem bračni partner nije dužan pokrenuti postupak posredovanja a to će biti u situaciji ako partner živi u inozemstvu.

65 Vidi čl. 5. st. 1. PZ F BiH

je odredio obvezu suda da u suradnji sa organom starteljstva u tijeku postupka za razvoda braka zaštititi interes djeteta čiji se roditelji razvode.⁶⁶ Primjenom kriterija primjerenih svakom pojedinačnom slučaju utvrdit će se najbolji interes djeteta i na njemu zasnovati odluka o tome s kim će dijete živjeti i o održavanju ličnih odnosa i neposrednih kontakata.⁶⁷

Međutim, držimo da bi u PZ F BiH po uzoru na OZ RH, u cilju poticanja sporazumnog rješavanja porodičnih sporova, zajedničkog vršenja roditeljskog prava i nakon razvoda braka trebalo kao dužnost propisati ostvarenje roditeljske skrbi na temelju Plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi koji bi predstavljao pisani sporazum roditelja o načinu ostvarivanja roditeljske skrbi u okolnostima u kojima roditelji djeteta trajno ne žive u porodičnoj zajednici. Ovakav način uređenja zaštitio bi interes i dobrobit djeteta u slučajevima kad je ono žrtva konflikta svojih roditelja te donijelo rješenja kojima su jasnije uređena prava i dužnosti roditelja kao i način na koji roditelji koji žive odvojeno zastupaju dijete, s tim da bi ova pitanja trebalo rješavati primjenom načela individualizacije. To znači da bi za one roditelje za koje sud ocijeni da mogu ostvarivati zajednički roditeljsku skrb trebalo odrediti zajedničku roditeljsku skrb, a za one koji to ne mogu, iznimno, u opravdanim razlozima, vodeći računa o najboljem interesu djeteta, trebalo bi predvidjeti da pojedine sadržaje roditeljske skrbi ostvaruje samo jedan roditelj, s tim da to ne mora biti nužno onaj koji s djetetom živi. Sudska odluka o ostvarivanju roditeljske skrbi jednog roditelja trebala bi spriječiti situacije u kojima je dijete rastrgano između dvoje konfliktnih roditelja koji nisu u stanju interes i dobrobit djeteta staviti ispred vlastitih interesa, pri čemu dijete postaje oružje u njihovim kontinuiranim sukobima i manipulacijama.⁶⁸

Postupku mirenja i postizanja sporazuma bračnih partnera u uporedbenom porodičnom pravu uređen je na nešto drugačiji način.

Prema odredbama PZ Srbije postupak posredovanja obuhvata postupak za pokušaj mirenja i postupak za pokušaj sporazumnog okončanja spora (negodbu). Posredovanje, po pravilu, sprovodi sud.⁶⁹ Po prijemu tužbe za poništenje ili razvod braka, sud zakazuje ročište za posredovanje koje se održava pred sućem pojedincem.⁷⁰ Uz poziv na ročište za posredovanje dostavlja se i tužba za poništenje ili razvod braka. Da bi se osigurao princip nepristranosti suda zakonodavac je odredio da sudac koji rukovodi posredovanjem ne može sudjelovati u donošenju odluke u nekoj kasnijoj fazi postupka, osim ako je posredovanje uspjelo. Posredovanje se redovno sprovodi uz postupak u bračnom sporu koji je pokrenut tužbom jednog od supružnika.⁷¹ Zakonom su određeni slučajevi u kojima se ono nije obvezno

66 Vidi čl. 281. – 284. PZ F BiH. Isto rješenje predviđeno je odredbama čl. 73. PZ RS i i čl. 25. – 258 PZ BD.

67 Vidi BUBIĆ, S., „Standard “najbolji interes djeteta” i njegova primjena u kontekstu ostvarivanja roditeljskog staranja“, *Zbornik radova: „Najbolji interesi djeteta u zakonodavstvu i praksi*, Mostar, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“, 2014., Mostar, (dalje: BUBIĆ), p. 25.

68 Tako i detaljnije o tome kod GRAOVAC, K., A., „Od zajedničkog do samostalnog ostvarivanja roditeljske skrbi i natrag – kako zaštititi prava djece i roditelja“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. VIII, Posebni broj/2017, p. 51. – 73.

69 Vidi čl. 231. st. 1. PZ Srbije

70 Vidi čl. 232. st. 1. PZ Srbije

71 Vidi čl. 230. st. 1. PZ Srbije

provoditi a to su ako jedan od supružnika ne pristane na posredovanje, ako je jedan od supružnika nesposoban za rasuđivanje, ako je boravište jednog od supružnika nepoznato i ako jedan ili oba supružnika žive u inostranstvu. Mirenje se sprovodi samo u bračnom sporu koji je pokrenut tužbom za razvod braka, a sama njegova svrha jeste da se poremećeni odnos supružnika razriješi bez konflikta i bez razvoda braka.⁷² Nagodba se sprovodi u bračnom sporu koji je pokrenut tužbom za poništenje braka, odnosno tužbom za razvod braka a mirenje supružnika nije uspelo, a njezina svrha je poremećeni odnos supružnika razriješi bez konflikta nakon poništenja ili razvoda braka.⁷³

U Republici Crnoj Gori postupak posredovanja se promatra kroz institut mirenja pred Centrom za mirenje. Sud upućuje stranke na prvi sastanak sa medijatorom radi mirenja ili postizanja sporazuma bračnih supružnika o vršenju roditeljskog prava poslije razvoda braka i sporazuma o podjeli zajedničke imovine. Izuzetno, sud neće uputiti stranke na prvi sastanak sa medijatorom u slučajevima u kojima zbog sumnje na postojanje nasilja u porodici medijacija ne bi bila svrsishodna. Kad sud donese rješenje o upućivanju stranaka na prvi sastanak sa medijatorom, dužan je da to rješenje dostavi Centru za alternativno rješavanje sporova, a uz rješenje se dostavljaju tužba, podaci o osobnim imenima i adresama bračnih supružnika, njihovih punomoćnika i zajedničkoj djeci, ako ih imaju, kao i drugi podaci od značaja za medijaciju. Postupak medijacije za pokušaj mirenja bračnih supružnika završit će se u roku od mjesec dana od dana dostavljanja rješenja Centru, a postupak medijacije za postizanje poravnanja o posljedicama razvoda braka u roku od 60 dana od dana okončanja postupka mirenja. O početku postupka medijacije Centar je dužan, bez odlaganja, obavijestiti sud. Medijator je dužan da o uspjehu medijacije obavijesti Centar i da mu dostavi zapisnik o poravnanju koji sadrži sporazum bračnih supružnika o vršenju roditeljskog prava i diobi zajedničke imovine, odnosno obavještenje da taj sporazum nije postignut ili da su se stranke pomirile u toku postupka medijacije. Potom Centar bez odlaganja dostavlja zapisnik i obavještenja sudu. Ako se bračni supružnici pomire u tijeku medijacije smatrat će se da je tužba povučena. Ako se jedan ili oba bračna supružnika, iako su uredno pozvani, ne odazovu pozivu Centra za mirenje, a izostanak ne opravdaju, smatrat će se da mirenje nije uspjelo i nastavit će se postupak medijacije radi postizanja poravnanja bračnih supružnika o vršenju roditeljskog prava poslije razvoda braka i poravnanja o podjeli zajedničke imovine. Ako se jedan ili oba bračna supružnika, iako su uredno pozvani, ne odazovu pozivu Centra za postizanje poravnanja o vršenju roditeljskog prava i podjeli zajedničke imovine, a izostanak ne opravdaju, smatrat će se da medijacija nije uspjela i nastavit će se postupak po tužbi za razvod braka.⁷⁴

Reformom porodičnog zakonodavstva u Republici Hrvatskoj u cilju poticanja sporazumnog rješavanja porodičnih sporova, posebice onih u kojima sudjeluju djeca, umjesto instituta posredovanja prije razvoda braka, uvedeni su obvezno savjetovanje, te obiteljska medijacija, kao postupci u vezi s obiteljskim odnosima koji se vode pred

72 Vidi čl. 234. PZ Srbije

73 Vidi čl. 241. st. 1. PZ Srbije

74 Vidi čl. 326. – 333. PZ CG

tijelima koja ne pripadaju sudbenoj vlasti (čl. 320. – 344. OZ RH). Svrha je obveznog savjetovanja pomoći članovima obitelji da donesu sporazumne odluke o obiteljskim odnosima vodeći posebnu brigu o zaštiti obiteljskih odnosa u kojima sudjeluje dijete te o pravnim posljedicama nepostizanja sporazuma i pokretanju sudskih postupaka u kojima se odlučuje o osobnim pravima djeteta.⁷⁵ Prema tome, cilj je obveznog savjetovanja dvojak: s jedne strane, pomoći članovima obitelji u postizanju sporazuma u obiteljskim odnosima u kojima sudjeluju djeca, među ostalim, upoznavanjem članova obitelji s prednostima i karakteristikama obiteljske medijacije⁷⁶ te, s druge strane, ako prvi cilj ne uspije, informirati članove obitelji o pravnim posljedicama nepostizanja sporazuma, odnosno o sudskom postupku u kojem će se rješavati njihov spor iz obiteljskog odnosa, uz sudjelovanje djeteta zastupanog neovisno i samostalno od roditelja.⁷⁷ Obvezno savjetovanje provodi stručni tim centra za socijalnu skrb.⁷⁸ Razlikuje se obvezno savjetovanje koje se provodi prije pokretanja postupka radi razvoda braka u kojem postoji zajedničko maloljetno dijete, te prije pokretanja ostalih sudskih postupaka o ostvarivanju roditeljske skrbi i osobnih odnosa s djetetom.⁷⁹ U obveznom savjetovanju sudjeluju članovi obitelji osobno i bez punomoćnika (čl. 321. st. 4. OZ RH), a djetetu se u postupku obveznog savjetovanja može, uz pristanak njegovih roditelja, omogućiti izražavanje mišljenja (čl. 325. st. 3., čl. 329. st. 2. OZ RH). Ukoliko ne postignu sporazum u obveznom savjetovanju centar za socijalni rad predlaže da se pokušaju dogovoriti u porodičnoj medijaciji, jer u suprotnom o svemu odlučuje sud (čl. 324. OZ RH).

Obiteljska medijacija određena je kao postupak u kojem članovi obitelji sudjeluju dobrovoljno (čl. 320. st. 2. OZ RH), te u kojem nastoje sporazumno riješiti spor iz obiteljskih odnosa uz pomoć jednog ili više obiteljskih medijatora (čl. 331. st. 1. OZ RH). Glavna svrha postupka obiteljske medijacije, u slučaju razvoda braka, je postizanje plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi. Uz ostvarenje te svrhe, u postupku obiteljske medijacije stranke se mogu sporazumjeti i o svim drugim spornim pitanjima imovinske i neimovinske naravi (čl. 331. st. 3. OZ RH). Unatoč tome što prema općoj odredbi u obiteljskoj medijaciji članovi obitelji sudjeluju dobrovoljno, ako bračni drugovi/roditelji nisu postigli plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi prije odnosno tijekom obveznog savjetovanja, oba odnosno onaj bračni drug koji namjerava podnijeti tužbu radi razvoda braka mora se odazvati prvom sastanku obiteljske medijacije (tzv. predmedijacijski postupak) prije pokretanja sudskog postupka (čl. 54. st. 3. i 4., čl. 320. st. 3. OZ RH). Obiteljski medijator je nepristrana i posebno educirana osoba koja je upisana u registar obiteljskih medijatora (čl. 331. st. 2. OZ RH). Obiteljski medijator dužan je i informirati sudionike da vode računa o dobrobiti djeteta (čl. 339. st. 1. OZ RH), te može omogućiti djetetu izražavanje mišljenja u postupku obiteljske medijacije uz pristanak njegovih roditelja (čl. 339. st. 2. OZ RH.). U postupcima obiteljske medijacije na odgovarajući način primjenjuju se odredbe zakona kojim

75 Vidi čl. 321. st. 1. OZ RH

76 Vidi čl. 321. st. 1., čl. 325. st. 1., čl. 327. st. 1., čl. 330. OZ RH

77 Vidi čl. 321. st. 1., čl. 325. st. 1., čl. 327. st. 2. i 3., čl. 240. st. 1. OZ RH

78 Vidi čl. 321. st. 2. OZ RH

79 Vidi čl. 322. st. 1. OZ RH

se uređuje mirenje ako OZ RH nije drugačije određeno (čl. 333. OZ RH). Ako se stranke ne sporazume o planu o zajedničkoj roditeljskoj skrbi (ili o drugom spornom obiteljskom odnosu), obiteljski medijator će u izvješću o obustavi postupka obiteljske medijacije navesti jesu li obje stranke aktivno sudjelovale (čl. 337. st. 1. OZ RH), a što može biti relevantno prilikom sudskog odlučivanja o načinu ostvarivanja roditeljske skrbi (čl. 416. st. 2. t. 1. OZ RH). Izvješće o obustavi obiteljske medijacije uručuje se sudionicima (čl. 337. st. 2. OZ RH).

U Republici Austriji postupak posredovanja može se promatrati kroz institut savjetovanja (*Berantung*) i medijacije. Stranke koje se žele sporazumno razvesti imaju obvezu prije okončanja postupka razvoda dogovoriti se oko pitanja koja su vezana za potrebe i interese njihove maloljetne djece. Radi zaštite prava i interesa djeteta savjetovanje je obvezno i sudu se dokazuje potvrdom.⁸⁰ Medijacija je dobrovoljna i ostavljena je na izbor bračnim drugovima kada se ne mogu dogovoriti o roditeljskom staranju, uzdržavanju, održavanju osobnih odnosa i neposrednih kontakata i drugim osobnim i imovinskim pitanjima.

Analizirajući rješenja ponuđena u poredbenom pravu može se zaključiti da postupak posredovanja prema zakonskim rješenjima u Srbiji i Crnoj Gori, jedanko kao u PZ F BiH ima dvije glavne funkcije: mirenje i postizanje sporazuma, s tim da taj postupak u Srbiji provodi sud, a u Crnoj Gori Centar za mirenje, te jedanko kao i PZ F BiH predstavlja obavezan preduvjet za razvod braka odnosno procesnu pretpostavku za vođenje postupka, dok se analizom rješenja ponuđenih u hrvatskom i austrijskom zakonodavstvu o porodičnom posredovanju može zaključiti da se posredovanje odvija kroz dva koraka i to prvi obvezni u vidu porodičnog savjetovanja a drugi dobrovoljni, koji je ostavljen kao mogućnost na volju i potrebu roditelja da se izvansudski dogovore.

2. 4. Načelo hitnosti

Hitnost postupanja jedno je od jamstava efikasnog ostvarenja sudske zaštite. Načelo hitnosti je u bračnim sporovima ne samo prihvaćeno već se nizom posebnih procesnih rješenja nastoji ostvariti njegova primjena. Tako PZ F BiH nastoji ubrzati pružanje pravne zaštite strankama odredbom kojom propisuje da se radnje u bračnim sporovima, među koje spadaju i sporovi o razvodu braka, kao i u sporovima iz odnosa roditelja i djece, poduzimaju hitno.⁸¹ Međutim, PZ F BiH nije stao na načelnoj deklaraciji njihove hitnosti već se nizom posebnih procesnih rješenja nastoji osigurati njegova primjena.

Ročište za glavnu raspravu u postupcima o razvodu braka mora se održati u roku od petnaest dana od dana kad je tužba ili zahtjev primljen u sudu. Prvostupanjski sud dužan je donijeti presudu i otpremiti je u roku od petnaest dana od dana zaključenja glavne rasprave. O žalbi protiv odluke donesene u prvostupanjskom postupku o razvodu braka sud drugog stupnja dužan je odluku donijeti u roku od petnaest dana

⁸⁰ Prije sklapanja ili podnošenja nagodbe o posljedicama razvoda braka pred sudom, stranke moraju potvrditi da su zatražile savjet od odgovarajuće osobe ili ustanove o posebnim potrebama svoje malodobne djece proizašlim iz razvoda. Vidi čl. 95. st. 1a ZVP Austrie

⁸¹ Vidi čl. 273. st. 1. PZ F BiH.

od dana prijema žalbe.⁸² Može se reći da su navedeni rokovi u kojima se moraju poduzeti određene radnje instruktivnog karaktera. One mogu samo uputiti sud na važnost pravodobnog i hitnog pružanja pravne zaštite strankama, no evidentno je da u praksi postoje problemi pridržavanja rokova od strane suda, koji su između ostalog, izazvani kako kadrovskim problemima tako i velikim brojem parničnih spisa.⁸³ Međutim, obveza nacionalnih sudova da osiguraju suđenje u razumnom roku proizlazi i iz čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Europski sud razumnost trajanja postupka procjenjuje⁸⁴ u svakom slučaju pojedinačno, odnosno s obzirom na okolnosti slučaja⁸⁵, ali ipak postoje neke načelne smjernice u vezi s razumnosti trajanja građanskog postupka. Smatra se da razdoblje koje se uzima u obzir za procjenu razumnosti trajanja postupka započinje trenutkom pokretanja spora pred sudom.⁸⁶ Iznimno, u nekim se slučajevima uzima u obzir i vrijeme prije podnošenja tužbe.⁸⁷ Krajnjim rokom relevantnog razdoblja smatra se donošenje odluke kojom se završava rasprava o predmetu spora, što znači da su obuhvaćeni cijeli postupak o kojemu je riječ, uključujući žalbeni postupak.⁸⁸ i proteže se sve do konačne odluke o sporu.⁸⁹ Stoga se zahtjev razumnog roka odnosi na sve faze sudskog postupka čiji je cilj rješavanje spora, ne isključujući faze nakon presude o osnovanosti.⁹⁰ Međutim, Europski sud u svakom pojedinačnom postupku prema posebno utvrđenim kriterijima ocjenjuje je li došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku. On u obzir uzima stupanj složenosti predmeta, postupanje podnositelja (prisutnost ili odsutnost na raspravama, zahtjeve za odgodom postupka, ulaganje pravnih lijekova), postupanje nadležnih tijela (sudskih i upravnih) te vrijednost zaštićenog dobra za podnositelja.⁹¹

82 Vidi čl. 273. st. 2., 3. i 4. PZ F BiH.

83 Hitnost postupanja je osim u obiteljskopравnim predmetima, predviđena i za niz drugih postupaka, npr. u parnicama iz radnih odnosa, u parnicama zbog smetanja posjeda.

84 O pravu na pravično suđenje u razumnom roku više kod HUSEINBEGOVIĆ, A., HAUBRICH, V., RECHNER, E., Pravo na pravično suđenje u razumnom roku s osvrtom na pravodobno i djelotvorno izvršenje sudskih odluka, Godišnjak Pravnog fakulteta, Godina III, broj 3, Mostar, 2019, p. 39. – 63.

85 Tako je u predmetu *Zimmerman i Steiner protiv Švicarske* Europski sud istakao: „ (...) Sud bi na prvom mjestu istaknuo da Konvencija državama ugovornicama nameće dužnost da organiziraju svoje pravne sustave kako bi sudovima omogućili ispunjavanje zahtjeva iz članka 6. stavka 1. uključujući onaj iz suđenje u ”razumnom roku”. Bez obzira na to, privremeni zaostaci u poslovanju ne uključuju odgovornost država ugovornica pod uvjetom da poduzmu, s potrebnom brzinom, korektivne radnje za rješavanje iznimne situacije.

Metode koje bi se mogle smatrati privremenim sredstvom uključuju odabir rješavanja predmeta po određenom redosljedju, ne samo na temelju datuma kada su podneseni, već i na njihovu stupnju hitnosti i važnosti, a posebno na tome što je u pitanju za stranke. Međutim, ako se takvo stanje produži i postane stvar strukturne organizacije, takve metode više nisu dostatne i država neće moći dalje odgadati donošenje učinkovitih mjera. Vidi *Zimmerman i Steiner v. Switzerland*, presuda od 13. 7. 1983., t. 29.

86 Vidi *Poiss v. Austrie*, presuda od 23. 4. 1987.t. 50., *Bock v. Njemačke*, presuda od 29. ožujka 1989.,t. 35.

87 Vidi *Erkner i Hofauer v. Austrie*, presuda od 23.4.1987., t. 64.

88 Vidi *König v. Germany*, presuda od 28.6.1978. godine, t.98.

89 Vidi *Poiss v. Austrije*, op. cit., t. 50.

90 Vidi *Robins v. The United Kingdom*, presuda od 23.9.1997., t. 28.- 29.

91 Vidi *Frydlander v. France*, presuda od 27.6.2000. godine, t.43.

2. 5. Dominantna uloga istražnog (inkvizitornog) u odnosu na raspravno načelo

Procesna pravila koja se izvode iz jednog od dva funkcionalna načela – raspravnog i istražnog daju odgovor na važno pitanje na kome je inicijativa, odnosno čiji je procesni teret⁹² prikupljanja činjeničnog i dokaznog materijala temeljem kojeg će sud donijeti odluku u tužbenom zahtjevu. Primjena istražnog načela znači inicijativu, odnosno dužnost suda da prikuplja procesni materijal. Stranke ne mogu svojim dispozicijama regulirati tijek parnice, niti utjecati na prikupljanje procesnog materijala. One sudu mogu skretati pažnju na određene činjenice i dokazna sredstva, ali nemaju pravo na iznošenje činjenica i predlaganje dokaza nasuprot kojem bi stajala dužnost suda da o tim navodima i prijedlozima vodi računa i da o njima odluči.⁹³ Procesni sistemi koji se zasnivaju na primjeni raspravnog načela teret prikupljanja procesnog materijala prebacuje na stranke, ali uz ograničenje na one činjenice i dokaze na kojima zasnivaju svoje zahtjeve. Primjena raspravnog načela vezana je uz dispozitivnu maksimu, dok je primjena istražnog načela vezana uz oficijalnost. U bosanskohercegovačkim redovnim parničnim postupcima dominantno je raspravno načelo pa je već u općim odredbama čl. 7. st. 1. ZPP F BiH⁹⁴ propisana dužnost stranaka da iznesu sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve i da izvode dokaze kojima se utvrđuju te činjenice, pri čemu je dužnost suda ograničena samo na to da pazi da stranke ne raspoložu zahtjevima kojima nisu ovlaštene raspolagati, odnosno onima koji su suprotni prisilnim propisima.⁹⁵ S obzirom na posebnosti postupaka u sporovima o razvodu braka zakonodavac je sudu dao ovlaštenje da utvrđuje i činjenice koje stranke nisu iznijele, odnosno mogućnost da dokazuje i činjenice koje su stranke priznale u postupku. Sud je u cilju zaštite najboljeg interesa djeteta⁹⁶ obavezan da primjeni istražno načelo kada god procijeni ili posumnja da stranke izbjegavaju iznošenje procesne građe relevantne za spor, ili kada procijeni da je neosporavanje činjeničnih navoda protivne strane suprotno najboljem interesu djeteta. Budući da su i u ovim postupcima stranke ovlaštene da iznose činjenice i predlažu dokaze, uloga suda je dvojaka. On je dužan, da sukladno raspravnom načelu, potiče stranke da prikupljaju i iznose procesni materijal, ali i da ga samostalno prikuplja i iznosi.

92 Termin koriste POZNIĆ, B., RAKIĆ – VODINELIĆ, V., *Građansko procesno pravo*, Sedamnaesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2015., (dalje POZNIĆ – RAKIĆ – VODINELIĆ), p. 171.

93 Vidi: TRIVA – DIKA, *op. cit.*, str. 174.

94 Istovjetne su odredbe čl. 7. st. 1. Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br.59/2003., 85/03., 74/05., 63/07. i 6/13, dalje: ZPP RS, te odredbe čl. 7. st. 1. Zakona o parničnom postupku Brčko Distrikta, "Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH" br. 28/18. i 6/21, dalje: ZPP BD.

95 Vidi čl. 7. 3. ZPP F BiH. Istovjetne su odredbe čl. 7. st. 3. ZPP RS i čl. 7. st. 3. ZPP BD

96 Najbolji interes djeteta promovira i Konvencija o pravima djeteta odredbom čl. 3. st. 1. koja propisuje da u svim aktivnostima koje se tiču djece, bez obzira da li ih poduzimaju javne ili privatne institucije socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tijela, najbolji interes djeteta bit će od prvenstvenog značaja.

Zaštita prava i interesa djeteta je načelo koje se prožima i kroz sve odredbe PZ F BiH koje normiraju prava djece, a posebno u odredbama čl. 150. do 159., čl. 236., čl. 240., čl. 242., čl. 249. PZ F BiH.

S obzirom na navedena ovlaštenja suda, prema kojima je ovlašten poduzimati mnoge radnje, odnosno utvrđivati i činjenice koje stranke nisu iznijele ili dokazivati činjenice koje su stranke priznale u postupku, te izvoditi samostalno dokaze, proizlazi da je u odnosu na opći građanski postupak ojačano istražno načelo.⁹⁷

2. 6. Ograničenje načela dispozicije

Redovan parnični postupak karakterizira ovlaštenje stranaka da svojim pravom raspolazu kako žele i da svoj odnos urede kako im odgovara, te ograničenje suda da kontrolira samo one radnje stranaka koje smatra protivnim prinudnim propisima.⁹⁸ Zakonodavac je parničnim strankama dao procesna ovlaštenja da svojim dispozicijama, odnosno parničnim radnjama (činjenjem ili propuštanjem)⁹⁹ utječu na pokretanje i razvoj postupka, kod određivanja predmeta i obima raspravljanja, kao i na okončanje parnice u čemu se ogleda načelo dispozicije.¹⁰⁰ Stranka nije obvezna ni na kakvo držanje u parnici, pa tako ni na njezino pokretanje, a hoće li do parnice uopće doći, isključivo ovisi od volje potencijalnog tužitelja. Vezano uz to, opće je pravilo redovnog parničnog postupka da se pokreće tužbom i da bez tužbe nema parnice (*nemo iudex sine actore*), jer sud u pravilu nije ovlašten pokrenuti parnični postupak po službenoj dužnosti (*ne procedat iudex ex officio*). Tužba je rezultat stranačke dispozicije kojom se daje povod za vođenje parnice, a sud odlučuje samo u granicama tužbenog zahtjeva.

Za razliku od tog općeg pravila u postupcima u sporovima o razvodu braka sud ne samo što smije, nego u određenim situacijama i mora odlučivati izvan granica tužbenog zahtjeva. Naime, ako bračni drugovi koji imaju maloljetnu djecu pokreću spor sud je dužan odlučiti, osim o sudbini braka stranaka koje se nalaze u sporu, i o sudbini njihove djece. U tom smislu je zakonodavac propisao obavezu suda da *ex officio* prilikom donošenja odluke kojom se utvrđuje da brak ne postoji, ili se poništava, ili razvodi, kojom se utvrđuje materinstvo ili očinstvo, kao i odlukom donesenom u drugim slučajevima odvojenog života roditelja, odluči i o sljedećim elementima: sa kojim roditeljem će živjeti maloljetno dijete ili dijete nad kojim se ostvaruje roditeljsko staranje nakon punoljetstva, o načinu održavanja osobnih

97 Tako i HUSEINBEGOVIĆ, A., KEVO, M., BOŠKAILO – VELEDAR, M., "Perspektiva dispozitivnih presuda i sudske nagodbe u sporovima za izdržavanje djece", *Zbornik radova, Deveti međunarodni naučni skup, Dani porodičnog prava, Aktualna problematika porodičnopravne teorije i prakse*", Godina IX, broj 9, Mostar, 2021., (dalje: HUSEINBEGOVIĆ – KEVO - BOŠKAILO – VELEDAR) p. 50.

98 Vidi čl. 3. st. 2. ZPP F BiH. Istovjetne su odredbe čl. 3. st. 2. ZPP RS i čl. 3. st. 2. ZPP BD.

99 Parnične su radnje ponašanja (djelovanja i druga držanja uključujući i propuštanja) subjekata parničnog postupka, u pravilu poduzeta u određenom postupku, odnosno, izuzetno, izvan tog postupka ali u vezi s tim postupkom, kod kojih su pretpostavke i način poduzimanja uređeni procesnim pravom koje (izravno ili posredno) veže uz njih nastupanje određenih procesno-pravnih posljedica u tom postupku. Tako i detaljnije kod DIKA, M., *Građansko parnično pravo. Parnične radnje*, V. knjiga, Narodne Novine, Zagreb, 2008., (dalje: DIKA, *Parnične radnje*), p. 1. – 11.

100 Dispositio (lat.) raspoređivanje, raspolaganje, odlučivanje, obrazlaganje je jedno od osnovnih načela kako građanskog, tako i građanskog procesnog prava, a naziva se još i načelom stranačke autonomije ili načelom slobodne inicijative stranaka. Vidi ROMAC, A., *Rječnik latinskih pravnih izraza – Vademecum iuridicum*, Informator, Zagreb, 1992., p. 155

odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa drugim roditeljem, kao i roditeljskom staranju drugog roditelja,¹⁰¹ te o izdržavanju maloljetnog djeteta ili punoljetnog djeteta nad kojim se ostvaruje roditeljsko staranje.¹⁰² To znači da će sud prilikom donošenja odluke o razvodu braka, o njihovom izdržavanju odlučiti i kada nema zahtjeva roditelja, odnosno kada ne postoji sporazum roditelja o visini doprinosa za izdržavanje. Na ovaj način načelo oficijelnosti je dobilo jednu novu ulogu, jer će sud morati samostalno ulagati napore da bi donio odluku o zahtjevu, koji stranke nisu ni istakle. Posebnu presudu sud donosi kada odlučuje po samostalnoj tužbi za izdržavanje.^{103 104}

Slijedeća bitna karakteristika u sporovima za razvod braka, ogleda se u tome što je u njima zakonodavac smanjio mogućnost raspolaganja stranaka u cilju zaštite svih sudionika u postupku, te odredio da stranke ne mogu slobodno raspolagati materijalnim dispozicijama.¹⁰⁵ Ovo ograničenje načela dispozicije propisano je odredbom čl. 278. st. 1. PZ F BiH koja određuje da se u bračnim sporovima i sporovima iz odnosa roditelj i djece stranke ne mogu odreći zahtjeva, priznati zahtjev protivne stranke, niti se nagoditi.

Može se zaključiti da za razliku od redovnog parničnog postupka u kojem je načelo dispozicije dominantno i sprovedeno kroz cijeli postupak, u sporovima za razvod braka ono nema toliko naglašen značaj.

2. 7. Načelo javnosti

U redovnom parničnom postupku glavna rasprava je u pravilu javna.¹⁰⁶ Za razliku od tog općeg pravila u cilju zaštite obitelji i viskog stupnja privatnosti bračnih drugova, zaštite interesa maloljetne djece, u bračnim sporovima zakonom

101 Vidi čl. 304. st. 1. PZ F BiH. Istovjetne su odredbe čl. 275. st. 1. PZ BD.

102 Vidi čl. 308. st. 1. PZ F BiH, čl. 265. PZ RS i čl. 279. PZ BD.

103 To će biti u slučajevima kada roditelji žive odvojeno, a dijete s jednim od njih, pa se posebnom tužbom traži izdržavanje djeteta. Ovdje spadaju i slučajevi kada se posebnom tužbom traži povećanje izdržavanja utvrđenog ranijom presudom. Vidi čl. 245. st. 1. PZ F BiH. Istovjetne su odredbe čl. 263. st. 1. PZ RS i čl. 222. st. 1. PZ BD.

104 Postojanje parnice za razvod braka nije zapreka za to da dijete bračnih drugova pokrene protiv jednog od njih parnicu radi plaćanja izdržavanja. Vidi (VsH Rev 1383/82 – NZp 22-97), podatak kod TRIVA, S., DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, VII izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, 2004, (dalje – TRIVA – DIKA), p. 784.

105 Materijalne dispozicije su one kojima stranka raspolaže predmetom spora, tako da se učinak tih stranačkih dispozicija prelijeva izvan granica konkretne parnice u kojoj su poduzete neposredno u slučaju sudske nagodbe (sporazum obiju stranke o suštini parnice) ili posredno u slučaju odricanja od tužbenog zahtjeva (pripada tužitelju) i priznanja tužbenog zahtjeva (pripada tuženiku). Materijalne dispozicije su one kojima stranka raspolaže predmetom spora, tako da se učinak tih stranačkih dispozicija prelijeva izvan granica konkretne parnice u kojoj su poduzete neposredno u slučaju sudske nagodbe (sporazum obiju stranke o suštini parnice) ili posredno u slučaju odricanja tužbenog zahtjeva (pripada tužitelju) i priznanja tužbenog zahtjeva (pripada tuženiku). Vidi TRIVA – DIKA, *op. cit.*, p. 129.

106 Sud može isključiti javnost za cijelu glavnu raspravu ili jedan njen dio ako to zahtijevaju interesi čuvanja službene, poslovne ili osobne tajne, zaštita interesa maloljetnika, interesi javnog reda ili razlozi morala. Sud može isključiti javnost i kada se mjerama za održavanje reda predviđenim u ovom zakonu ne bi moglo osigurati nesmetano održavanje rasprave. Vidi čl. 118. st. 1. ZPP F BiH i 119. st. 1. i 2. ZPP F BiH.

je predviđeno isključenje javnosti, i to tijekom cijeloga postupka. Kako je riječ o isključenju na temelju zakona, sud ne mora donositi posebno rješenje o isključenju javnosti kao kod isključenja javnosti odlukom suda. U pravilu se isključenje ne odnosi na tzv. užu javnost. Tako se isključenje javnosti ne odnosi na stranke, njihove zakonske zastupnike, punomoćnike i umješače. Uz to, sud može dopustiti da glavnoj raspravi na kojoj je javnost isključena budu nazočne pojedine službene osobe, a i znanstveni i javni radnici, ako je to od interesa za njihovu službu odnosno znanstvenu ili javnu djelatnost, s tim da će sud upozoriti osobe koje budu nazočne raspravi iz koje je javnost isključena da su dužne kao tajnu čuvati sve ono što su na raspravi saznale i upozoriti ih na posljedice odavanja tajne.¹⁰⁷ Međutim, ovo isključenje javnosti ipak nije apsolutno. Presude se moraju objaviti javno, tako da je, zapravo, javnost isključena u dijelu postupka koji prethodi donošenju i objavljivanju presude, kao i žalbenom postupku, sve do donošenja drugostupanjske odluke, koja se, takođe, mora objaviti.¹⁰⁸ Ako u bračnom sporu javnost nije bila isključena, iako je prema zakonskim odredbama morala biti isključena, takva povreda apsolutno je bitna povreda odredaba parničnog postupka iz (arg. iz čl. 209. st. 2. toč. 10. ZPP F BiH).

2. 8. Parnični troškovi

Parnične troškove čine izdaci učinjeni u tijeku ili u povodu postupka (čl. 383. st. 1. ZPP F BiH). U redovnom parničnom postupku je jasno i izričito propisano na koji način će sud rasporediti naknadu troškova i koja stranka će snositi koje troškove. Sud će odlukom kojom se završava postupak pred tim sudom odlučiti koja stranka i u kojoj mjeri će morati nadoknaditi parnične troškove drugoj strani primjenom načela *cause*, što znači da će stranka koja u cijelosti izgubi parnicu biti dužna protivnoj stranci nadoknaditi troškove, a ako stranka djelomično uspije u parnici, sud može s obzirom na postignuti uspjeh, odrediti da svaka stranka podmiruje svoje troškove ili da jedna stranka nadoknadi drugoj razmjernan dio troškova. Pored toga, sud može odlučiti da jedna stranka naknadi sve troškove koje je druga stranka imala, ako protivna stranka nije uspjela samo u razmjerno neznatnom dijelu svog zahtjeva, a zbog toga dijela nisu nastali posebni troškovi (čl. 386. st. 1., 2. i 3. ZPP F BiH). Međutim, kako je u bračnim sporovima izraženo načelo inkvizitornosti i oficijelnosti ne može uvijek biti tačno određeno ni predviđeno koje će troškove snositi stranka, jer često će radnje u bračnim sporovima poduzimati sud bez prijedloga stranka, ili možda protivno inicijativama samih stranaka, te utvrđivati činjenice koje stranke nisu iznijele. Iz tih razloga propisano je da o troškovima postupka u statusnim stvarima sud će odlučiti slobodnom ocjenom, vodeći računa o okolnostima slučaja i o ishodu postupka.¹⁰⁹ Pored toga, budući da se u postupcima o razvodu braka radi o takvoj vrsti odnosa koji se mogu urediti samo u sudskom postupku, pri čemu se

107 Vidi čl. 120. st. 3. ZPP F BiH

108 Tako i BRKOVIĆ – ROJEVIĆ, op. cit., p. 87

109 Vidi čl. 280. st. 1. PZ F BiH. Istovjetne su odredbe čl. 225. st. 1. PZ BD. Prema odredbama PZ RS o troškovima postupka u bračnom sporu sud će odlučiti po slobodnoj ocjeni, vodeći računa o razlozima pravičnosti. Vidi čl. 77. st. 1. PZ RS.

ni jednoj strani ne može staviti na teret ni pokretanje postupka, a ni pojedine radnje u tijeku postupka, a posebno imajući u vidu činjenicu da ni tužitelj ni tuženik skoro nikada ne uspiju u cijelosti sa svojim zahtjevima postavljenim u tužbi i odgovoru na tužbu, u najvećem broju slučajeva sud prilikom odlučivanja o troškovima postupka nađe opravdanim odrediti da svaka strana snosi svoje troškove postupka.

2. 9. Presuda

U nedostatku posebnih odredaba PZ F BiH o donošenju, objavi, pisanoj izradi i dostavi presuda u sporu radi razvoda braka te rješavanja pitanja s kojim će roditeljem dijete stanovati, o ostvarivanju osobnih odnosa i uzdržavanju djeteta, primjenjuju se na odgovarajući način odredbe ZPP F BiH. Pritom PZ F BiH sadrži posebne odredbe o dužnosti suda da *ex officio* prilikom donošenja odluke kojom se utvrđuje da brak ne postoji, ili se poništava, ili razvodi, kojom se utvrđuje materinstvo ili očinstvo, kao i odlukom donesenom u drugim slučajevima odvojenog života roditelja, odluči i o sljedećim elementima: sa kojim roditeljem će živjeti maloljetno dijete ili dijete nad kojim se ostvaruje roditeljsko staranje nakon punoljetstva, o načinu održavanja osobnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa drugim roditeljem, kao i roditeljskom staranju drugog roditelja.¹¹⁰

U OZ RH je propisano da izreka odluke suda o ostvarivanju osobnih odnosa djeteta s (drugim) roditeljem mora sadržavati detaljne podatke o načinu, vremenu i mjestu preuzimanja, odnosno povratka djeteta, a po potrebi i troškovima ostvarivanja osobnih odnosa roditelja s djetetom.¹¹¹ Nadalje je propisano da je Sud dužan u obrazloženje odluke unijeti pisano upozorenje o pravnim posljedicama nepoštivanja obveze omogućavanja ostvarivanja osobnih odnosa djeteta s drugim roditeljem, i to (1) mogućnost izricanja novčane kazne u iznosu do trideset tisuća kuna; (2) mogućnost izricanja zatvorske kazne od jednog dana do šest mjeseci; te (3) mogućnost promjene odluke s kojim će roditeljem dijete stanovati.¹¹² Međutim, to pisano upozorenje, ima informativno edukativni karakter budući da do određivanja navedenih kazni, te (eventualne) promjena sudske odluke može doći samo u pokrenutom ovršnom postupku, odnosno postupku za izmjenu odluke o ostvarivanju osobnih odnosa djeteta s drugim roditeljem.¹¹³

Smatramo da bi zbog osjetljivih situacija i posljedica razvoda braka koje naročito teško pogađaju maloljetnu djecu, te zbog lakšeg provođenja presude, bilo korisno da ovakva rješenja budu unesena i u PZ F BiH. U tom pravcu držimo da bi u PZ F BiH *de lege ferenda* trebalo u čl. 304. iza stava 1. dodati novi stav 2. koji glasi: „Odluka suda mora sadržati detaljne podatke o načinu, vremenu i mjestu preuzimanja,

110 Vidi čl. 304. st. 1. PZ F BiH. Istovjetne su odredbe čl. 275. st. 1. PZ BD.

111 Vidi čl. čl. 417. st. 2. OZ RH

112 Vidi čl. čl. 417. st. 3. OZ RH

113 Tako i detaljnije o tome kod ARAS, K. S., „Novi pristup uređenju postupka radi razvoda braka u Hrvatskoj“,

Zbornik Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća, p. 235.-267., preuzeto s: <https://dokumen.tips/documents/novi-pristup-ureenju-postupka-radi-razvoda-braka-u-virgopravohrtejstwwwsitesdefaultfilesaraspdf.html?page=1>

odnosno povratka djeteta, a po potrebi i troškovima ostvarivanja osobnih odnosa roditelja s djetetom.” Dosadašnji stavovi 2. i 3. postali bi stavovi 4. i 5.

2.10. Pravni lijekovi

U nedostatku posebnih odredaba PZ F BiH o žalbi protiv odluka o razvodu braka, o tome s kojim će roditeljem dijete stanovati, o roditeljskoj skrbi, ostvarivanju osobnih odnosa djeteta s drugim roditeljem i o uzdržavanju djeteta, vrijedile bi na odgovarajući način odredbe ZPP F BiH. Pravo na djelotvoran pravni lijek je jedno od osnovnih Ustavom zajamčenih prava građana, ali i jedno od osnovnih ljudskih prava zajamčenih Konvencijom,¹¹⁴ čije odredbe se prema čl. II/2 Ustava BiH primjenjuju izravno u BiH i imaju prioritet nad svim drugim zakonima.¹¹⁵ Žalba protiv presude je univerzalni pravni lijek protiv prvostupajskih nepravomoćnih presuda svih sudova. Žalba je redovan, devolutivan, suspenzivan, dvostran i samostalan pravni lijek. Prema sistematizaciji ZPP F BiH u glavi VIII. o redovnim pravnim lijekovima, žalba protiv presude određena je kao osnovni redovni pravni lijek protiv prvostupajskih presuda te odgađa nastupanje pravomoćnosti. Devolutivnost žalbe ogleda se u tome što odredba čl. 203. st. 3. ZPP F BiH koncizno propisuje da o žalbi odlučuje drugostupajski sud. Sama mogućnost podnošenja pravovremene, potpune, dopuštene žalbe jasno ukazuje da žalba u pravilu suspendira nastupanje djelovanja presude. Žalba protiv presude dostavlja se protivnoj stranci na odgovor, što jasno ukazuje na element dvostranosti. Samostalnost žalbe protiv presude kao pravnog lijeka ogleda se u tome što je dopuštena izravno protiv svake prvostupajnske nepravomoćne presude.¹¹⁶

Stupanjem na snagu PZ F BiH prestala je primjena Porodičnog zakona (“Službeni list SR BiH”, br. 21/79 i 44/89, kao i “Službeni list R BiH”, br. 6/94 i 13/94) dok su se odredbe čl. 60., čl. 68., do 79., čl. 134 do 140. i čl. 259. Porodičnog zakona (“Službeni list SR BiH”, br. 21/79 i 44/89) prestale primjenjivati stupanjem na snagu Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj 42/98), koji je kao jednu od novina u pravni sustav Federacije bio uveo da je postupak u bračnim sporovima (postupak radi utvrđivanja postojanja ili nepostojanja braka, poništenja braka, razvoda braka i postupak utvrđivanja i osporavanja očinstva) izmješten iz Porodičnog zakona i uključen ZPP F BiH iz 1998, kao jedan od posebnih parničnih postupaka. Međutim u okviru reforme građanskog procesnog prava 2003. godine donesen je novi Zakon o parničnom

114 Članom 13. Konvencije zajamčeno je pravo na djelotvoran pravni lijek koji propisuje da: “Svako čija su prava i slobode priznate Konvencijom narušena, ima pravo na pravni lijek pred nacionalnim vlastima, čak i onda kada su povredu ovih prava i sloboda učinila lica u vršenju svoje službene dužnosti.”

115 Podrobnije o tome kod MILJKO, Z., „Perspektive za implementaciju Daytonskog sporazuma s obzirom na ljudska prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XI, Mostar, 1998., p. 191, MILJKO, Z., „Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama i ustavni poredak Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XX., 2007., p. 93.-107.

116 Tako i opširnije kod HAUBRICH, V., *Pravni lijekovi u parničnom postupku*, PRESSUM, Mostar, 2020., p. 74. – 85.

postupku¹¹⁷, kojim je izvršena temeljita reforma građanskog procesnog prava, na način da su iz njega ponovo izmještene odredbe u posebnim postupcima, odnosno o postupcima u parnicama iz porodičnih odnosa.

PZ F BiH u svojim odredbama je propustio da normira pitanja prava na žalbu, roka za izjavljivanje žalbe u bračnim sporovima i sporovima iz odnosa roditelja i djece, tako da sud u tom postupku primjenjuje odredbe čl. 203. ZPP F BiH, kojim je propisano da protiv presude donesene u prvom stepenu stranke mogu izjaviti žalbu u roku od 30 dana od dana donošenja presude, odnosno, ako se presuda dostavlja u roku od 30 dana nakon dostave prijepisa presude, iz čega se zaključuje da ovakav propust zakonodavca nije u skladu sa načelom hitnosti, koje načelo je jedno od temeljnih načela porodičnog prava, a što dalje dovodi do nepoštivanja principa donošenja pravosnažne odluke u razumnom roku. Stoga držimo da bi u PZ F BiH *de lege ferenda* trebalo u čl. 273. iza stava 3. dodati novi stav 4. koji glasi: „Protiv presude donesene u prvom stepenu stranke mogu izjaviti žalbu u roku od 15 dana od dana donošenja presude, odnosno, ako se presuda dostavlja u skladu s odredbama ovog Zakona o parničnom postupku, u roku od 15 dana nakon dostave prijepisa presude.” Dosadašnji st. 4. postao bi stav 5.

Navedenim rješenjima bi se u većoj mjeri realiziralo načelo hitnosti, kao jedno od specifičnih načela ovih postupaka, te udovoljilo zahtjevima suđenja u razumnom roku i pristupa sudu zajamčenih čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

PZ F BiH sadrži odredbe o izvanrednim pravnim lijekovima protiv presude donesene u bračnom sporu – tako i sporu radi razvoda braka, te protiv presude o tome s kojim će roditeljem dijete stanovati, o roditeljskoj skrbi, ostvarivanju osobnih odnosa djeteta s drugim roditeljem i o uzdržavanju djeteta. Protiv drugostupanjske presude donesene u sporu radi razvoda braka revizija nije dopuštena.¹¹⁸

Isto tako u bračnim sporovima i sporovima iz odnosa roditelja i djece postoji ograničenje i u primjeni drugog izvanrednog pravnog lijeka - prijedloga za ponavljanje postupka, a koje je propisano odredbom čl. 294. PZ F BiH, na način da se pravomoćna presuda kojom je utvrđeno da brak ne postoji, ili kojom je brak poništen ili razveden, ne može, povodom prijedloga za ponavljanje postupka ili prijedloga za povrat u prijašnje stanje, izmijeniti u dijelu o prestanku braka, bez obzira na to da li je neka od stranaka zaključila novi brak.¹¹⁹ Dakle, žalba je jedini pravni lijek koji se u bračnim sporovima i sporovima iz odnosa roditelja i djeca

117 Parlament Federacije Bosne i Hercegovine donio je Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine na sjednici Zastupničkog doma održanoj 8. listopada 2003. godine i na sjednici Doma naroda održanoj 1. listopada 2003. godine. Zakon je objavljen je u „Službenim novinama Federacije Bosne i Hercegovine, br. 53/03, a stupio je na snagu 5. studenoga 2003. godine.

118 Vidi čl. 286. PZ F BiH.

119 U PZ RS i revizije. Prema odredbi čl. 76. PZ RS ako je pravomoćnom presudom brak poništen ili razveden, ne može se povodom revizije, predloga za ponavljanje postupka, zahtjeva za zaštitu zakonitosti ili predloga za povrat u prijašnje stanje izmijeniti pravomoćna presuda u dijelu o prestanku braka, bez obzira da li je neka od stranaka zaključila novi brak.

primjenjuje bez ograničenja, prema istim pravilima i uvjetima kao i u redovnom parničnom postupku.

Presuda kojom se brak razvodi na temelju zahtjeva za sporazumni razvod braka može se pobijati zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka, zbog toga što je pristanak za razvod braka na temelju sporazuma dan u zabludi ili pod utjecajem sile ili prevare. Za razliku od ostalih bračnih sporova, u slučaju kad se brak razvodi na temelju sporazuma bračnih drugova, sud ne može utvrđivati nesporne činjenice jer se ta presuda ne donosi na temelju utvrđenog činjeničnog stanja i primjene odgovarajuće norme materijalnog prava na tako utvrđeno činjenično stanje. Iz ovih razloga presuda na temelju zahtjeva za sporazumni razvod braka može se pobijati samo ako se usvaja zahtjev za sporazumni razvod braka, a ne i kad se zahtjev odbija. Ako je zahtjev za sporazumni razvod braka odbijen, protiv takve presude može se izjaviti žalba iz istih razloga kao i protiv ostalih presuda u bračnim sporovima.

3. Zaključak

U postupcima u sporovima o razvodu braka uređenim Porodičnim zakonom F BiH, koji se u njima primjenjuje kao *lex specialis* kroz cijeli postupak, propisane su mnogobrojne specifičnosti, odnosno posebna pravila u odnosu na redovan postupak. Ta posebna pravila uvjetovana su prvenstveno samim specifičnostima odnosa u braku, a osobito potrebom zaštite porodice, djece i njihovog najboljeg interesa, a ogledaju se u samom načinu pokretanja postupka, većim ovlaštenjima suda tijekom postupka u odnosu na redovan parnični postupak, naglašenoj ulozi načela hitnosti, drugačijem normiranju načela javnosti te pravilima o troškovima postupka. Držimo da bi u cilju poticanja sporazumnog rješavanja porodičnih sporova, zajedničkog vršenja roditeljskog prava i nakon razvoda braka, u PZ F BiH po uzoru na OZ RH, trebalo kao dužnost propisati ostvarenje roditeljske skrbi na temelju Plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi koji bi predstavljao pisani sporazum roditelja o načinu ostvarivanja roditeljske skrbi u okolnostima u kojima roditelji djeteta trajno ne žive u porodičnoj zajednici. Ovakav način uređenja zaštito bi interes i dobrobit djeteta u slučajevima kad je ono žrtva konflikta svojih roditelja te donijelo rješenja kojima su jasnije uređena prava i dužnosti roditelja kao i način na koji roditelji koji žive odvojeno zastupaju dijete, s tim da bi ova pitanja trebalo rješavati primjenom načela individualizacije. Nadalje, ovim izmjenama bi se prebacila odgovornost odlučivanja o ostvarivanju roditeljske skrbi te osobnih odnosa nakon prestanka porodične zajednice roditelja sa države na roditelje, pri čemu bi se zadržala mogućnost države da intervenira u one odnose u kojima je ugrožen interes djeteta kroz samu kontrolu postignutih sporazuma roditelja.

Zbog osjetljivih situacija i posljedica razvoda braka koje naročito teško pogađaju maloljetnu djecu, te zbog lakšeg provođenja presude o ostvarivanju roditeljske skrbi jednog roditelja, a u cilju sprječavanja situacija u kojima je dijete rastrgano između dvoje konfliktnih roditelja koji nisu u stanju interes djeteta staviti ispred vlastitih interesa, držimo da bi u PZ F BiH *de lege ferenda* trebalo unijeti dopune na način da

odluka suda mora sadržati detaljne podatke o načinu, vremenu i mjestu preuzimanja, odnosno povratka djeteta, a po potrebi i troškovima ostvarivanja osobnih odnosa roditelja s djetetom.

Na kraju, kako je PZ F BiH u svojim odredbama propustio da normira pitanja prava na žalbu, roka za izjavljivanje žalbe u bračnim sporovima i sporovima iz odnosa roditelja i djece, sud u tom postupku primjenjuje odredbe čl. 203. ZPP F BiH, kojim je propisano da protiv presude donesene u prvom stepenu stranke mogu izjaviti žalbu u roku od 30 dana od dana donošenja presude, odnosno, ako se presuda dostavlja u roku od 30 dana nakon dostave prijepisa presude, iz čega se zaključuje da ovakav propust zakonodavca nije u skladu sa načelom hitnosti. Da bi se u većoj mjeri realiziralo načelo hitnosti kao jedno od specifičnih načela ovih postupaka, te udovoljilo zahtjevima suđenja u razumnom roku i pristupa sudu zajamčenih čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda držimo da bi u PZ F BiH *de lege ferenda* trebalo u čl. 273. iza stava 3. dodati novi stav 4. koji glasi: „Protiv presude donesene u prvom stepenu stranke mogu izjaviti žalbu u roku od 15 dana od dana donošenja presude, odnosno, ako se presuda dostavlja u skladu s odredbama ovog Zakona o parničnom postupku, u roku od 15 dana nakon dostave prijepisa presude.“

Alena Huseinbegović, LL. D., full professor
Faculty of Law of the University "Džemal Bijedić" in Mostar

Mirjana Kevo, LL. D.
judge of the Municipal Court in Mostar

SPECIFIC PROCEDURE IN DISPUTES ABOUT MARRIAGE DIVORCE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA AND COMPARATIVE FAMILY LAW

Summary: In the paper, the authors analyze legislative solutions and present their views on specific principles that are accepted and applied in disputes about divorce in Bosnian family law and the law of individual post-Yugoslav countries. Marital disputes, which include divorce disputes, are regulated in such a way that the rules that are common to all family court proceedings (litigation, non-litigation and special enforcement and insurance proceedings) are first set aside, and then certain special rules are provided for them. . These special rules are conditioned primarily by the specifics of the relationship in marriage, and especially by the need to protect children and their best interests. After the analysis of the legal solutions offered, the shortcomings of the legislative regulation will be pointed out and certain proposals of *de lege ferenda* will be proposed, with the aim of amending the Family Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina by introducing the Plan on joint parental care, by prescribing the obligation to pronounce court decisions on the realization of personal relationships of the child with (other) parent must contain detailed information on the method, time and place of taking over or returning the child, as well as, if necessary, the costs of establishing personal relations between the parent and the child, as well as prescribing shorter deadlines for legal remedies, in order to fully comply with the principle of urgency , and met the requirements of the right to a trial within a reasonable time and access to the court guaranteed by Art. 6. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Keywords: marital disputes, divorce, trial within a reasonable time, legal remedies, urgency of action.

IMOVINSKI ODNOSI BRAČNIH I VANBRAČNIH PARTNERA SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI I ULOGA NOTARA U BIH

Sažetak: Jedan važan segment djelatnosti notara u BiH predstavljaju njihovi zadaci u transakcijama nekretninama. To će tako ostati i nakon implementacije odluka Ustavnog suda Federacije BiH, pri čemu će se u Federaciji BiH stranke opredjeljivati dobrovoljno za formu notarski obrađene isprave zbog njenih prednosti, dok će ova forma biti obavezna i uvjet valjanosti pravnih poslova koji imaju za predmet stvarna prava na nekretninama u Republici Srpskoj i Brčko distriktu BiH. U ovom radu autorica se fokusira na jedan izuzetno važan segment pravnih transakcija sa nekretninama. To su pravni odnosi koji se tiču nekretnina koje čine bračnu ili vanbračnu stečevinu i koji pri tom imaju element inostranosti.

Rad se koncentrira na prekogranične imovinske odnose bračnih i vanbračnih partnera koje involviraju pravni poredak Slovenije, Hrvatske, Srbije, Crne Gore i Makedonije. Uprkos činjenici da ove zemlje nasljednice bivše SFRJ imaju zajedničko pravno naslijeđe, razlike među njima bivaju sve veće. Pri tome one imaju i dalje veoma bliske i intenzivne veze, što se ogleda i u mnogim porodično-pravnim, nasljedno-pravnim i općenito imovinsko-pravnim prekograničnim odnosima. U radu se ispituje uloga notara u postupku savjetovanja bračnih ili vanbračnih partnera koji žele urediti svoje imovinske odnose u bračnoj ili vanbračnoj zajednici ili koji žele kupiti ili prodati nekretninu u internacionalnom kontekstu. Zadatak notara je ovdje posebno zahtjevan s obzirom da se postavljaju posebno složena pitanja porodičnog, stvarnog, nasljednog i međunarodnog privatnog prava. Autorica nastoji odgovoriti na pitanje da li su notari u BiH osposobljeni da efikasno u prekograničnom kontekstu ispune svoje obaveze propisane u okviru postupka notarski obrađene isprave i svoje obaveze zaštite obiju stranaka.

Posebno se navedena pitanja razmatraju u kontekstu činjenice da u BiH nije reformirano međunarodno privatno pravo, a da je ona okružena ili zemljama koje su već članice EU ili imaju status kandidata i koje su izvršile značajna prilagođavanja svog pravnog poretka evropskom.

Ključne riječi: bračna stečevina, imovina vanbračnih partnera, imovinski odnosi u bračnoj i vanbračnoj zajednici sa elementom inostranosti, forma notarski obrađene isprave, pravni promet nekretninam

1. Uvod

Ovogodišnja tema međunarodnog skupa Dani porodičnog prava u organizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta Džemal Bijedić i njemačke Fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit

e.V. – IRZ), koji slavi i svoj prvi jubilej, glasi ”Porodica u aktuelnom pravnom i društvenom kontekstu”. Više je povoda da je za navedeni skup sa navedenom temom izabran rad pod naslovom „Imovinski odnosi bračnih i vanbračnih partnera sa elementom inostranosti i uloga notara u BiH“.

Jedan od njih je vezan upravo za aktuelni društveni kontekst (koji traži adekvatnu pravnu regulativu te njenu pravilnu primjenu). Naime, nakon disolucije bivše SFRJ mnogi su pravni odnosi preko noći postali odnosi sa elementom inostranosti. Neće biti rijetkost da se kod obavljanja svoje djelatnosti notar susretne sa pravnim odnosima u kojima se pojavljuje element inostranosti (npr. jedna od stranaka nije državljanin BiH, ili nema prebivalište u BiH, ili se nekretnina ne nalazi u BiH itd.). U ovom će se radu istraživanje koncentrirati samo na regiju¹, jer su nesumnjivo prekogranični odnosi najčešći sa zemljama regije, koje su do skorog vremena bile u sastavu jedne države.

Slijedeći razlog slijedi iz prethodnog: svaki primjenjivač prava u BiH, pa i notar, će se, kada su navedeni odnosi sa elementom inostranosti u pitanju, susresti sa nizom izazova, počevši od utvrđivanja koje je pravo mjerodavno do utvrđivanja sadržaja određenog mjerodavnog prava, koje može biti pravo druge države. U BiH su kolizione norme kao i norme o međunarodnoj nadležnosti, te priznanju i izvršenju stranih naslova, sadržane u pravilu u odredbama Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRSZ) koji je donesen 1982. u bivšoj SFRJ a potom preuzet u pravni poredak BiH. U cijeloj BiH se primjenjuje ovaj Zakon bivše SFRJ u istovjetnom tekstu pri čemu su osnovi primjene različiti.² Ovdje će se kao problem pokazati činjenica da su norme međunarodnog privatnog prava u BiH zastarjele, općenito ali i u poređenju sa rješenjima usvojenim u regiji.³

1 Regija bi podrazumijevala i pravni poredak Albanije, ali Albanija nije bila u sastavu bivše SFRJ. Ovo istraživanje nije obuhvatilo ni Kosovo, dijelom zbog jezičke barijere. Zakoni se objavljuju na engleskom jeziku, ali ne i sva relevantna literatura. Autorica ovog rada ne poznaje pravni poredak Kosova u cjelini da bi mogla dati valjane iskaze.

2 ZRSZ je u pravni poredak RBiH odnosno Federacije BiH preuzet Uredbom sa zakonskom snagom o priznanju i primjeni saveznih zakona, koja je kasnije potvrđena kao zakon (Službeni list RBiH 2/92, 13/94). U Republici Srpskoj su članom 12. Ustavnog zakona za provođenje Ustava Republike Srpske preuzeti u pravni poredak Republike Srpske svi savezni zakoni bivše SFRJ pod uslovom da nisu u suprotnosti s važećim pravnim poretkom (Službeni glasnik RS 21/92). U BD BiH važe svi zakoni koji su važili u BiH (Član 76. Statuta BD BiH).

3 Dok su neke druge zemlja nasljednice bivše SFRJ donijele nove zakone o međunarodnom privatnom pravu to se nije desilo u BiH niti u Srbiji.

Novi zakon je donijela Slovenija (1999): Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, Uradni list Republike Slovenije 56/99, 45/08, 31/21 dalje: ZMPP SLO. Neslužbena prečišćena verzija dostupna na: <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO1258>. I tada je ovaj zakon imao za cilj prilagodbu pravu EU. Više o ovom zakonu kod Geč-Korošec, M., Die Reform des slowenischen internationalen Privat- und Verfahrensrechts und seine Anpassung an das Recht der Europäischen Union, 66 *RabelsZ* (2002), str. 710 i dalje. U Makedoniji je prvi zakon donijet 2007. sa izmjenama iz 2010. godine, a 2020. je donesen novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu (Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 32/2020 – dalje: ZMPP MAK); i u ovom je zakonom vršeno usklađivanje sa pravom EU. O procesu kodifikacije međunarodnog privatnog prava u Makedoniji vidjeti Jessel-Holst, Christa, Makedonija na putu ka modernom međunarodnom privatnom pravu, Nova pravna revija NPR 2/2016, str. 7 i dalje. Crna Gora je donijela novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu 2014. godine

Kada je u pitanju status fizičke osobe, porodično-pravni ili nasljedno-pravni odnosi, ključne tačke vezivanja su u BiH državljanstvo fizičke osobe, dok je u uporednom pravu, pravu EU i u nizu međunarodnih konvencija ova tačka vezivanja napuštena u korist uobičajenog boravišta.^{4 5} Ova tačka vezivanja nije poznata domaćem zakonu, ali će je notar često susretati u statusnim, porodičnim i nasljedno-pravnim odnosima sa elementom inostranosti, naročito ukoliko mjerodavno pravo bude pravo jedne zemlje članice EU ili prava zemalja u neposrednom susjedstvu odnosno regiji. Dvije zemlje regije (Slovenija i Hrvatska) su članice EU, a Crna Gora i Makedonija su slijedile rješenja i principe međunarodnog privatnog prava u EU. U Srbiji se također još uvijek primjenjuje ZRSZ ali je Srbija pristupila određenim međunarodnim konvencijama koje, kao i pravo EU, prvenstveno prihvataju kao ključne tačke vezivanja u porodičnim odnosima uobičajeno boravište. Svi primjenjivači prava u BiH pa i notari, koji će biti na prvoj liniji kada se radi o ugovorima o prometu nekretnina koje mogu biti u sastavu bračne ili vanbračne stečevine (dalje: (van)bračna stečevina) u ovom sukobu kolizionih normi (državljanstvo v. uobičajeno prebivalište) neće imati lagan zadatak. Veoma će često doći do situacije da će biti uzvraćanja (*renvoi*) na pravo u BiH.

(Službeni list Crne Gore, br. 1/2014, 6/2014 – ispr., 11/2014 – ispr., 14/2014, 47/2015 - dalje: ZMPP CG) slijedivši tada važeća rješenja prava EU. Mandić-Kostić, Maja, Montenegro in: In International Encyclopaedia of Laws: Private International Law, edited by Bea Verschraegen. Alphen van den Rijn, NL: Kluwer Law International, 2019, str. 17, tač. 7 - 11.; Šaula, Valerija, Reform of Private International Law in Countries Successors of the Former Yugoslavia, New Legal Challenges v. Legal Tradition, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 4/2019, str. 1354. Novi je zakon u Hrvatskoj usvojen 2017. godine (Narodne novine, br. 101/2017 – dalje: ZMPP HR) gdje se podrazumjeva usklađenost prava sa pravom EU budući da je međunarodno privatno i međunarodno privatno procesno pravo uređeno uredbama EU koje se direktno primjenjuju u zemljama članicama. Više o ovom zakonu Sikirić, Hrvoje, Novosti u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu, Prilozi za Sedamnaesto međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, 2019, str. 36 do 58. Srbija je u podmakloj fazi izrade novog zakona o međunarodnom privatnom pravu.

ZRSZ je nesumnjivo predstavljao solidnu kodifikaciju međunarodnog privatnog prava u vrijeme njegovog donošenja. U tom smislu, umjesto mnogih Šarčević, Petar, The New Yugoslav Private International Law Act, The American Journal of Comparative Law, Vol. 33, 2/1985, str. 283 – 296. Međutim je od 1982. godine u teoriji i praksi međunarodnog privatnog prava došlo do veoma značajnih promjena, naročito i pod utjecajem međunarodnog privatnog prava EU, što bi trebalo rezultirati reformom međunarodnog privatnog prava i u Bosni i Hercegovini. Više o reformi međunarodnog privatnog prava u regionu vidjeti kod Jessel-Holst, Christa, The Reform of Private International Law Acts in South East Europe, with particular Regard to the West Balkan Region, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 2015, str. 113 - 146; Šaula, Valerija, Reform of Private International Law in Countries Successors of the Former Yugoslavia New Legal Challenges v. Legal Tradition, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 4/2019, str 1348. i dalje.

4 Više o tome vidjeti kod Kostić-Mandić, Maja (2017) Međunarodno privatno pravo, Podgorica, str. 356; Šaula, Valerija (2011) Osnovi međunarodnog privatnog prava Republike Srpske, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka, str. 118. Još 2003. standardni udžbenik njemačkog međunarodnog privatnog prava (v. Bar/Mankowski (2003) Internationales Privatrecht, Band I Allgemeine Lehren, 2. Auflage, str. 56, Rd. 18) konstatira da državljanstvo dominira u njemačkom pravu kada su u pitanju statusni, porodični i nasljedni odnosi da bi nepunih 10 godine kasnije slika bila izmijenjena i državljanstvo potisnuto uobičajenim boravištem.

5 Član 71, 80. ZMPP CG; npr. član 36, 37 ZMPP HR; te primjera radi član 32, 34, 36, 38 ZMPP Mak.

Upravo u vezi sa rečenim je dalji razlog za odabir ove teme. On proizilazi iz osjećaja ili utiska, koji se ne može direktno dokazati, ali koji je u pojedinačnim sudskim odlukama vidljiv, a koje je autorica ovog rada stekla i iz vlastitog iskustva savjetovanja i razgovora sa kolegama pravicima, a to je da primjenjivači prava u BiH, nemaju uvijek potpuno jasna znanja i vještine kada je u pitanju primjena prava na pravne odnose sa međunarodnim obilježjem odnosno elementom inostranosti. Kada su u pitanju takvi odnosi nužno je, ako se pokreće postupak pred domaćim sudom odnosno organom, prethodno raspraviti da li uopće postoji međunarodna nadležnost domaćeg suda odnosno domaćeg organa, pa kada se to utvrdi, nužno je odrediti koje se pravo ima primijeniti. Na žalost u nizu slučajeva je zamjetno da se ne ispituje ni postojanje međunarodne nadležnosti niti pitanje mjerodavnog prava⁶, odnosno da se često potpuno ignoriraju izvori međunarodnog privatnog prava, kako oni nacionalni tako i oni međunarodni. Autorica ovog rada nije usamljena sa navedenim opažanjem. U doktrini je već primijećeno da sudovi u BiH vrlo često na odnose sa elementom inostranosti primjenjuju domaće pravo, bez prethodnog utvrđivanja koje je pravo mjerodavno.^{7 8}

6 Vrlo je prominentan primjer slučaj Zulfikarpašić u kome se radilo o raspolaganju imovinom značajne vrijednosti i to bračnim i nasljednim ugovorom, zaključenim u Švicarskoj, u vrijeme kada nasljedni ugovor nije bio dopušten u BiH. Analiza sudskih odluka pokazuje potpuno nesnalaganje sudova koji prvobitno nisu ni utvrđivali mjerodavno pravo (65 O P 115876 09 P od 22.11.2010), na šta je ispravno ukazao Kantonalni sud u Sarajevu (65 O P 115876 11 Gž od 28.09.2015) a u ponovljenom postupku, je napravljen privid utvrđivanja mjerodavnog prava, pri čemu postupajući sudija nije imao ni daleku predstavu šta mu je zadaća (mahom je kopirao neselektivno izvode iz udžbenika međunarodnog privatnog prava koji se nisu u pravilu ni odnosili na pravna pitanja konkretnog slučaja - 65 O P 115876 16 P 2 od 15.05.2018). Drugostepeni sud je takvo suđenje potvrdio (65 O P 115876 18 Gž 2 od 19.12.2018). Revizija je odbijena iz formalnih razloga (zbog imovinskog cenzusa za reviziju, gdje je Vrhovni sud FBiH na slučaj koji je započeo 2009. primijenio noveliran Zakon o parničnom postupku FBiH koji je tražio veću navedenu vrijednost spora za dopuštenost revizije - 65 O P 115867 16 Rev od 15.10.2019). Ustavi sud je odbacio apelaciju, budući da reviziju nije ocijenio kao efikasan pravni lijek, a apelacija nije bila uložena na odluku kantonalnog suda (AP-486/20 od 08.04.2020). Vidjeti Više o ovoj odluci Powlakić, Meliha, Primjena međunarodnog privatnog prava u praksi notara u BiH, str. 96. Dostupno na <https://notaribih.ba/sites/default/files/vijesti-prilog/2021-04/Primjena%20me%C4%91%20privatnog%20prava%20u%20praksi%20notara%20u%20BiH.pdf> (pristupljeno 14.09.2022).

7 Šaula, Valerija, Primjena normi međunarodnog prava u praksi sudova u Bosni i Hercegovini: jedan pozitivan primjer, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci, God. 34, br. 34 (2012) str. 83 – 83. Takođe, Šaula, Valerija, Razvoj međunarodnog privatnog prava u regionu – Izveštaj za Bosnu i Hercegovinu in: Zbornik radova /Collected Papers, sa Sedme Konferencije za međunarodno privatno pravo – Proširenje „Evropskog pravosudnog prostora“ na države članice CEFTA, Novi Sad, 2010, str. 135. Ipak, ovdje je zamjetan i pozitivan razvoj što znači da sudovi utvrđuju mjerodavno pravo, direktno se pozivaju na međunarodne konvencije kao izvor prava, te pravilno polaze od pretpostavljenog reciprociteta. Šaula, Valerija, op. cit., str. 137. i dalje.

8 Ovaj je deficit, kao i posebne zadaće notara u transakcijama sa inostranim elementom bio i povod za niz projekata koje su u zemljama Zapadnog Balkana podržali Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) i Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ). Vidjeti: FAO and GIZ. 2019. Rome, Guidelines on Strengthening Gender Equality in Notarial Practices – South-East Europe, dostupno na <https://www.fao.org/3/CA2953EN/ca2953en.pdf>. U ovom je Projektu izvjestitelj za BiH bila Meliha Powlakić.

U okviru projekta GIZ „Ekonomsko osnaživanje žena“ izrađen je Vodič Primjena međunarodnog privatnog prava u praksi notara u BiH, autorica Powlakić, Meliha. Objavljeno na stranici Notarske komore

Ovaj rad ima za cilj da određene kompleksne institute međunarodnog privatnog prava (o kojima je dosta pisano, i koji neće biti analizirani kao takvi) dovede u vezu sa svakodnevnim pitanjima sa kojima se susreću notari u svojoj praksi. Notari često postavljaju pitanje može li notar iz BiH izvršiti notarsku obradu ugovora koji ima za predmet nekretninu koja se nalazi u inostranstvu ili obrnuto, da li ja valjana obrada inostranog notara ako se nekretnina nalazi u BiH. Pitanje prometa nekretninama se međutim usložnjava ukoliko su nekretnine kojima se prometuje ili koje se opterećuju u sastavu (van)bračne stečevine, a i bračni/vanbračni odnosi imaju element inostranosti.

2. Specifične obaveze notara prilikom notarske obrade pravnih poslova sa elementom inostranosti

Ovdje će se ispitati kakve su obaveze notara općenito kada vrši obradu pravnog posla, a postoje odnosi sa elementom inostranosti.

U okviru bilo kojeg postupka notarske obrade isprave notar mora provjeriti da li su stranke sposobne i ovlaštene za poduzimanje i zaključivanje određenog pravnog posla, ispitati pravu volju stranaka, objasniti situaciju, stranke poučiti o pravnom dometu posla i njihove izjave jasno i nedvosmisleno pismeno sastaviti u obliku notarskog izvornika. Pri tome notar mora paziti da se isključe zabune i sumnje, kao i da neiskusne i nevjeste stranke ne budu oštećene,⁹ a sve u cilju da se izbjegniju docniji sudski sporovi. Budući da je o postupku notarske obrade detaljno pisano u našem pravu, ovdje je dato samo kratko podsjećanje. Takođe ovaj se rad neće baviti pitanjima određenja bračne stečevine,¹⁰ već pitanjem koje se pravo na nju ima primijeniti. Za ovaj je rad u vezi sa (van)bračnom stečevinom posebno zanimljivo pitanje raspolaganja od strane samo jednog partnera pri čemu se moraju imati u vidu rješenja mjerodavnog pravnog poretka o tome kome se pruža prioritarno zaštita – neuknjiženom bračnom partneru, koji je suvlasnički udio stekao na osnovu zakona, a nije se uknjižio u zemljišnoj knjizi ili trećem savjesnom licu, koje pribavlja vlasništvo na nekretnini temeljem načela povjerenja. O tome je u BiH i regiji objavljen veliki

FBiH, <https://notaribih.ba/sites/default/files/vijesti-prilog/2021-04/Primjena%20me%C4%91%20privatnog%20prava%20u%20praksi%20notara%20u%20BiH.pdf> (pristupljeno 14.09.2022).

Takođe vidjeti i projekt Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) and Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH (2021) Rome, Notarial practices in Bosnia & Herzegovina: Strengthening gender equality in land ownership and control / Notarska praksa u Bosni i Hercegovini: Jačanje rodne ravnopravnosti u oblasti vlasništva i kontrole nad zemljištem, gdje je nacionalni izvjestitelj bila S. Mezetović Medić. Vidjeti <https://www.fao.org/3/cb5574b/cb5574b.pdf>.

⁹ Član 80. Zakona o notarima FBiH (Službene novine FBiH, br. 45/2002), dalje: ZNot FBiH; član 74. Zakona o notarima Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005 - ispr., 91/2006, 37/2007, 74/2007 - odluka US, 50/2010, 78/2011, 20/2014, 68/2017, 113/2018 - odluka US i 82/2019), dalje: ZNot RS; član 53. Zakona o notarima BD BiH (Službeni glasnik BD BiH, br. 9/2003 i 17/2006), dalje: ZNot BD BiH. O postupku notarske obrade Softić, Vesna in: Povlakić/Schalast/Softić (2009) Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, str. 186. i dalje.

¹⁰ Vidjeti detaljnije kod Softić, Darja, Bračna stečevina prema Porodičnom zakonu Federacije BiH, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, L/2007, str. 495 – 521.

broj radova¹¹, koji ukazuje i na praktični značaj problema, a ovdje će se time baviti u kontekstu notarske obrade sa elementom inostranosti.

Kada su u pitanju odnosi sa elementom inostranosti, notarima je u postupku notarske obrade nametnuta još jedna dužnost: prije svega utvrditi koje je pravo mjerodavno, u pravilu saznati njegovu sadržinu, te eventualno gore navedene provjere izvršiti prema mjerodavnom stranom pravu. Bez ovog prethodnog koraka notar u određenim slučajevima neće moći procijeniti da li su stranke sposobne i ovlaštene poduzeti pravni posao (npr. ukoliko je stranka strani državljanin, prema domaćim kolizionim normama, njegova se poslovna sposobnost određuje prema pravu njegovog državljanstva). Također, ako se na određeni odnos ima primijeniti strano pravo, notar neće moći, ako ga ne poznaje, procijeniti pravne posljedice posla i da li će neka odredba biti protivna zakonu, što otežava pouku strankama o posljedicama pravnog posla.

Ako notar utvrdi da je mjerodavno domaće pravo (jer na to upućuje domaća koliziona norma), notar će postupiti kao i u odnosima bez elementa inostranosti – primijenit će domaće pravo. Ovdje je međutim potreban veliki oprez. Ukoliko domaća norma upućuje na primjenu stranog prava, zadatak notara da utvrdi mjerodavno pravo se ovdje ne završava. Naime, moguće je da strana koliziona norma upućuje na primjenu prava BiH. Ovdje se radi o ustanovi uzvraćanja i preupućivanja (*renvoi*).

Kada koliziona norma uputi na strano pravo kao mjerodavno, sud odnosno drugi nadležni organ je, u načelu, dužan da primjeni ne samo materijalno pravo te države već i kolizione norme tog stranog prava i to prvenstveno kolizione norme. Ovakva obaveza je stipulirana u članu 6. ZRSZ kojima je uređena ustanova uzvraćanja i preupućivanja (*renvoi*). Ustanova *renvoi* je jedan od najkontroverznijih instituta međunarodnog privatnog prava, „a često upravo od primjene *renvoi* ovisi da li će se mjerodavno pravo utvrditi na ispravan način.“¹² Ova ustanova može dovesti do toga da se, umjesto mjerodavnog prava kojeg je utvrdila domaća koliziona norma,

11 Bez pretenzije da lista bude iscrpna: Appio Giunio, Miljenko, Povjerenje u zemljišne knjige i bračna stečevina, Hrvatska pravna revija, 2006, VI(5), str. 19-31; Josipović, Tatjana, Ernst, Hano, Uloga zemljišnih knjiga u pravnom prometu bračnom stečevinom“, in *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić* (1928. – 2008.), Zagreb 2009, str. 547 - 592; Appio Giunio, Miljenko, Pravna priroda bračne stečevine i učinci jednostranog raspolaganja, Pravo i porezi, 2009, XVIII(6), str. 25-29; Povlakić, Meliha, Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH, Nova pravna revija NPR 1/2014, str. 41 – 50; Laličić/Nanić, Zaštita povjerenja u zemljišne knjige kada treća osoba stiče nekretninu koja je bračna stečevina, Pravna misao, 1-2/2015, str. 46 – 52; Povlakić, Meliha, Mezetović-Medić, Selma, Die neue Rolle des Grundbuchs in dem Transformationsprozess in Bosnien und Herzegowina in: Milisavljević/Jevremović/Živković (Edts.), *Law and Transition, Collection of papers*, Belgrade, 2017, str. 357 - 381; Dragičević, Franjo, Raspolaganje bračnom stečevinom i zaštita povjerenja u praksi Ustavnog suda, Nova pravna revija, 2/2017, str. 7 – 19; Povlakić, Meliha, Mezetović-Medić, Selma, Uređenje imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera i rodna ravnopravnost, Zbornik radova, Univerzitet Džemal Bijedić u Mostaru, Pravni fakultet, Godina VI, broj 6. 2018, str. 44 – 68; Povlakić, Meliha, Načelo upisa i načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi redovnih sudova i Ustavnog suda BiH, Zbornik radova sa XIV Savjetovanja iz oblasti građanskog prava „Aktuelna pitanja iz oblasti građanskog prava u Bosni i Hercegovini, teorija-praksa, Jahorina, 16. – 19.10.2019, str. 45 - 72.

12 Meškić, Zlatan, Đorđević, Slavko (2016) *Međunarodno privatno pravo I – Opći dio*, Sarajevo, str. 45.

primijeni strano pravo, pa ga doktrina vrlo često razmatra u sklopu razloga za odstupanje od primjene materijalnog prava.¹³

Obaveza primjene strane kolizijske norme odnosno ustanove *renvoi* odnosi se i na notara kada obavlja svoju djelatnost. Ako pravila strane države o određivanju mjerodavnog prava uzvraćaju na pravo BiH, primijenit će se pravo BiH, ne uzimajući u obzir pravila o određivanju mjerodavnog prava. Na ovaj način se sprječava tzv. „začarani krug“ tj. upućivanje zemlja A na pravo zemlje B, nakon čega ono upućuje na pravo zemlje A i tako u nedogled. Čim dođe do uzvraćanja na pravo BiH ono se ima i primijeniti. Isto vrijedi i u situaciji da je strano pravo dalje upućivalo na pravo treće, a ova na pravo četvrtе države dok pravo jedne „pozvane“ države nije ponovo uzvratilo na pravo BiH.¹⁴

Ustanova *renvoi* ukazuje na to da proces određivanja mjerodavnog prava ne završava time što se utvrdi odgovarajuća kolizijska norma domaćeg prava, koja u konkretnom slučaju upućuje na primjenu stranog prava. Pravo strane države treba da „prihvati“ ovo upućivanje i da potvrdi svoju mjerodavnost. „... mjerodavnost stranog materijalnog prava dodatno je uvjetovana time, da i kolizijska norma tog prava upućuje na isto to pravo.“¹⁵ Naime, vrlo često se može desiti da, zbog toga što su kolizijske norme različite i koriste različite tačke vezivanja, strani pravni poredak sadrži drugačiju kolizijsku normu koja uzvraća na primjenu prava BiH ili prepućuje na primjenu prava neke treće države. Ako su kolizijske norme dvije zemlje iste i koriste istu tačku vezivanja onda će strano pravo, na koje upućuje domaća kolizijska norma prihvatiti svoju mjerodavnost. Upravo ovdje leži izazov za sve primjenjivače prava u BiH, a tako i notare, budući da su, kako je već navedeno, različite odredbe međunarodnog privatnog prava odnosno kolizijske norme u materiji porodičnih odnosa u BiH i Srbiji, s jedne strane, i Sloveniji, Hrvatskoj, Crnoj Gori i Makedoniji, s druge strane.

Primjera radi, ako su pred notarom pristupili braćni partner pri čemu je jedan državljani Makedonije a drugi BiH, svaki sa prebivalištem u Makedoniji, ali koji su se odmah po sklapanju braka doselili u BiH, gdje su dobili dozvolu boravaka i radnu dozvolu u trajanju od 5 godina, gdje su nastanjeni, zaposleni, gdje njihova djeca pohađaju školu, a žele zaključiti braćni ugovor, relevantna domaća kolizijska norma (član 36. stav 1. i 2. ZRSZ) će uputiti na pravo države čiji su oni državljani a u nedostatku toga na pravo države gdje imaju zajedničko prebivalište, a to bi bila Makedonija. Provjera kolizijskog pravila makedonskog prava za ovu situaciju vodi konstataciji da je prije svega potrebno utvrditi da li su braćni partneri izabrali pravo koje se ima primijeniti na njihove imovinske odnose, što novo makedonsko pravo dopušta (član 32. ZMPP Mak). Ako to nisu učinili, onda je relevantna kolizijska norma člana 34. ZMPP Mak koja određuje da je mjerodavno pravo države gdje su braćni drugovi imali prvo zajedničko uobičajeno boravište po sklapanju braka, a to je pravo BiH. Notar će pravilno primijeniti pravo samo ako na njihove imovinske odnose primijeni pravo BiH odnosno onog njenog dijela gdje ova lica odista borave.

13 Muminović, Edin (2006) Međunarodno privatno pravo, drugo izdanje, Sarajevo, str. 99.

14 Meškić, Zlatan, Đorđević, Slavko (2016) Međunarodno privatno pravo I, str. 50.

15 Muminović, Edin (2006) Međunarodno privatno pravo, str. 99.

U ustanovi *renvoi* komuniciraju kolizijske norme dvije države. Domaća kolizijska norma upućuje na pravo druge države kao mjerodavno, i onda se odluka o tome koje će se pravo primijeniti donosi na osnovu kolizijskih propisa te druge države. Doktrina smatra da ustanova *renvoi* upućuje da kod primjene stranih normi prednost imaju kolizijske norme nad materijalnim pravom određene države.¹⁶ Ako kolizijska norma stranog prava, koja je prema domaćoj kolizijskoj normi bila određena kao mjerodavna, uzvraća na pravo BiH postupak određivanja mjerodavnog prava prestaje i primjenjuje se pravo BiH. U slučaju da pravo druge države na koju je uputila domaća kolizijska norma uputi na treću državu, u domaćoj doktrini preovladava stav da se kod preupućivanja na pravo treće države ne uzimaju u obzir kolizijske norme treće države, već se neposredno primjenjuje materijalno pravo te države (tzv. *renvoi* u jednom koraku).¹⁷ Međutim, i ovdje postoje određeni izuzeci o kojima notar mora voditi računa. Strane kolizijske norme se ne moraju konsultovati/primijeniti ako kolizijske norme sadrže autonomiju volje kao tačku vezivanja. Za odnose koji su ovdje u fokusu interesovanja to znači da se ne primjenjuje ustanova upućivanja ako su (van)bračni partneri izvršili izbor mjerodavnog prava za svoje imovinske odnose¹⁸; njihov izbor bi bio dezavuiran ukoliko bi se utvrđivalo na koji pravni poredak upućuje pravo koje su oni izabrali. Međutim, upravo se ovdje otvara jedno značajno pitanje za notara, a to je utvrditi da li je takav izbor prema pravu koji je mjerodavan za ugovorne imovinske odnose partnera uopće dozvoljen i da li su oni izabrali pravo koje su prema kolizijskoj normi te zemlje imali pravo izabrati.

Ako je pak ispitivanje i kolizijske norme stranog prava uputilo na to da je mjerodavno strano pravo, otvaraju se pitanja poznavanja i primjene stranog prava.

ZRSZ utvrđuje način saznavanja sadržine stranog prava u članu 13. Propisujući ovo pravilo 1982. godine zakonodavac sasvim sigurno nije imao u vidu notare i njihovu specifičnu djelatnost, a posebno postupak notarske obrade pravnih poslova, pa je potrebno sagledati kako se odredba člana 13. ZRSZ može primijeniti i na notare odnosno da li postoje određene specifičnosti utvrđivanja sadržine stranog prava od strane notara.

Kada je na osnovu domaće kolizijske norme strano pravo određeno kao mjerodavno, nadležni domaći organ utvrđuje, shodno članu 13/1 ZRSZ, sadržinu mjerodavnog stranog prava po službenoj dužnosti (*ex officio*). Pritom, treba istaći da se *ex officio* utvrđivanje sadržine stranog prava odnosi kako na sadržinu stranog materijalnog prava, tako i na sadržinu stranog kolizijskog prava koje se primjenjuje

¹⁶ Meškić, Zlatan, Đorđević, Slavko (2016) Međunarodno privatno pravo I, str. 53.

¹⁷ Muminović, Edin (2006) Međunarodno privatno pravo, str. 103; Šaula, Valerija (2011) Osnovi Međunarodnog privatnog prava Republike Srpske, str. 88. Suprotno Stanivuković, Maja, Živković; Mirko (2010) Međunarodno privatno pravo, Beograd, str. 281.

¹⁸ Za dalje primjere izuzetaka vidjeti kod Đorđević, Slavko, Primena međunarodnog privatnog prava u javnobeležničkoj praksi, str. 10. Dostupno na: http://beležnik.org/images/pdf/obavestjenje/uputstvo_za_primenu_mpp_u_jb_praksi.pdf

Tamo se navodi još da se ustanova *renvoi* ne primjenjuje prilikom primjene kolizijskih normi za ugovore (član 19 – 21 ZRSZ), kolizijskih normi koje sadrže alternativne tačke vezivanja (član 7. ZRSZ – forma pravnog posla; član 28. stav 1. ZRSZ – vanugovorna odgovornost za štetu; član 31. ZRSZ – forma testamenta) i kolizijskih normi koje sadrže obične kumulativne tačke vezivanja (član 35. stav 2. ZRSZ – razvod braka; član 44. stav 2. i 3. ZRSZ – zasnivanje usvojenja).

na temelju odredbe člana 6. ZRSZ. U odredbama člana 13/2 i 3. ZRSZ zakonodavac je predvidio načine pomoću kojih nadležni domaći organ može doći do informacija o sadržini stranog prava. Nadležni organ može tražiti obavještenje o sadržini stranog prava od ministarstva pravde koje ima informativni karakter i ne obavezuje organ primjene prava, već predstavlja samo jedan od načina saznanja koji domaći organ može (a ne mora) da koristi radi utvrđivanja sadržine stranog prava¹⁹. Kao drugu mogućnost za dobijanje informacija o sadržini stranog prava, član 13/3 ZRSZ predviđa da same stranke mogu podnijeti javnu ispravu o sadržini stranog prava. Osim toga moguće je koristiti se i mehanizmom Evropske konvencije o informacijama o stranom pravu iz 1968. koju je ratificirala bivša SFRJ a BiH preuzela po osnovu sukcesije.²⁰

Doktrina je saglasna da načini utvrđivanja sadržine stranog prava (iz član 13. stav 2. i 3). nisu postavljeni na imperativan način i da lista načina na koje se može utvrditi stvarno pravo nije zatvorena i ne treba je tumačiti restriktivno. „Strano pravo se može saznati i na druge načine i svim raspoloživim procesnim sredstvima.“²¹ U sudskoj praksi nije uvijek bilo zastupljeno takvo viđenje, već je sudska praksa ovu listu radije smatrala zatvorenom te da je ispravno jedino saznanje o stranom pravu do kojeg se došlo preko nadležnih organa.²² Strano pravo bi se moglo saznati na osnovu ekspertiza o sadržini, tumačenju i primjeni stranog prava koju, na zahtjev organa ili stranke, izrađuje ekspert/vještak za strano pravo ili naučni institut odnosno naučni centar univerziteta ili pravnog fakulteta koji je specijalizovan za međunarodno privatno i uporedno pravo; prevodi stranih propisa i strane sudske prakse od strane sudskog tumača koje dostavljaju stranke; samostalna pretraga izvora stranog prava od strane nadležnog organa itd.).²³ Pritom, važno je naglasiti da utvrđivanje sadržine stranog prava predstavlja pravno pitanje (tj. pitanje procesnog prava) koje domaći organ *ex officio* mora da riješi²⁴. To znači da se domaći organ ne može osloboditi ove

19 Vidi Meškić, Zlatan, Đorđević, Slavko (2016) Međunarodno privatno pravo I, str. 120; Stanivuković, Maja, Živković, Mirko (2010) Međunarodno privatno pravo, str. 305.

20 Ova Konvencija se nije u praksi pokazala uspješnom iz razloga što u zahtjevu države koja postavlja molbu za obavještenjem o stranom pravu, moraju biti navedena pravna pitanja koja nadležni organi, po pravilu, formuliraju u duhu sopstvenog (domaćeg) prava, tako da se događa da odgovor i obavještenje budu pogrešni ili da izostanu. Vidjeti Sikirić, Hrvoje, Primjena kolizijskih pravila i stranog prava u sudskom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 56 (2-3), 2006, str. 627 – 628).

21 Đorđević, Slavko, Uputstvo za primenu međunarodnog privatnog prava u javnobeležničkoj praksi, str. 14.

22 U više svojih odluka su sudovi u regiji tumačili odredbe člana 13. ZRSZ veoma restriktivno, tako da su zauzimali stav da se sadržina mjerodavnog stranog prava isključivo može utvrđivati načinima (sredstvima) koji su navedeni u članu 13. stav 2. i 3. ZRSZ, tj. putem obavještenja koje na zahtjev suda izdaje ministarstvo pravde i putem javnih isprava o sadržini stranog prava koje mogu podnijeti stranke. Više o tome Đorđević, Slavko, Kratak kritički osvrt na tumačenje odredaba čl. 13 ZRSZ o utvrđivanju sadržine stranog prava u odlukama bivšeg Višeg trgovinskog suda u Beogradu (sada: Privrednog apelacionog suda u Beogradu), Nova pravna revija NPR, 2/2016, str. 36-40. Ipak, ima i drugačijih primjera. Vidjeti kod Šaula, Valerija, Razvoj međunarodnog privatnog prava u regionu – Nacionalni izvještaj za Bosnu i Hercegovinu, str. 137.

23 Đorđević, Slavko, Primena međunarodnog privatnog prava u javnobeležničkoj praksi, str. 14; Vidi Meškić, Zlata, Đorđević, Slavko (2016) Međunarodno privatno pravo I, str. 120-121; Stanivuković, Maja, Živković, Mirko (2010) Međunarodno privatno pravo, str. 305.

24 Tako Sikirić, Hrvoje, Primjena kolizijskih pravila i stranog prava u sudskom postupku, str. 675.

svoje obaveze samo zato što ga stranke nisu uvjerile u sadržinu stranog prava ili zato što je obavještenje ministarstva pravde o stranom pravu nepotpuno ili je izostalo.

Notari obavljaju javnu službu, na njih su prenesene određene nadležnosti koje su ranije obavljali javni organi, stoga se postavlja pitanje da li obaveza saznanja stranog prava pogađa i notare? Ovo pitanje nije uređeno u našem pravu. Kako bi se odgovorilo na pitanje koje su obaveze notara, ovdje će se konsultirati njemačka doktrina, budući da domaći zakonodavac propisuje obavezu utvrđivanja stranog prava po službenoj dužnosti, nije primarno u vidu imao notare. Ovdje treba poći od toga da su drugačije obaveze notara u postupku notarske obrade i u ostavinskom postupku. Njemačka literatura ima u vidu samo postupak notarske obrade (*Beurkundung*). Prije svega u njemačkoj doktrini se smatra da notar nije obavezan da istražuje da li se radi o pravnim odnosima sa elementom inostranosti, ali ako okolnosti na to ukazuju ili same stranke, tu činjenicu ne smije ignorirati.²⁵ U njemačkom pravu je odredba vezana za primjenu stranog prava uključena u § 17 Beurkundungsgesetz (Zakon o notarskoj obradi)²⁶. Ta zakonska odredba uređuje na prvom mjestu obaveze informiranja i poučavanja, i njen prvi stav je gotovo identičan sa odredbama zakona o notarima u BiH koje reguliraju obaveze notara prilikom postupka notarske obrade.²⁷ U temeljne principe obavješćavanja i poučavanja u njemačkom pravu spada i odredba prema kojoj, ako se ima primijeniti strano pravo ili bi to eventualno mogao biti slučaj, notar o tome treba obavijestiti stranke i to zabilježiti u tekstu pravnog posla.²⁸ Notar nije obavezan da poučava stranke o stranom pravu. Ova odredba je dalje razrađena u doktrini, gdje nema dilema da notar nije obavezan poznavati strano pravo i savjetovati stranke o posljedicama koje radnje koju poduzimaju imaju prema tom stranom pravu. Ovo važi i za slučaj da su stranke ugovorile primjenu stranog prava.²⁹ Budući da ne postoji obaveza pouke o stranom pravu, notar ne može ni biti odgovoran, ako određeni pravni posao ili radnja ne bi postigli željene efekte. Situacija je drugačija ako je notar, kome to nije ničim zabranjeno, dao pouku o stranom pravu koja se pokazala pogrešnom.³⁰ Notaru nije zabranjeno poučiti stranke o stranom pravu, ali ovo je za njega rizično i tome treba pristupiti samo ako je potpuno siguran u njegovu sadržinu. Ako ne može dati pouku o stranom pravu, opravdano se postavlja pitanje da li uopće treba izvršiti notarsku obradu pravnog posla primjenjujući strano pravo?

Njemačka mjerodavna literatura smatra da notar može poduzeti notarsku obradu i kada se ima primijeniti strano pravo, ali će u poukama navesti da je poučio stranke o tome da se ima primijeniti strano pravo, posljedicama koje iz toga mogu proisteći, ali da stranke insistiraju na notarskoj obradi. Čak se smatra da notar nije obavezan niti unijeti odredbu o tome da ne poznaje strano pravo, jer se to podrazumijeva³¹ (u

25 Zimmermann in: BeckNotar-HdB, § 28. Auslandsberührung, Rn. 14, beck-online (pristupljeno 15.06.2021).

26 Beurkundungsgesetz od 28.08.1969 (BGBl. I S 1513), zadnji put izmijenjen 15.07.2022 (BGBl. S I 1146). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/beckrg/BjNR015130969.html> (15.09.2022)

27 Član 80. ZNot FBiH, član 75. ZNot RS, član 54. ZNot BD BiH.

28 Zimmermann in: BeckNotar-HdB, § 28. Auslandsberührung, Rn. 15.

29 § 17 III 2 Beurkundungsgesetz. Vidjeti kod Zimmermann in: BeckNotar-HdB, § 28, Rnr. 15.

30 Zimmermann in: BeckNotar-HdB, § 28 Auslandsberührung, Rn. 19.

31 Zimmermann in: BeckNotar-HdB, § 28 Auslandsberührung, Rn. 17.

praksi notar ipak unosi u pouke u tekst notarski obrađene isprave). U njemačkom pravu notar može savjetovati i poduzeti utvrđivanje stranog prava i putem kolege iz određene zemlje, putem ekspertskeg mišljenja (ovdje treba izvršiti pouku o troškovima i utvrditi koja stranka snosi ove troškove). Gore navedene odredbe njemačkog prava ne postoje u našem pravu, a mjesto bi im bilo uz odredbe o postupku notarske obrade. Ipak, nema razloga da notar u BiH u postupku notarske obrade ne može postupiti na isti način kao notar u Njemačkoj, i utvrđivati strano pravo na gore pomenute načine, ali ipak on to nije obavezan. To u krajnjoj liniji znači da može i odbiti notarsku obradu, budući da nije isključeno da notar, poduzimajući obradu pri čemu ne poznaje strano pravo, u ugovor unese i nedopuštene odredbe. A u takvoj situaciji on je dužan odbiti poduzimanje službene radnje.

U ovoj tački nije moguće potpuno izjednačiti notara sa sudom ili drugim nadležnim organom. Uporište da razlika postoji može se naći u odredbi člana 3. Evropske konvencije o informacijama o stranom pravu. Zahtjev za informaciju o stranom pravu može uputiti samo sud; ako zahtjev upućuje drugi organ onda to mora biti putem suda. Zahtjev se može postaviti samo ako je postupak već u toku (član 3. stav 1. *in fine* Konvencije).^{32 33} Ove odredbe isključuju obavezu (i pravo) notara da se obrati nadležnom organu strane zemlje radi saznavanja sadržine stranog prava u postupku notarske obrade. Situacija je nešto drugačija kada je u pitanju ostavinski postupak, u kome notar nastupa kao povjerenik suda.³⁴

3. Specifične obaveze notara prilikom notarske obrade pravnih poslova sa elementom inostranosti koji imaju za predmet nekretnine

3.1. Uvod

U ovom dijelu rada će se ispitati kakve su obaveze notara ako se radi o pravnim poslovima koje imaju za predmet nekretnine a koje (potencijalno) ulaze u sastav (van)bračne stečevine.

³² U prevodu na tada srpskohrvatski jezik prilikom ratifikacije ove Konvencije stoji „pravosudni organ“, što bi moglo obuhvatiti i notara kao organ preventivnog pravosuđa. Poređenje sa tekstem konvencije na drugim jezicima, daje ipak drugačiji rezultat. U engleskoj verziji je ovlaštena „judicial authority“ (pravosudna vlast), takođe u francuskoj „autorité judiciaire“. Notare jesu dio pravosuđa, ali npr. u njemčkoj verziji je organ koji može uputiti zahtjev „Gericht“ (sud). Da sud može podnijeti ovaj zahtjev govori i dio odredbe koji pretpostavku za postavljanje zahtjeva propisuje da se radi o započetom postupku. Njemačka doktrina je izričita da notar ne može uputiti ovaj zahtjev. Tako: Zimmermann in: BeckNotar-HdB, § 28. Auslandsberührung, Rn. 16.

³³ U členu 3. stav 3. ove Konvencije je propisano da tri strane ili više strana ugovornica mogu da odluče da u odnosu na sebe prošire ovu Konvenciju, pored pravosudnih, i na zahtjeve drugih organa. Nema podataka na stranici Ministarstva pravde BiH da je bilo takvih sporazuma između BiH i drugih država regije.

³⁴ Notari koji provode ostavinski postupak, u svemu imaju položaj suda, što znači da moraju po službenoj dužnosti utvrditi sadržinu stranog prava na način predviđen u odredbama člana 13. stav 2. i 3. ZRSZ, ali i svim drugim gore navedenim načinima utvrđivanja sadržine stranog prava kako bi došli do svih neophodnih informacija o stranom pravu. Ako se želi informacija o stranom pravu u skladu sa Evropskom konvencijom o informacijama o stranom pravu, notar bi se trebao obratiti sudu, pa će se zahtjev za informaciju o stranom pravu postaviti putem suda.

Kada bračni ili vanbračni partneri stječu ili otuđuju/opterećuju nekretnine koje su potencijalno u sastavu (van)bračne stečevine, a postoje veze ovih odnosa sa inostranim pravnim poretkom, opće obaveze notara, opisane pod 2 se konkretiziraju i multicipiraju.

Ako strani državljani stječu nekretninu u BiH, postavlja se pitanje stjecanja od strane stranaca. Ako je nekretnina u inostranstvu, postavlja se pitanje da li domaći notar može uopće izvršiti notarsku obradu, a ako je ugovor pozitivan, u kojoj formi mora biti zaključen takav ugovor. Ako nekretninu otuđuje osoba koja je kao jedini vlasnik upisana u zemljišnu knjigu, potrebno je barem upozoriti da je moguće da se radi o bračnoj stečevini, ali imati osjećaj da se (van)bračna stečevina moguće prosuđuje prema stranom pravu koje je mjerodavno. U vezi sa imovinskim odnosima bračnih i vanbračnih partnera potrebno će biti odgovoriti na pitanje koje je pravo mjerodavno za navedeni imovinski režim, da li je prema mjerodavnom pravu dopušteno ugovorno uređenje ovih odnosa, ako jeste, koja je forma takvog ugovora, šta čini bračnu ili vanbračnu stečevinu prema pravu koje se ima primijeniti, kako (van)bračni partneri raspolažu svojim udjelima a kako je moguće raspolagati cijelom bračnom stečevinom itd. Vanbračna zajednica je u cijeloj regiji u imovinskim pitanjima izjednačena sa bračnom³⁵ ali nije u svim zemljama na isti način definirana, a zadatak je notara da zna o kakvom se režimu radi odnosno da provjeri kakva su rješenje stranog prava; notar ne smije poći samo od domaće definicije braka ili vanbračne zajednice.³⁶ Biće nužno i provjeriti da li određeni pravni poredak određene imovinske efekte priznaje i istospolnoj zajednici.³⁷

Postaviće se pitanje mogu li se imovinski odnosi uređivati bračnim ili predbračnim ugovorima, šta je sadržina tih ugovora i koja je forma uvjet njihove

35 Tako član 4. stav 2. Porodičnog zakona Republike Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/05, 72/11 – dr. Zakon, 6/15) – dalje: PZ SRB; član 11. stav 2. Obiteljskog zakona Republike Hrvatske (Narodne novine Republike Hrvatske, br. 103/15, 28/19) – dalje: OZ RH; član 12. Porodičnog zakona Crne Gore (Službeni list Republike Crne Gore, br. 1/07, 53/16, 76/20) – dalje PZ CG. U Crnoj Gori je izričito navedeno da su bračna i vanbračna zajednica izjednačene u pogledu imovinskih odnosa, dok se ova distinkcija ne pravi u Srbiji, a u Hrvatskoj je izričito naglašeno da su ove dvije zajednice izjednačene i u pogledu imovinskih i osobnih odnosa. Član 4. stav 1. Obiteljskog zakonika Slovenije (Družinski zakonik, Uradni list Republike Slovenije, br. 15/17, 21/18, 22/19, 67/19 – dr. Zakon, 200/20 – Ustavni sud, 94/22 – Ustavni sud) – dalje DZ SLO. U Sloveniji je bračna i vanbračna zajednica izjednačena u odnosima koji su regulirani ovim zakonikom, a u ostalim oblastima ako to odrede odgovarajući zakoni.

36 Npr. u Srbiji je vanbračna zajednica zajednica muškarca i žene između kojih ne postoje bračne smetnje (član 4. stav 1. PZ SRB), u Hrvatskoj zajednica neudatog muškarca i neudate žene, ali se propisuju dodatni uvjeti – da je zajednica trajala najmanje tri godine, ili kraće ako je rođeno dijete ili je zajednica nastavljena brakom (član 11. stav 1. OZ RH); u Crnoj Gori je to zajednica koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno dijete ili je nastavljena sklapanjem braka (član 12. stav 1. i 2. PZ CG); U Sloveniji nema dodatnih uvjeta, samo je bitno da se radi o zajednicu muškarca i žene, koji nisu sklopili brak, ali za sklapanje ne bi bilo bračnih smetnji (član 4. stav 1. DZ SLO).

37 Ovu zajednicu priznaje slovenačko pravo: Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti (Uradni list Slovenije, br. 65/05, 55/03 – US, 18/16 – US, 33/16, 68/16) i Zakon o partnerskoj zvezi (Uradni list Slovenije, br. 33/16). Takođe Hrvatsko pravo: Zakon o registriranom partnerstvu osoba istog spola, Narodne novine, br. 92/14. Objavljeno je u medijima da je 05.10.2022. godine u Sloveniji dopušten i istospolni brak, međutim u trenutku konačne redakcije ovog teksta, Uradni list još nije objavio novi tekst zakona.

punovažnosti.³⁸ Također je značajno pitanje da li je dozvoljen izbor prava za imovinske odnose u (van)bračnoj zajednici. U porodičnom pravu u BiH nije dozvoljen izbor stranog prava za imovinske odnose u (van)bračnoj zajednici, ali u mnogim zemljama regije jeste.

Kako je navedeno pod 2, notar nije obavezan istraživati da li je mjerodavno strano pravo, ali ću u velikom broju okolnosti imati o tome potpuno jasne i direktne naznake: npr. kada prilikom identifikacije utvrdi da ugovorne stranke ili bračni/vanbračni partneri nemaju isto državljanstvo, adrese, što upućuje na njihovo prebivalište ili boravište. Ovo će često biti vidljivo na osnovu njihovih identifikacionih dokumenata, a druge su okolnosti imena ili jezik, koji ukazuju na druge pravne poretke, mjesto nalaženja nekretnina, ili čak takve podatke notar može dobiti od samih stranaka (npr. da su brak zaključili u drugoj zemlji, da su tamo dugo živjeli, da su u BiH samo privremeno radi konkretnog posla, ili da kupuju nekretninu za odmor itd.). Preko ovih činjenica notar ne može preći jer samo pažljivo ispitivanje svih ovih činjenica omogućava pravilnu primjenu prava.

3.2. Utvrđivanje mjerodavnog prava za zakonski imovinski režim bračnih partnera

Pitanje zakonskog imovinskog bračnog/vanbračnog režima odnosno prava koje je za njega mjerodavno, može se postaviti kako u postupku notarske obrade tako i u ostavinskom postupku. U postupku notarske obrade ovo se pitanje može postaviti kada se bračni drugovi pojave u ulozi otuđivatelja ili stjecatelja prava, a radi se o odnosima sa elementom inostranosti. Ukoliko notar utvrdi da je stranka koja je pristupila na termin za notarsku obradu i koja je upisana kao isključivi vlasnik u zemljišnoj knjizi u braku ili vanbračnoj zajednici, on je obavezan ispitati da li je ta osoba ovlaštena sama dati izjavu o prijenosu vlasništva ili opterećenju nekretnine ili joj je potrebna saglasnost (van)bračnog druga. To važi i za situaciju da je osoba u braku/vanbračnoj zajednici stjecatelj prava na nekretninama.

U prvom slučaju u pravilu se postavlja pitanje da li se radi o imovini koja ulazi u sastav bračne/vanbračne stečevine. U drugom slučaju, ako se kao stjecatelj pojavi jedan partner sa punomoći/saglasnosti drugog partnera, notar mora odrediti u ugovoru vlasnički odnos u kojem bračni partneri stječu određeno pravo (suvlasništvo, zajedničko vlasništvo itd.), a to može samo ako utvrdi mjerodavno pravo za njihov imovinski režim, odnosno on barem u poukama treba poučiti stranku da prema pravu koje je mjerodavno za zakonski imovinski režim bračnih/izvanbračnih partnere, kupljena nekretnina može ući u sastav stečevine (npr. nekretnina kupljena novcem koji ulazi u bračnu/izvanbračnu stečevinu). Ukoliko se pojavljuje samo jedan

³⁸ Ugovorno uređenje odnosa dopušteno je u Sloveniji (član 85. DZ SLO), Crnoj Gori (član 301. stav 1. PZ CG), Hrvatskoj (član 40. stav 1. OZ RH), Srbiji (član 188. stav 1. PZ SRB). U pogledu forme, zakoni koji reguliraju porodično pravo se dosta razlikuju. Forma notarski obrađene isprave je predviđena u Sloveniji – član 87. DZ SLO. U Crnoj gori je dovoljna pismena forma i notarska ovjera uz obaveznu pouku notara o pravnim posljedicama (što je rješenje u pravilu nespojivo sa prostim ovjeravanjem potpisa) – član 301. stav 2. PZ CG, u Hrvatskoj je potrebna pismena forma i ovjera, ali se ne traži pouka notara (član 40. stav 3. OZ RH), dok je u Srbiji predviđena forma solemnizirane isprave (član 188. stav 2. PZ SRB).

bračni partner, ne prezentira saglasnost drugog, kupuje ili stječe po drugom osnovu određeno pravo kao isključivi titular, notar je dužan upozoriti na mogućnost da stečeno potpadne pod režim zakonskog uređenja imovinskih odnosa. U ostavinskom postupku je pitanje bračnog imovinskog režima važno jer od toga zavisi utvrđivanje sastava zaostavštine (npr. uknjižen je bio samo preminuli partner, a postoji i imovina stečena u braku, pa se pitanja sastava zaostavštine postavlja kao prethodno pitanje).

Na ovo pitanje notar može dati odgovor samo ako utvrdi mjerodavno pravo za zakonske imovinske odnose bračnih/vanbračnih partnera. To pretpostavlja je notaru poznata činjenica da se radi o bračnim odnosima sa inostranim elementom. Ako je odgovor na ovo pitanje pozitivan, i notar nema razloga odbiti obavljanje službene radnje, dužan je utvrditi mjerodavno pravo koje se primjenjuje na njihov imovinski režim kao i provjeriti da li su partneri izvršili izbor prava za svoje imovinske odnose, kao i da li je to bilo dopušteno prema mjerodavnom pravu.

Ako nije izvršen izbor mjerodavnog prava, notar će utvrditi mjerodavno pravo prema kolizionoj normi iz člana 36. ZRSZ. Mjerodavno pravo za zakonski imovinski režim bračnih partnera (kao i za njihove lične odnose) uređeno je jednom tzv. subsidijarnom kolizionom normom: naredna koliziona norma dolazi do primjene ukoliko nisu ostvarene pretpostavke za primjenu prethodne.³⁹ Mjerodavno pravo za zakonski imovinski režim i lične odnose je pravo zajedničkog državljanstva bračnih drugova (*lex nationalis*), ako ga stranke nemaju onda je mjerodavno pravo njihovog zajedničkog prebivališta (*lex domicilii*), a ako se mjerodavno pravo ne može utvrditi na prethodni način mjerodavno je pravo njihovog posljednjeg zajedničkog prebivališta. U slučaju da se mjerodavno pravo ne može odrediti ni na jedan od prethodno navedenih načina, onda je mjerodavno pravo BiH (*lex fori*).⁴⁰

U izvorniku notar treba konstatovati da je i na koji način utvrdio mjerodavno pravo, na bazi kojih činjenica (npr. informacije stranaka o njihovom posljednjem zajedničkom prebivalištu), da je strankama objasnio potrebu takvog postupanja, a ako je utvrđeno da je mjerodavno strano pravo, onda je potrebno da notar upozori stranke u pogledu savjetovanja i pouka o pravu strane države (v.2).

Kako je već navedeno u mnogim pravnim porecima državljanstvo se napušta kao primarna tačka vezivanja u korist uobičajenog boravišta, što može voditi tome da se ne primjeni materijalno pravo na koje upućuje koliziona norma već pravo BiH ili neke treće zemlje. Kada je Srbija u pitanju, koliziona norma je identična.

Za imovinske odnose u braku u Crnoj Gori je mjerodavno, kao i u BiH, pravo države čiji su državljani bračni partneri (član 81. – 83. ZMPP CG), a isto se odnosi i na vanbračne partnere (član 84. ZMPP CG). Ali ako nemaju zajedničko državljanstvo onda se mjerodavno pravo određuje prema zajedničkom uobičajenom boravištu, a ako ga nemaju, prema posljednjem zajedničkom uobičajenom boravištu (član 81. stav 1. a u vezi sa članom 80. stav 2. i 3. ZMPP CG). Uobičajeno boravište kao tačku vezivanja pravo u BiH ne poznaje, pri tome ova tačka vezivanja nije identična sa

39 Meškić, Zlatan, Đorđević, Slavko (2016) Međunarodno privatno pravo I, str. 43; Šaula, Valerija (2011) Osnovi Međunarodnog privatnog prava Republike Srpske, str. 91.

40 Vidjeti Muminović, Edin (2006) Međunarodno privatno pravo, str. 157.

boravištem. Za uobičajeno boravište je ključno je da je jedna osoba u socijalnom i porodičnom smislu jedno mjesto učinila centrom svog života.⁴¹

Ako je primjera radi jedan bračni partner državljanin BiH, a drugi Hrvatske, oni imaju zajedničko prebivalište u Republici Hrvatskoj, a njihovo uobičajeno boravište je od trenutka sklapanja braka u BiH, to bi značilo da, pošto nije moguće primijeniti *lex nationalis*, jer partneri nemaju državljanstvo iste zemlje, treba primijeniti pravo Republike Hrvatske jer tamo imaju zajedničko prebivalište. U skladu sa članom 6. ZRSZ primjena prava jedne države znači i primjenu kolizionih normi te države. Ovdje će notar konsultovati Zakon o međunarodnom pravu Republike Hrvatske. Međutim, tamo će u članu 35. pronaći odredbu da se pravo mjerodavno za imovinske odnose bračnih drugova određuje prema Uredbi Vijeća (EU) 2016/1103 od 24.06.2016. o provedbi pojačane saradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima⁴². Ova Uredba se u Republici Hrvatskoj, kao i sve Uredbe EU, primjenjuje neposredno. Budući da se radi o Uredbi pojačane saradnje⁴³, ona se primjenjuje neposredno samo u zemljama koje su se opredijelile za pojačanu saradnju u navedenoj oblasti (ne u cijeloj EU). To na prvi pogled ne dotiče BiH, kao zemlju koja nije članica EU. Međutim, zakonodavac Republike Hrvatske je kolizionu normu iz citirane Uredbe odredio kao temeljnu kolizionu normu u pogledu mjerodavnog prava za bračni imovinski režim općenito (član 35. ZMPP HR). Da bi utvrdio mjerodavno pravo notar mora utvrditi sadržaj člana 26. pomenute Uredbe.

Odredba člana 26. citirane Uredbe⁴⁴ kao prvu tačku vezivanja određuje autonomiju volje (izbor mjerodavnog prava), a u slučaju nepostojanja sporazuma o izboru prava, mjerodavno pravo za imovinskopравни režim je pravo države: (a) prvog zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih drugova nakon sklapanja braka ili, u suprotnome; (b) zajedničkog državljanstva bračnih drugova u trenutku sklapanja braka ili, u suprotnome; (c) mjerodavno je pravo s kojim su bračni drugovi zajedno najbliže povezani u trenutku sklapanja braka, uzimajući u obzir sve okolnosti.

Ipak, notar se u svom ispitivanju ne smije ovdje zaustaviti samo na citiranoj normi iz stava 1. tačka (a), već će morati provjeriti i dalje mjerodavne činjenice slučaja sa ciljem pravilnog utvrđivanja mjerodavnog prava. U stavu 2. je propisano da ako bračni drugovi imaju više od jednog zajedničkog državljanstva u trenutku sklapanja braka ne može se primijeniti koliziona norma koja upućuje na njihovo zajedničko državljanstvo. Prema stavu 3. citiranog člana, bračni drugovi mogu promijeniti mjerodavno pravo. Izuzetno i na zahtjev jednog bračnog partnera

41 Süß in: BeckNotar-HdB, § 28. Auslandsberührung, Rn. 222-

42 OJ L 183/1 od 08.07.2016.

43 Više o mehanizmu pojačane saradnje Duraković, Anita, Uredba (EU) br. 1529/2010 o provođenju pojačane saradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka i mehanizam pojačane saradnje, Nova pravna revija NPR 1/2011, str. 71.- 73.

44 O specifičnom metodu u hrvatskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu koji na nizu mjesta ne sadrži konkretno rješenje već uputu na određeni zakonodavni akt EU vidjeti kod Šaula, Valerija, Reform of Private International Law in Countries Successors of the Former Yugoslavia New Legal Challenges V. Legal Tradition, str. 1355; Sikirić, Hrvoje, Novosti u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu, str. 57.

pravosudno tijelo nadležno za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima može odlučiti da bračnoimovinski režim uređuje pravo države koja nije država čije je pravo mjerodavno na temelju stava 1. tačka (a) i to ako podnositelj zahtjeva dokaže da su bračni partneri imali posljednje zajedničko uobičajeno boravište u toj drugoj državi tokom znatno duljeg razdoblja nego u državi određenoj na temelju stava 1. tačka (a) i da su se oba bračna partnera oslanjala na pravo te druge države u uređivanju ili planiranju svojih imovinskih odnosa. Ovdje je jasna uputa evropskog zakonodavca na pravo najtješnje veze, kao tačku vezivanja.

Kada je Republika Hrvatska u pitanju, notar bi morao provjeriti koliko su gdje bračni drugovi boravili, da li su, iako se nisu općenito izvršili izbor prava izjasnili o mjerodavnom pravu u smislu člana 26 stava 3. Ako bi se stranke u smislu stava 3. izjasnile za primjenu prava određene države, pravo te države se primjenjuje od sklapanja braka, osim ako se tome usprotivi jedan bračni drug. U potonjem slučaju pravo te druge države proizvodi učinke od uspostave posljednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta u toj drugoj državi. Primjena prava te druge države ne smije imati štetan učinak na prava trećih strana koja proizlaze iz prava mjerodavnog na temelju stava 1. tačka (a). Ovaj stav se ne primjenjuje kada su bračni drugovi sklopili bračnoimovinski sporazum prije uspostave posljednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta u toj drugoj državi.

Koliziorna norma navedene Uredbe je vrlo složena. Bitno je da notari i općenito primjenjivači prava znaju da ova Uredba važi u zemljama EU koje sudjeluju u pojačanoj saradnji u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka o imovinskim režimima međunarodnih parova, što obuhvaća stvari koje se odnose na bračno-imovinske režime i imovinske posljedice registriranih partnerstava⁴⁵, ali je moguće da su i neke od ovih zemalja normu iz člana 26. učinile svojom temeljnom kolizionom normom u pogledu mjerodavnog prava na imovinske odnose bračnih partnera (i registriranih partnera) i proširile njenu primjenu i na treće zemlje. Ovo je upravo učinila Republika Hrvatska. Domaći primjenjivači prava moraju imati da je međunarodno privatno pravo zemalja članica EU u velikoj mjeri regulirano na nivou EU a ne u zemljama članicama, da su izvori međunarodnog privatnog prava u zemljama EU specifični, da je veliki broj pitanja vezanih za mjerodavno pravo i međunarodnu nadležnost u brojnim odnosima privatnog prava reguliran ne nacionalnim zakonodavstvom tih zemalja već uredbama donijetim u EU. Dejstva nekih kolizionih normi su proširena i na odnose sa trećim zemljama - tzv. univerzalno važenje.⁴⁶

Slovenija takođe sudjeluje u pojačanoj saradnji, tako da i u Sloveniji navedena Uredba regulira pitanje mjerodavnog prava za imovinski režim bračnih partnera. Ipak, član 38. ZMPP SLO nije mijenjan, pa nema naznaka da su kolizione odredbe

45 U trenutku njenog donošenja to su bile Belgija, Bugarska, Češka, Njemačka, Grčka, Španjolska, Francuska, Hrvatska, Italija, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Austrija, Portugal, Slovenija, Finska i Švedska.

46 Basedow, Jürgen, Das internationale Scheidungsrecht der EU, Anmerkungen zur Rom III-Verordnung in: Borić, Lurger, Schwarzenegger, Terlitz (Hrsg.) Festschrift zum 65. Geburtstag von o.Univ.-Prof. Dr. Willibald Posch, Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II, Graz, 2011, str. 19.

Uredbe proširene i na zemlje koje nisu članice EU odnosno koje ne sudjeluju u pojačanoj saradnji. Prema članu 38. ZMPP SLO za zakonske imovinske odnose bračnih partnera je mjerodavno pravo zajedničkog državljanstva, ako ga partneri nemaju, zajedničkog stalnog prebivališta ili posljednjeg zajedničkog prebivališta. Norma je identična kolizionoj normi člana 36. ZRSZ sa jednom razlikom: kao tačku vezivanja *ultima ratio* ZRSZ navodi *lex fori*, dok moderniji slovenački zakon polazi od najtješnje veze.

Ako se uzme primjer Republike Slovenije koja kao i Republika Hrvatska učestvuje u pojačanoj saradnji, treba konstatirati da koliziorna norma člana 26. navedene Uredbe važi samo u zemljama koje imaju pojačanu saradnju, a Zakon o međunarodnom privatnom i procesnom pravu Republike Slovenije, sadrži kolizione norme koja se imaju primijeniti u interakciji sa pravom zemlje koja nije učesnica pojačane saradnje.

Ako postoji veza sa pravom Makedonije, situacije je slična kao u Hrvatskoj, budući da je ZMPP MAK preuzeo najvećim dijelom odredbu člana 26. citirane Uredbe. Propisano je da je za imovinske odnose bračnih partnera mjerodavno na prvom mjestu pravo koje su bračni/vanbračni partneri izabrali (član 33. ZMPP MAK), a ako to nisu učinili, onda je mjerodavno pravo njihovog prvog zajedničkog uobičajenog boravišta po zaključenju braka, ili njihovog državljanstva u vrijeme zaključenja braka ili pravo sa kojim oba partnera imaju najbližu vezu (član 34. ZMPP MAK). Izbor prava je dopušten i kasnije uz odstupanje od navedenih tačaka vezivanja. Bračni partneri mogu izabrati pravo zemlje u kojoj jedan od njih ima uobičajeno boravište u vrijeme izbora prava, ili državljanstvo u vrijeme izbora prava. Ovaj izbor djeluje *pro futuro*, a samo izuzetno retroaktivno (ako su se tako dogovorili), međutim, nema dejstva na valjanost ranije zaključenih pravnih poslova niti na prava trećih osoba (član 36. ZMPP MAK).

Samo na primjeru mjerodavnog prava za zakonski imovinski režim, vidljiv je problem koji imaju notari u BiH. Pravo u BiH ne dozvoljava izbor prava za imovinske odnose bračnih/vanbračnih partnera, nije poznata tačka vezivanja uobičajeno boravište, ali nije direktno niti normirana tačka vezivanja najbliža veza sa određenim pravnim poretkom, koja u modernom međunarodnom privatnom pravu dobija sve više na značaju.⁴⁷

3.3. Utvrđivanje mjerodavnog prava za ugovore o uređenju imovinskih odnosa bračnih partnera

3.3.1. Uvodne napomene

Novo porodično zakonodavstvo u BiH dopušta zaključenje bračnih ugovora kojim bračni partneri reguliraju svoje imovinske odnose odstupajući od zakonskog imovinskog režima.⁴⁸ Ugovorno rješavanje imovinskih odnosa u braku (uz odstupanje od zakonskog imovinskog režima), nema dugu tradiciju u našem pravu,

47 O institutu najbliže veze vidjeti kod Muminović, Edin (2006) Međunarodno privatno pravo, str. 59 i dalje; Meškić, Zlatan, Đorđević, Slavko (2016) Međunarodno privatno pravo I, str. 24, 55, 64.

48 Član 258. PZ FBiH, član 271. PZ RS; član 235/2 BD BiH.

te je još uvijek srazmjerno mali broj ovakvih ugovora u praksi.⁴⁹ Bračni ugovor je u pravu u BiH uveden tek novim porodičnim zakonodavstvom, mada je i Porodični zakon SR BiH poznao neke mogućnosti ugovornog rješavanja samo određenih aspekata imovinskih odnosa između bračnih partnera.⁵⁰ Nije teško zaključiti da se radi o novom institutu, pri čemu je zakonodavac propustio detaljnije regulirati ovaj ugovor, nije ga niti definirao niti mu bliže odredio sadržaj, što notarima u praksi sigurno može predstavljati problem.⁵¹ Problemi se multipliciraju u odnosima sa inostranim obilježjem te biva teže ispuniti osnovnu zadaću, a to je pružiti optimalnu i istovjetnu zaštitu objema strankama.

ZRSZ određuje posebno mjerodavno pravo za formu a posebno za sadržinu ovog ugovora. Mjerodavno pravo za formalnu punovažnost bračnih ugovora određuje se primjenom kolizione norme člana 7. ZRSZ, a mjerodavno pravo za njihovu sadržinu primjenom kolizione norme za ugovorne imovinske odnose bračnih partnera (tadašnja terminologija: bračnih drugova) iz člana 37. ZRSZ. U uporednom pravu po ovom pitanju postoje značajne razlike, a doktrina ukazuje da je u ovoj oblasti zbog mnoštva faktora izbor adekvatnog prava za zakonodavca posebno težak.⁵²

3.3.2. Mjerodavno pravo za formu ugovora

Mjerodavno pravo za formu bračnog ugovora određuje se na osnovu alternativnog kolizionog pravila iz člana 7. ZRSZ. U skladu sa ovim kolizionim pravilom, za formalnu punovažnost bračnih ugovora mjerodavno je pravo države u kojoj je ugovor zaključen ili pravo države koje je mjerodavno za sadržinu ugovora – tj. ugovor je punovažan u pogledu forme ako su uslovi za formalnu punovažnost ispunjeni po bilo kom od ovih prava. Prema pravu Republike Srpske, uvjet valjanosti bračnog ugovora je notarski obrađena isprava. Ovo je (za sada) slučaj i u Federaciji BiH uz rezervu izrečenu u pogledu zakonskih rješenja čija je ustavnost osporena (v. 4.3.). U svakom slučaju, ako i zakonske odredbe budu izmjenjene, stranke koje se obraćaju notarima mogu dobrovoljno izabrati zaključenje bračnog ugovora u formi notarski obrađene isprave.⁵³ U Brčko Distriktu BiH je predviđena alternativna forma: za valjanost ugovora neophodno je da isprava bude sastavljena i ovjerena kod nadležnog organa ili notarski obrađena.⁵⁴ Stranke se mogu obratiti nadležnom organu (nije precizirano kojem) i notarima.

U slučaju da bračni/vanbračni partneri gdje je utvrđen element inostranosti, žele pred notarom u BiH ugovorom urediti svoje imovinske odnose, notar u BiH

49 Povlakić, Meliha, Selma Mezetović Međić, Uređenje imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera i rodna ravnopravnost, Zbornik radova, Univerzitet Džemal Bijedić u Mostaru, Pravni fakultet, Godina VI, broj 6. 2018, str. 53;

50 Traljić, Nerimana, Bubić, Suzana (2007) Bračno pravo, Sarajevo, str. 71 - 83. Za evoluciju u bivšoj SFRJ, kao i u hrvatskom pravu, vidjeti kod Čulo, Anica, Radina, Ana, Valjanost bračnog ugovora, in: Rašetar, Branka, Župan, Mirela (ur.) Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst – Osijek, 2011, str. 140 – 141.

51 Traljić, Nerimana, Bubić, Suzana (2007) Bračno pravo, Sarajevo, *loc. cit.*; Softić-Kadenić, Darja, Bračna stečevina prema Porodičnom zakonu Federacije BiH, str. 515.

52 Muminović, Edin (2006) Međunarodno privatno pravo, str. 155 i dalje.

53 Član 73/4 ZNot FBiH.

54 Član 235/2 PZ BD BiH.

može postupiti samo u skladu sa domaćim pravom koje određuje formu bračnog ugovora, tj. za sada uz poštovanje postupka notarske obrade, ali i naravno oprezno u pogledu pitanja da li je takav ugovor uopće dopušten u stranom pravnom poretku čije je pravo mjerodavno u konkretnom slučaju.⁵⁵ Notar ne mora uopće utvrđivati kakva je forma predviđena u drugom pravnom poretku – on mora postupiti prema propisima koji reguliraju njegovu djelatnost i formu ugovora u domaćem pravu. On neće pogriješiti, i to je preporuka, da upozori stranku na moguće rizike u pogledu punovažnosti ugovora zbog njegove forme prije svega zbog promjenjivosti tačaka vezivanja (npr. u momentu zaključenja ugovora stranke imaju uobičajeno prebivalište u BiH, što bi u mnogim drugim pravnim porecima bila odlučujuće tačka vezivanja, ali ova se činjenica može promijeniti. Ipak, većina zemalja za formu pravnog posla predviđa barem kao alternativno pravilo – pravo mjesta zaključenja ugovora (*locus regit actum*).⁵⁶ Ako je ispoštovana forma propisana za ovaj ugovor u BiH, ugovor bi u pogledu forme bio valjan u svim zemljama koje predviđaju ovo koliziono pravilo.

3.3.3. Mjerodavno pravo za sadržinu ugovora

Prema članu 37/1 ZRSZ, za ugovorne imovinske odnose bračnih partnera mjerodavno je pravo koje je u vrijeme zaključenja ugovora bilo mjerodavno za njihove lične i zakonske imovinske odnose, s tim što se tačke vezivanja u ovim kolizionim pravilima vezuju za trenutak zaključenja ugovora. Mjerodavno pravo za lične i zakonske imovinske odnose bračnih partnera određuje koliziona norma sadržana u članu 36. ZRSZ koja predviđa tzv. kaskadno vezivanje; ova norma predviđa više subsidijarnih tačaka vezivanja. Povezano sa članom 37. ZRSZ mjerodavno pravo za ugovorni imovinski režim bračnih partnera je pravo njihovog zajedničkog državljanstva (*lex nationalis*), ako ga stranke nemaju onda je mjerodavno pravo njihovog zajedničkog prebivališta (*lex domicilii*), oboje u vrijeme zaključenja ugovora, a ako u momentu zaključenja ugovora nisu imale niti zajedničko državljanstvo niti zajedničko prebivalište, onda je mjerodavno pravo njihovog posljednjeg zajedničkog prebivališta. U slučaju da se mjerodavno pravo ne može odrediti ni na jedan od prethodno navedenih načina, onda je mjerodavno pravo BiH (*lex fori*).⁵⁷ Prilikom primjene ovih kolizionih pravila može doći do primjene ustanove uzvraćanja i prepućivanja iz člana 6. ZRSZ (osim u posljednjem slučaju kada je mjerodavno pravo BiH kao *lex fori* iz razloga što mjerodavno pravo nije moglo biti određeno prema državljanstvu i prebivalištu).

Tendencija je u savremenom međunarodnom privatnom pravu da se autonomija volje uvažava kao tačka vezivanja u mnogim odnosima, a među njima u porodičnom i nasljednom pravu.⁵⁸ Doktrina razloge vidi u uvažavanju samoodređenja partnera

55 Zaključenje ugovora kojim se uređuju imovinski odnosi u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici dopušteno je u svim analiziranim zemljama regije.

56 Član 23. ZMPP CG; član 81. stav 2. ZMPP MAK; član 7. ZMPP SLO. Član 25. ZMPP HR upućuje na primjenu Uredbe (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Vijeća od 17. juna 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obaveze (Rim I) (SL L 177, 4. 7. 2008.), a ova Uredba u članu 11. stav 2 predviđa pravilo *locus regit actum*.

57 Vidjeti Muminović, Edin (2006) Međunarodno privatno pravo, str. 157.

58 Basedow, Jürgen, Basedow, Jürgen, Das internationale Scheidungsrecht der EU, str. 21; Duraković,

ali i u sve većoj mobilnosti koja vodi velikom broju bračnih/izvanbračnih odnosa sa inostranim elementom, pri čemu veza sa državom državljanstva blijedi.⁵⁹ Za određivanje mjerodavnog prava koji se primjenjuje na imovinske odnose u braku, u Makedoniji i Hrvatskoj je temeljna tačka vezivanja autonomija volje stranaka. U Crnoj Gori je ovaj izbor dopušten (član 82. i 83. ZMPP CG). U Sloveniji je dopušteno ugovorno uređenje imovinskih odnosa u braku ali ne i izbor prava za imovinske odnose, kada su u pitanju odnosi sa zemljama koje nisu članice EU odnosno koje ne učestvuju u mehanizmu pojačane saradnje u ovoj oblasti. ZRSZ dopušta ugovorno uređenje odnosa, ali i određuje pravo koje se ima primijeniti na sadržinu tog odnosa; izbor prava nije izričito ni dopušten ni zabranjen, ali bi se iz odredbe člana 37. stav 2. slijedilo da se u BiH poštuju rješenja zemalja koji izbor dopuštaju; *argumentum a contratio* – ovaj izbor u BiH nije dopušten. Osim toga, zakoni o porodičnom pravu u BiH izričito zabranjuju ugovaranje stranog prava kao prava mjerodavnog za imovinske odnose, što bi se trebalo tumačiti da nije dopušteno niti ugovoranje drugog prava za zakonski imovinski režim kao i da ovaj izbor nije dopušten ni kada je u pitanju ugovorno rješavanje imovinskih odnosa.⁶⁰ U uporednom pravu je trend da se (van)bračnim partnerima dopusti izbor mjerodavnog prava na njihov ugovorni režim, ali u BiH on nije dopušten.⁶¹ I ovo rješenje ukazuje da međunarodno privatno pravo u BiH ne prati razvoj u ovoj oblasti; već 40 godina zakonske norme nisu doživjele nikakvu izmjenu, a baš je u ovoj oblasti se posljednjih decenija došlo do velikih izmjena i donošenja novih zakona o međunarodnom privatnom pravu u nizu zemalja.

Ovdje je potreban veliki oprez i umješnost notara, jer je problem izbora mjerodavnog prava na području bračnih odnosa sa inostranim elementom pitanje gdje su razlike između nacionalnih prava daleko veće nego u drugim oblastima privatnopravnih odnosa,⁶² što i jeste konstantan problem na razini EU koji onemogućava ili usporava harmonizaciju odnosno unifikaciju prava u vezi sa bračnim i vanbračnim odnosima kao i odnosima u registriranim zajednicama. Nemogućnost unifikacije na unijskom nivou vodilo je usvajanju instrumenata pojačane saradnje između samo nekih članica EU.⁶³

Anita, Reforma međunarodnog brakorazvodnog prava kroz Uredbi Rim III, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 14, Mostar, 2016, str. 482.

59 Basedow, Jürgen, *loc. cit.*

60 Član 271/7 PZ RS; član 260. PZ FBiH; član 237. PZ BD BiH.

61 „Ako su bračni partneri taj izbor izvršili u skladu sa merodavnim pravom, tada je merodavno pravo koje su izabrali. Ovdje je reč o tzv. izvedenom izboru merodavnog prava koje je dopušteno kolizionim pravilima strane države na koju su uputila kolizionna pravila ZRSZ (čl. 37 st. 1 u vezi sa čl. 36 ZRSZ). U ovom slučaju se ne primenjuje ustanova uzvraćanja i preupućivanja iz čl. 6 ZRSZ.“ Tako Đorđević, Slavko, Primena međunarodnog privatnog prava u javnobeležničkoj praksi, str. 26.

62 Tako Muminović, Edin (2006) Međunarodno privatno pravo, str. 144.

63 O ovom mehanizmu i razlozima za odabir ovog puta vidjeti kod Durakovic, Anita, Reforma međunarodnog brakorazvodnog prava kroz Uredbi Rim III, str. 486.

3.4. Mjerodavno pravo za ugovore o uređenju imovinskih odnosa vanbračnih partnera

Sva tri porodična zakona u BiH imovinske odnose vanbračnih partnera podvrgavaju istom režimu koji važi za bračnu stečevinu i imovinske odnose bračnih partnera⁶⁴. Ipak postoje razlike u pogledu uređenja bračnih ugovora. Samo je u Republici Srpskoj izričito u PZ RS propisano da i bračni i vanbračni partneri svoje odnose mogu regulirati ugovorom.⁶⁵ U Federaciji BiH i Distriktu se može postaviti pitanje mogućnosti zaključenja ugovora o reguliranju imovinskih odnosa između vanbračnih partnera. Propisano je da se bračnim ugovorom mogu urediti imovinskopravni odnosi bračnih partnera prilikom sklapanja braka, kao i tokom trajanja bračne zajednice.⁶⁶ Namjera zakonodavaca da izjednači bračnu i vanbračnu zajednicu, iskazana na više mjesta u ova dva porodična zakona, bi bila ozbiljno ugrožena ako bi na ovo pitanje bio dat negativan odgovor. Jezičko tumačenje ostavlja dilemu – bračnim ugovorom se mogu urediti odnosi prilikom zaključenja braka i tokom trajanja bračne zajednice. Ciljno tumačenje upućuje na pozitivan odgovor. Također sistemsko tumačenje odredaba porodičnih zakona sa odredbama zakona o notarima daje nedvosmislen pozitivan odgovor jer tu mogućnost zakoni o notarima izričito propisuju⁶⁷. Na osnovu ove dvije metode tumačenje odredbu o bračnim ugovorima je analogno moguće primijeniti i na vanbračne; vanbračni partneri svoje imovinske odnose mogu urediti prilikom stupanja u vanbračnu zajednicu ili tokom trajanja. U doktrini nema spora o dopuštenosti ugovornog uređivanja imovinskih odnosa u vanbračnoj zajednici.⁶⁸ Kako stupanje u vanbračnu zajednicu i njeno trajanje mogu biti neodređeni momenti, registiranje vanbračne zajednice bi u mnogome olakšalo kasnije dokazivanje (npr. u sporu u kojem bi jedan vanbračni partner tvrdio da je ugovor zaključen prije njihovog stupanja u vanbračnu zajednicu ili nakon što je ona prestala). Ovdje bi zadaća notara bila da u uvodnom dijelu isprave činjenice početka i trajanja vanbračne zajednice zabilježe na osnovu saglasnih izjava vanbračnih partnera, kako bi se prevenirali eventualni docniji sporovi.

Mjerodavno pravo za formalnu punovažnost ovih ugovora određuje se, takođe, primjenom kolizione norme iz člana 7. ZRSZ, što znači da notar u zemlji gdje se ugovor zaključuje u pogledu forme postupka u skladu sa propisima domaćeg prava koje je mjerodavno kao pravo države zaključenja ugovora (*locus regit actum*).

Mjerodavno pravo za sadržinu ugovora o uređenju imovinskih odnosa vanbračnih partnera određuje se primjenom kolizionih pravila iz člana 39/3 ZRSZ. Prema toj odredbi, za ugovorne imovinske odnose vanbračnih partnera mjerodavno je pravo koje je u vreme zaključenja ugovora bilo mjerodavno za njihove zakonske imovinske odnose, što znači da ova odredba upućuje na primjenu kolizionih pravila iz člana 39/1 i 2. ZRSZ koja važe za zakonski imovinski režim vanbračnih partnera.

64 Član 263. PZ FBiH; član 284. PZ RS; 240. PZ BD BiH.

65 Član 288. PZ RS.

66 Član 258/1 PZ FBiH; član 235/1 BD BiH.

67 Član 73/1 tač. 1 ZNot FBiH; član 47/1 tač. 1. ZNot BD BiH. U FBiH je član 73. proglašen neustavnim (Ustavni sud FBiH 15/10 od 02.12.2015. Rješenjem Broj: U-15/10 od 20.12.2017. Ustavni sud je utvrdio da presuda nije izvršena.

68 Softić-Kadenić, Darja, Bračna stečevina u Porodičnom zakonu Federacije BiH, str. 511.

Tačke vezivanja se određuju prema trenutku zaključenja ugovora. U skladu sa ovim kolizionim pravilima, za ugovore o uređenju imovinskih odnosa vanbračnih partnera mjerodavno je pravo države čiji su državljani vanbračni partneri u vrijeme zaključenja ugovora, ako vanbračni partneri nemaju isto državljanstvo, mjerodavno je pravo države u kojoj imaju zajedničko prebivalište u vrijeme zaključenja ugovora. Norma je nepotpuna jer ne sadrži rješenje za situaciju ako stranke nemaju ni zajedničko državljanstvo ni prebivalište. Analogno kolizionopravnoj regulativi za bračne odnose, ovdje bi se moglo primijeniti pravo BiH kao *lex fori*.

Srbija ima po ovom pitanju ista rješenja kao i BiH. Neki zakoni u regiji sadrže odredbu da se na pitanja zakonskog i ugovornog imovinskog režima na vanbračnu zajednicu primjenjuju ista koliziona pravila koja važe za bračnu (član 84. ZMPP CG, član 37. ZMPP Mak). I odredbe slovenačkog prava u konačnici vode istom zaključku (član 41. ZMPP Slo). Rješenja u Hrvatskoj su specifična: Za zasnivanje i prestanak vanbračne zajednice mjerodavno je pravo države s kojom ona ima ili, ako je prestala postojati, je imala najužu vezu (član 38.). Ovdje propisana koliziona norma za *sklapanje i prestanak životnog partnerstva kao i registriranje* Za pretpostavke i postupak za sklapanje i prestanak životnog partnerstva u Republici Hrvatskoj, koje se zasniva upisom u registar životnog partnerstva, mjerodavno je hrvatsko pravo (član 39.).

4. Ugovori sa elementom inostranosti koji se odnose na nekretnine

4.1. Uvod

Kada se pred notarom pojavi slučaj zaključenja ugovora koji ima za predmet nekretnine sa mogućim stranim elementom, tada notar sve prethodno rečeno mora imati u vidu, ali istovremeno i neke dodatne aspekte. Osnovna koliziona norma kada su u pitanju pravo vlasništva i druga stvarna prava na nekretninama je sadržana u članu 18/1 ZRSZ i ona upućuje da se na pravo vlasništva i druga stvarna prava primjenjuje pravo zemlje gdje se nekretnina nalazi (*lex rei sitae*). Ovo je gotovo univerzalno prihvaćena koliziona norma; u svakom slučaju prihvaćena je u pogledu nekretnina u državama nasljednicama bivše SFRJ.⁶⁹

Kada su u pitanju ugovori koji imaju za predmet nekretnine onda je mjerodavna odredba člana 21. ZRSZ: „Za ugovore koji se odnose na nekretnine isključivo je mjerodavno pravo države na čijoj se teritoriji nekretnina nalazi“. Ove dvije kolizione norme treba razlikovati, iako su tačke vezivanja u obje norme iste – mjesto nalaženja stvari (*lex rei sitae*), ipak se jedna odnosi na stvarnopravne odnose na nekretninama a druga na ugovorno pravo. Koliziona norma iz člana 21. ZRSZ se od većine autora tumači tako da se na sva formalna i sadržinska pitanja ugovora koji imaju za predmet nekretnine, isključivo primjenjuje pravo države u kojoj se nekretnina nalazi, iz čega proizilazi da je primjena svih drugih kolizionih normi propisanih za ugovorne odnose u ZRSZ isključena na ugovore koji imaju za predmet nekretnine⁷⁰. Pritom se pod

69 Član 26. ZMPP CG, član 20. ZMPP HR, član 23. ZMPP SLO, član 61. ZMPP MAK.

70 Đorđević, Slavko, Primena međunarodnog privatnog prava u javnobežničkoj praksi, str. 20 - 21;

ugovorima koji se odnose na nekretnine prije svega smatraju ugovori koji za predmet imaju stjecanje i prijenos stvarnih prava na nekretninama, a to su ujedno i ugovori za koje je u pravu u BiH u pravilu propisana obaveza notarske obrade.⁷¹ Tu spadaju ugovori kojima se vrši prijenos vlasništva na nekretninama (ugovor o prodaji, ugovor o poklonu, ugovor o razmjeni) kao i ugovori o zasnivanju i prijenosu drugih stvarnih prava (hipoteka, pravo građenja, realni tereti, stvarne i lične služnosti). Prema novom nasljednom pravu entiteta i BD BiH ugovori o doživotnom izdržavanju, ustupanju i raspodjeli imovine za života ostavioca, te ugovori o nasljeđivanju uvijek moraju biti zaključeni u formi notarski obrađene isprave, neovisno o tome šta je njihov predmet.⁷² Takođe, prema vladajućem mišljenju u ove ugovore spada i ugovor o punomoćstvu kojim se daje ovlašćenje punomoćniku da u ime i za račun vlastodavca zaključi ugovor koji za predmet ima stjecanje ili prijenos stvarnih prava na nekretnini. Ovaj stav se bazira na odredbi člana 90. ZOO o paralelizmu formi – punomoć se zaključuje u istoj formi kao i glavni ugovor.

Različita se pitanja postavljaju u slučaju ako se nekretnina nalazi u BiH i ako je nekretnina u inostranstvu.

4.2. Ugovori koji se odnose na nekretnine koje se nalaze u BiH

Ako se nekretnina koja je predmet ugovora nalazi u BiH, notar postupa u skladu sa pravilima o notarskoj obradi ovih ugovora – ispituje da li je ugovor dopušten odnosno utvrđuje njegov smisao i njegove pravne posljedice u skladu sa domaćim pravom i o tome poučava ugovornike. Ipak i kod ovih ugovora se mogu postaviti pitanja međunarodnog privatnog prava. To su npr. situacije u kojima se strani državljanin pojavljuje kao stjecatelj ili kao vlasnik koji svoje pravo prenosi ili opterećuje, pri čemu se može raditi o licu koje živi u bračnoj ili vanbračnoj zajednici.

U ovoj situaciji je prvo pitanje da li se stranac može pojaviti u ulozi stjecatelja vlasništva ali i drugih stvarnih prava.⁷³ Ovdje se zakoni prava entiteta i BD BiH koji uređuju stvarno pravo razlikuju u izvjesnoj mjeri. Prvodoneseni ZV BD BiH (2001. g.) je bio dijelom pod utjecajem bivšeg zakonodavstva (propisujući uvjete stalnog nastanjenja ili obavljanja djelatnosti kao pretpostavke za stjecanje vlasništva), ali u tom slučaju ne traži reciprocitet. Notar u Federaciji BiH i Republici Srpskoj neće imati obavezu da provjeri postojanje bilo kakvih dodatnih uvjeta, ali pažnju mora obratiti na postojanje reciprociteta. ZSP RS ne sadrži nikakva dodatna pojašnjenja u vezi sa reciprocitetom. Doktrina smatra da se radi o pretpostavljenom reciprocitetu.⁷⁴

Muminović, Edin (2006) Međunarodno privatno pravo, str. 231.

71 Izuzetak su npr. notarskoj obradi ne podliježu pravni poslovi koje međusobno zaključuju Republika Srpska i jedinice lokalne samouprave, kao i ugovori između jedinica lokalne samouprave, čiji je predmet sticanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava i osnivački akti privrednih društava, ako je osnivač Republika Srpska ili jedinica lokalne samo uprave (član 68/2 ZNot RS).

72 Član 147/1 ZNot FBiH; član 139/2 ZNot RS; član 151/1 ZNot BDBiH.

73 O stjecanju stranaca vidjeti Powlakić, Meliha in. Babić et al. (2014) Komentar Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, Sarajevo, str. 180 – 186. Takođe Powlakić, Meliha, Grenzüberschreitende eigentumsrechtliche Verhältnisse in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens in: Borić/Lurger/Schwarzenegger/Terlitz (Hrsg.) Festschrift zum 65. Geburtstag von o.Univ.-Prof. Dr. Willibald Posch, Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II, Graz, 2011, str. 589 - 610.

74 Šaula, Valerija, Notarijat u Bosni i Hercegovini iz perspektive međunarodnog privatnog prava,

Navedenu odredbu treba tumačiti tako da se u pravilu reciprocitet ne treba u svakom slučaju dokazivati, već samo u slučaju da jedna strana osporava njegovo postojanje. U FBiH je i izričito propisano da se postojanje reciprociteta pretpostavlja te je data uputa i kako se ima utvrditi da reciprocitet ne postoji. Umjesto da olakša pravni saobraćaj (pa i poziciju notara), ova odredba je izazvala mnoge probleme u praksi. Navedenu odredbu treba tumačiti tako da se u pravilu reciprocitet ne treba u svakom slučaju dokazivati; budući da se reciprocitet pretpostavlja onaj ko tvrdi drugačije bi trebao da dokazuje da reciprocitet ne postoji. Ipak, notar u sklopu svojih obaveza koje treba da osiguraju pravnu sigurnost u oblasti prometa nekretninama, ovom pitanju mora postupiti sa dužnom pažnjom i ne prepustiti to pitanje strankama. On ne može, u situaciji da nema spora stranaka oko toga, pristupiti notarskoj obradi ne provjerivši da li će stranac kao stjecatelj moći steći pravo upisom u zemljišnu knjigu ili ne. Stoga je obavezan provjeriti postojanje reciprociteta i o tome informirati stranke.

ZSP FBiH propisuje da Ministarstvo pravde FBiH objavljuje listu zemalja sa kojima ne postoji reciprocitet, uz prethodno pribavljeno mišljenje Ministarstva vanjskih poslova BiH.⁷⁵ Problem je predstavljala činjenica da u prvim godinama primjene ZSP FBiH nije bio uspostavljen mehanizam davanja prethodnog mišljenja Ministarstva vanjskih poslova BiH. Ova se lista ne ažurira redovno, kako to ZSP FBiH traži.⁷⁶ Slijedeći problem je da se u pravilu objavljuje lista zemalja sa kojima imamo reciprocitet ukoliko neke zemeja postavljaju i dodatne uvjete, umjesto da se objavljuje samo lista zemalja sa kojima upće ne postoji reciprocitet, te da se ove liste ne ažuriraju svake godine, kako to ZSP FBiH propisuje.⁷⁷ Kada prema listi postoji reciprocitet sa određenom zemljom, ali koja propisuje dodatne uvjete (npr. saglasnost nadležnog ministarstva) u praksi zemljišno-knjižnih ureda došlo je do nedoumica da li u tom slučaju uopće postoji reciprocitet, naročito s obzirom na okolnost da BiH ne traži identične uvjete. Očigledno je da se u praksi djeluje sa pozicija materijalnog reciprociteta prema kojem strani državljanin može u određenoj državi uživati isto pravo, ako pod istim uslovima to pravo može uživati državljanin domaće države u toj stranoj državi.⁷⁸ Međutim, takav reciprocitet se ne traži u BiH. Stav doktrine je da se

Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci, God. 34, br. 34 (2012), str. 62.

75 Član 15/2 *in fine* ZSP FBiH.

76 Lista je dostupna na: <https://www.fmp.gov.ba/bs/lista-zemalja-reciprocitet-u-sticanju-prava-vlasnistva-na-nekretninama.html>.

77 Više o ovom problemima Povlakić, Meliha in: Babić/Hašić/Medić/Povlakić/Velić, Komentar Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, str. 180 i dalje; Povlakić in: Babić/Hašić/Medić/Povlakić/Velić, Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, str. 163.; Povlakić, Grenzüberschreitende eigentumsrechtliche Verhältnisse in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens, str. 606. i dalje.

78 O problemima u vezi sa utvrđivanjem reciprociteta u zemljama nasljednicama bivše SFRJ vidjeti kod Alihodžić, Jasmina, Princip pretpostavljenog reciprociteta u funkcije efikasne realizacije međunarodne pravne pomoći u zemljama regiona in: Regionalna saradnja u oblasti građanskog sudskog postupka sa međunarodnim elementom – Zbornik radova/Regional Cooperation in the Field of Civil Proceedings with International element – Collection of papers, 2009, Banja Luka, str. 196. Često postoji nerazumjevanje šta znači pretpostavljeni i faktički reciprocitet ili šta znači diplomatski reciprocitet. U jednom je slučaju Vrhovni sud BiH odlučio da ne postoji reciprocitet sa Kuvajtom, jer nije zaključen međunarodni ugovor (Gž-48/90 od 28. 12. 1990, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda BiH 1991/1). O problemima u drugim zemljama regiona vidjeti npr. kod Bordaš, Bernadet, Regionalna saradnja kao ok-

kod stjecanja nekretnina ali i općenito radi o formalnom reciprocitetu.⁷⁹ Suština formalnog reciprociteta je u tome da je dovoljno da domaći državljanin u stranoj državi može uživati određena prava, neovisno od obima. Nije nužna identičnost domaćeg i stranog propisa, ali postoji dosta primjera da u praksi postoji nerazumjevanje reciprociteta kao pravnog instituta.⁸⁰

Kao što treba ispitati da li je stranac ovlašten steći nekretninu u BiH, u situaciji da se stranac javlja u ulozi stjecatelja, notar je obavezan utvrditi i da li je (uknjiženi) vlasnik nekretnine, stranac, slobodan raspolagati nekretninom ili je nužno uključiti u postupak notarske obrade i bračnog druga (mogućnost da se radi o bračnoj stečevini). Ograničenja raspolaganja koja su propisana u stranom pravu moraju biti uzeta u obzir.⁸¹ Tu treba obratiti pažnju na sve rečeno pod 3. Notar je obavezan provjeriti i kod domaćeg državljanina da li se moguće radi o bračnoj stečevini, samo što kod stranog državljanina mora paralelno utvrditi i mjerodavno pravo za bračne imovinske odnose, kako bi znao odgovoriti na ovo pitanje. Uvijek kada nije sigurno kakva su ograničenja, notar će ispravno postupiti ako insistira da bračni drug bude uključen u postupak notarske obrade.⁸²

4.3. Ugovori koji se odnose na nekretnine koje se nalaze u stranoj državi

U pravu BiH nema propisa o mjesnoj nadležnosti notara za ugovore o prometu nekretnina koje se nalaze u BiH (nekretnine se nalaze npr. izvan službenog sjedišta notara), a isto tako nema ni propisa o tome koji bi notar mogao biti mjesno nadležan za notarsku obradu nekretnina koje se nalaze u inostranstvu. Nema domaćih propisa koji bi notaru izričito zabranili poduzimanje notarske obrade za nekretnine u inostranstvu, iz čega bi slijedilo da za to nema prepreka, osim ako mjerodavno pravo, a to je pravo gdje se nekretnina nalazi, ne zabranjuje takvu notarsku obradu i ne predviđa isključivu nadležnost domaćeg notara ili nekog drugog organa za nekretnine

vir za poboljšanje postupanja nacionalnih sudova na primeru priznanja i izvršenja stranih odluka: muke s reciprocitetom, in: Regionalna saradnja u oblasti građanskog sudskog postupka sa međunarodnim elementom – Zbornik radova/Regional Cooperation in the Field of Civil Proceedings with International element – Collection of papers, 2009, Banja Luka, str. 76. i dalje; Stanivuković, Maja, Svojina i druga stvarna prava stranaca, in Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechtes in den Staaten Südosteuropas / Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, 2003, Bremen, str. 285.

79 Tomljenović, Vesna, Stranci kao stjecatelji prava vlasništva nekretnina prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1998 (2), str. 540; Bordaš, Bernadet, Regionalna saradnja kao okvir za poboljšanje postupanja nacionalnih sudova na primeru priznanja i izvršenja stranih odluka: muke s reciprocitetom, str. 77. Više o problemima reciprociteta kao uvjetu stjecanja stranaca u regionu kod Povlakić, Meliha, Grunderwerb durch Ausländer in den Nachfolgestaatendes ehemaligen Jugoslawiens str. 606 i dalje.

80 Tako je npr. Odlukom Federalnog ministarstva pravde od 17.04.2017. bilo predviđeno da će se o svakom pojedinačnom zahtjevu pribavljati informacije o postojanju i uvjetima reciprociteta, što bi upućivalo na efektivni reciprocitet, i što je u direktnoj suprotnosti sa ZSP FBiH. Ovakva odluka se više ne primjenjuje ali svjedoči o nesalazanju sa ustanovom reciprociteta. Ovako postupanje Minstra nije bilo predviđeno u zakonu, a osim toga je bilo direktno suprotno zakonom propisanom pretpostavljenom reciprocitetu, Povlakić, Meliha in: Babić/Hašić/Medić/Povlakić/Velić (2013) Komentar Zakona o stvarnim pravima u Federaciji BiH, str. 180 – 186.

81 Zimmermann in: BeckNotar-HdB, § 28 Auslandsberührung, Rn. 121.

82 *Ibidem*.

u toj zemlji. Ipak, na ovom mjestu će se citirati relevantna njemačke literatura o ovom pitanju koja navodi: „Jedan samokritičan notar neće izvršiti notarsku obradu pravnog posla koji ima za predmet nekretnine koje se nalaze u drugoj državi.“⁸³ Smatra se da samo izuzetno notar može imati potpuna i dovoljna saznanja o svim pravnim pitanjima koja se postavljaju u vezi sa prometom nekretnina u stranoj zemlji (pretpostavke za stjecanje vlasništva, forma, propisi o registraciji nekretnina i prometu nekretnina, poreski propisi itd.).

Kako je lako učiniti suštinsku pogrešku kod obrade ugovora koji ima za predmet nekretnine koje se nalaze u inostranstvu, moguće je pokazati na slijedećem primjeru. Nekretnina se nalazi u Francuskoj. Notar će konsultovati domaće kolizione norme koje ukazuju na pravo mjesta gdje se nalazi stvar. Kada je francusko pravo utvrđeno kao mjerodavno, to znači da su time obuhvaćene i kolizione norme Francuske, gdje je tačka vezivanja također mjesto nalaženja stvari. Zbog toga će se primijeniti francusko pravo. U ovom kontekstu, notar u BiH treba znati da u Francuskoj do prenosa vlasništva dolazi zaključenjem ugovora (član 1196 Code civil⁸⁴), a da naknadni upis u zemljišnu knjigu nema konstitutivan karakter. Utvrdivši ovu činjenicu notar bi morao pronaći posebne modalitete za pretpostavke za dospelost cijene kako bi osigurao prodavca. Upis predbilježbe kao pretpostavka dospelosti cijene se pokazuje kao suvišan. Osim toga bi trebalo provjeriti da li je takav upis uopće poznat u francuskom pravu. Istovremenost činidaba stranaka, kao jedna od pretpostavki za njihovu podjednaku zaštitu, bi zahtijevala da cijena bude osigurana u momentu zaključenja ugovora, npr. polaganjem na notarski povjerenički račun, ali samo u slučaju ako je notar u ovoj situaciji ovlašten da provjerava jesu li nastupile pretpostavke za dospelost cijene, te ukoliko ne postoje upravno-pravni propisi koji zabranjuju ili otežavaju takav transfer novca itd.⁸⁵ Razlike u regiji nisu ovako drastične; sve zemlje pripadaju sistemu tzv. kauzalne tradicije, a primjer ilustrira kako nepoznavanje stranog prava može lako voditi odgovornosti notara za štetu.

Postavlja se pitanje može li notar odbiti da izvrši notarsku obradu ugovora pozivajući se samo na činjenicu da se nepokretnost koja je predmet ugovora nalazi u stranoj državi? Za Republiku Srbiju se smatra npr. da se za takvo postupanje ne može pronaći osnov u domaćim propisima odnosno da notar može poduzeti ovu radnju⁸⁶. Domaći propisi ne predviđaju izričito da je zabranjeno da notar u BiH notarski obradi ugovore koji se odnose na nekretnine koje se nalaze u inostranstvu. Odista ne postoji zakonski osnov za odbijanje službene radnje. Notarima u BiH se ipak savjetuje drugačije. U savjetodavnom razgovoru sa strankama notar im detaljno treba objasniti kakvi rizici postoje ako bi izvršio notarsku obradu ugovora za nekretninu u inostranstvu. To neće nužno učiniti pravni posao ništavim, ali rizik nedovoljnog poznavanja stranog prava može ugroziti interese jedne ili druge

83 Zimmermann in: BeckNotar-HdB, § 28 Auslandsberührung, Rn. 122.

84 https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721 u važećem tekstu na dan 25.09.2022.

85 Zimmermann in: BeckNotar-HdB, § 28 Auslandsberührung, Rn. 126.

86 Vidi i uporedi Pitanja i odgovori (pitanje br. 12), Stručni savet Javnobeležničke komore Srbije, 03. februar 2016. godine. Navedeno prema Đorđević, Slavko, Primena međunarodnog privatnog prava u javnobležničkoj praksi, str. 22.

strane. Stranke tog rizika moraju biti svjesne. Notaru se preporučuje da sadržaj ove pouke unese u notarski obrađenu ispravu kao i odredbu da su stranke, uprkos navedenoj pouci, insistirale da notar izvrši notarsku obradu. Međutim, prioritetno se preporučuje da notari ne vrše obradu pravnih poslova koji za predmet imaju nekretnine u inostranstvu.

Osim utvrđivanja prava mjerodavnog za sadržaj ovog pravnog posla notar mora konsultirati i zahtjeve forme stranog pravnog poretka za promet nekretnina; nije u svim zemljama regija forma notarski obrađene isprave predviđena kao forma *ad solemnitatem*. Naravno, notar ne može sačinjavati javne isprave u skladu sa propisima stranog prava. U BiH je forma notarski obrađene isprave obavezna za pravne poslove koji imaju za predmet nekretnine u Republici Srpskoj i Brčko distriktu BiH. Kada su u pitanju rješenja u Federaciji BiH (dalje: FBiH), situacija je drugačija. Naime, odredba člana 73. Zakona o notarima FBiH koja je regulirala nadležnost notara u FBiH je proglašena neustavnom odlukom Ustavnog suda FBiH U-15/10 od 02.12.2015, a nakon toga su odlukom U-22/16 od 19.03.2019. neustavnim proglašene gotovo sve odredbe materijalnih propisa koje predviđaju formu notarski obrađene isprave kao isključivi uvjet valjanosti.⁸⁷ Međutim, ove odluke nisu implementirane i u oblastima koje su ovdje relevantne notari u FBiH i dalje obavljaju djelatnost i vrše notarsku obradu istih pravnih poslova kao i ranije, a u pravničkoj zajednici se trenutno vodi žustra rasprava o tome koja je forma mjerodavna za ove ugovore. Kako je moguće da u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima i same stranke odrede formu ugovora koji zaključuju, notari takvu izjavu stranaka, koje dobrovoljno biraju formu notarski obrađene isprave, uvrštavaju u tekst pravnih poslova koje notarski obrađuju; iste su obaveze notara u odnosima sa elementom inostranosti i kada stranke dobrovoljno izaberu formu notarski obrađene isprave, pa se u ovom tekstu ovo pitanje u pravilu nije problematiziralo.⁸⁸

Uprkos razlikama koje postoje između prava u BiH i prava stranih država, gotovo je uvijek moguće utvrditi da li strani pravni propisi za konkretni ugovor (pravni posao) zahtjevaju neku od formi koja odgovara formi koju poznaje pravo u BiH. Ako nije moguće pronaći odgovarajući ekvivalent, notar će primijeniti pravila o formi koja predviđa domaće pravo.⁸⁹ U državama regiona bi pandan notarskoj obradi

87 Prema citiranoj odluci nisu u skladu sa Ustavom FBiH član 29. i 34. Zakona o registraciji poslovnih subjekata; članovi 53. stav 2. i 3, 82. stav 2., 147. stav 5., 190. stav 1., 278. stav 2 i 305. Zakona o stvarnim pravima; član. 41. Zakona o zemljišnim knjigama; članovi 128., 130., 131., 136., 147., 167., 176. i 237. Zakona o nasljeđivanju; član 258. stav 2. Porodičnog zakona. Neke od navedenih zakonskih odredaba su u cjelini stavljene van snage ali većinom se radi o tome da su stavljene van snage samo u dijelu koji propisuje obaveznu notarsku obradu.

88 Kritično o ovim odlukama: Mrkonjić, Petar (2019), Apelacijska nadležnost Ustavnog suda BiH u odnosu na odluke entitetskih ustavnih sudova. Sarajevo: CJP. http://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Petar_Mrkonjic2.pdf; Popović, Igor (2019) Dopustivost apelacija protiv odluka ustavnih sudova entiteta u Bosni i Hercegovini. Sarajevo: CJP. <https://www.ceeol.com/search/gray-literature-detail?id=800533>; Delić, Demirel (2016) Odluka Ustavnog suda Federacije BiH o neustavnosti Zakona o notarima. *Sveske za javno pravo*, 25 (7). Najnoviji kritički osvrt vidjeti kod Softić Kadenić, Darja, Posljedice prakse ustavnih sudova u BiH u vezi s nadležnostima notara po pravni režim nekretnina, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LXIII – 2020, str. 517–551.

89 Tako Đorđević, Slavko, Primena međunarodnog privatnog prava u javnobeležničkoj praksi, str.

bila forma notarskog zapisa (Crna Gora, Slovenija), javnobilježničkog zapisa (Srbija) ili javnobilježničkog akta (Hrvatska). U slučaju da pravo strane države, u kojoj se nalazi nekretnina koja je predmet ugovora, predviđa „blažu“ formu od one koju za isti takav ugovor zahtjeva domaće pravo (npr. solemnizacija), nema smetnji da domaći notari postupaju u skladu sa propisima domaćeg prava koji zahtevaju „strožu“ formu (notarski obrađena isprava). Naime, zaključenjem ugovora u „strožoj“ formi koju predviđa domaće pravo neće se povrijediti pravila o „blažoj“ formi mjerodavnog stranog prava, tj. ugovor zaključen u strožoj formi domaćeg prava će se smatrati se formalno punovažnim i u državi u kojoj se nekretnina nalazi.⁹⁰

Ako pravo strane države u kojoj se nekretnina nalazi predviđa „strožu“ formu za ugovor od one koju zahtjeva domaće pravo, notar se mora pridržavati ove strože forme, jer u suprotnom ugovor neće proizvoditi dejstva u državi u kojoj se nekretnina nalazi. Ipak, u ovoj situaciju on ne može primjenjivati formu koju općenito domaći pravni poredak ne poznaje. Notar u BiH će vrlo rijetko doći u ovu situaciju, budući da je notarski obrađena isprava, što je obavezna forma ugovora za nekretnine u BiH, najstroža forma. Situacija u FBiH se može izmijeniti nakon što budu implementirane odluke Ustavnog suda Federacije BiH. Ukoliko norme stranog poretka predviđaju solemnizaciju kao obaveznu formu za pravne poslove nekretninama, notar ne bi mogao solemnizirati privatnu ispravu radi njene upotrebe npr. u Republici Srbiji, budući da takvu formu pravni poredak u BiH ne poznaje, a ne bi mogao ni izvršiti samo ovjeru potpisa, jer u Srbiji takav ugovor ne bi bio valjan. Ako bi stranke zahtjevale od notara u Federaciji BiH da sačini ovaj ugovor, jedina forma koju bi on mogao izabrati, a da se ugovor smatra valjanim u Republici Srbiji, jeste forma notarski obrađene isprave. Nije zabranjeno da stranke predvide strožu formu za svoj ugovor od one predviđene zakonom. Pri tome notar mora upozoriti stranke da bi ovo bila skuplja varijanta (nagrada i nadoknada za notarsku obradu), a da bi notar u Srbiji isti ugovor mogao sačiniti uz manje finansijsko opterećenje (nagrada i nadoknada za solemnizaciju).

Osim gore navedenih rizika, za slučaj da se notar odluči za sačinjavanje pravnog posla koji ima za predmet nekretninu koja se nalazi u inostranstvu, on je dužan ispitati strano pravo u pogledu nedopuštenosti ovakvog ugovora iz bilo kojeg drugog razloga i odbiti da izvrši notarsku obradu ako takav razlog postoji. Nužno je utvrditi da li pravo države gdje se nekretnina nalazi dozvoljava da stranci stječu nekretnine i pod kojim uvjetima. U regiji će najveći problem postojati sa Slovenijom.⁹¹ treba utvrditi mjerodavno pravo za sadržinu ugovora, što je u uporednom pravu gotovo bez izuzetka koliziona norma *lex rei sitae*, dalje notar treba provjeriti da li je vlasnik ovlašten na raspolaganje odnosno da li se radi o bračnoj stečevini. Također nužno je provjeriti kojem pravu je bračna stečevina podvrgnuta i ovdje se upućuje na sve rečeno pod 3.

Budući da je u velikom broju zemalja forma ugovora koji imaju za predmet

23 – 24.

90 Tako Đorđević, Slavko, Primena međunarodnog privatnog prava u javnobeležničkoj praksi, str. 23.

91 Grenzüberschreitende eigentumsrechtliche Verhältnisse in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens, str. 606 – 609.

nekretnine javna forma utvrđena u javnom interesu, ovdje se krije jedan veliki rizik: forma ugovora mora biti u skladu sa domaćim propisom, a zadovoljiti zahtjeve forme propisane u zemlji gdje se nekretnina nalazi. Notar ne može izabrati formu koju uopće ne poznaje pravni poredak BiH, iako se upravo takva forma zahtjeva u zemlji gdje se nekretnina nalazi (npr. forma solemnizirane isprave), nepoštovanje forme u zemlji gdje se nekretnina nalazi može voditi ništavosti ugovora, uprkos pravilu *locus regit actum*. U zemljama regiona je identično koliziono pravilo *lex rei sitae* uz shvatanje da se sva pitanja pa i ugovorna vezana za nekretnine ravnaju prema tom pravilu. U pogledu forme ugovora notar je dužan da utvrdi i kakvu formu predviđa pravo strane države u kojoj se nekretnina nalazi kako bi utvrdio koja forma domaćeg prava je ekvivalentna odnosno bitno slična formi koju predviđa strano pravo. Nakon toga, notar postupa u skladu sa pravilima domaćeg prava koje važe za tu formu;

Sve navedeno ukazuje na to da bi se notar trebao suzdržati od notarske obrade pravnog posla koji ima za predmet nekretninu koja se nalazi u inostranstvu.

5. Zaključak

Kako je u uvodu navedeno, cilj rada je bio analizom pozitivno-pravnog okvira, te propisa o međunarodnom privatnom pravu ali materijalnom pravu zemalja regije ukazati prije svega na složenost odnosa sa inostranim elementom kada se prometuje nekretninama ili se one opterećuju, a posebno u situaciji da te nekretnine ulaze u sastav bračne ili vanbračne stečevine. Navedena kompleksna pitanja traže primjenjivača prava posebno obučenog da ih prepozna, da na osnovu toga zasnuje svoju nadležnost ili je odbije, kao i da prepozna relevantne tačka vezivanja i na bazi njih utvrdi mjerodavno pravo.

Istraživanje se koncentriralo na regiju, gdje su konstatirana vrlo različita rješenja u pogledu kolizionih normi. Dvije zemlje su države članice EU, pri čemu je međunarodno privatno pravo i međunarodno procesno privatno pravo u EU u velikoj mjeri unificirano nizom uređaba. Dvije zemlje (Crna Gora i Sjeverna Makedonija) su u svoje nacionalne zakone o međunarodnom privatnom pravu unijele rješenja kakva postoje u EU (istina ZMPP CG je imao u vidu rješenja na snazi 2014. godine, dok je makedonski zakon donesen 2020. godine). Primjenjivačima je tumačenje i primjena prava olakšano ako su kolizionne norme u istovjetne. Ipak, čak i kada postoje jedinstvene kolizionne norme, pređeno je samo pola puta, jer i jedinstvene kolizionne norme mogu ukazivati na različita nacionalna materijalna prava. U regiji je situacija otežana jer postoje velike razlike kako u kolizionim normama tako u materijalnom pravu. Notari u BiH i Srbiji svoj zadatak moraju izvršiti primjenom odredaba ZRSZ, koje, na žalost, ne prate aktuelni razvoj u međunarodnom privatnom pravu na komparativnoj razini. To je jedna od poruka koja se željela poslati ovim radom: međunarodno privatno pravo u BiH nakon 40 godina zaslužuje detaljnu obnovu.⁹²

92 O potrebi donošenja novog zakona vidjeti takođe kod: Jessel-Holst, Christa, *The Reform of Private International Law Acts in South East Europe, with particular Regard to the West Balkan Region*, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 18/2016, str. 139; Alihodžić / Meškić / Duraković: *Accepting EU Private*

CROSS-BORDER PROPERTY LAW RELATIONS OF MARRIED AND COHABITING PARTNERS AND THE ROLE OF NOTARIES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: The duties within the real estate transactions represent an important segment of the notary service in Bosnia and Herzegovina (B&H). This will remain unchanged even after implementation of the Constitutional Court of the Federation B&H's decisions. In this part of B&H the parties will continue to voluntarily choose the form of notarial deeds because of its advantages, while this form will remain mandatory in the Republic of Srpska and the Brčko District B&H. In this work, the author focuses on an important issue of real estate transactions, namely legal transactions with the real estates, which represent part of matrimonial or non-matrimonial property and which have an element of foreignness.

The work focuses on cross-border property relations in marriage and non-marital partnership with reference to the legal systems of Slovenia, Croatia, Serbia and Montenegro. Despite the fact that these successor states of the former Yugoslavia have a common legal heritage, the differences in their legal systems are increasing. At the same time, they still have very close and intensive relationships in family, inheritance and property matters. In the paper the role of the notary is discussed with focus on the process of advising the (non)marital partners who wish to settle their property relations in their marriage or non-marital community or to acquire a property in the cross-border context. The tasks of the notary are particularly demanding due to complex issues of family, inheritance, property and international private law that arise here. The author researches whether the notaries in B&H are professionally equipped to efficiently fulfil their duties related to notarization in a cross-border context in order to protect both parties.

In particular, the above-mentioned issues are considered regarding the fact that international private law has not been reformed in B&H. At the same time, B&H is surrounded by countries which are already EU member states or candidates for EU membership, and have significantly harmonized their international property law with European law.

Key words: matrimonial property, property of non-marital partners, property relations in (non)marital community with an element of foreignness, notarial deed, real estate transactions

International Law Standards into the Legal System of Bosnia and Herzegovina: What Can Be Done While Waiting for Godot? *LeXonomica*, Vol. 11, No. 2, 2019, str. 178. Takođe i Powlakić, Meliha, Country Report: Bosnia and Hercegovina in: *Cross-border Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in South East Europe and Perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention (2021)* Published by the Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, on behalf of the German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ), Skopje, str. 42 – 81, str. 51.

KONTINUITET RODITELJSKOG STATUSA UNUTAR EUROPSKE UNIJE – OSVRT NA ODLUKU SUDA EU U PREDMETU C – 490/20

Sažetak: Europsko građanstvo, pravo na slobodno kretanje i boravak na državnom području država članica, poštovanje privatnog i porodičnog života, pravo na stupanje u brak i pravo na osnivanje porodice, prava djeteta kao i druga prava i slobode garantirana su Ugovorom o funkcioniranju EU i Poveljom EU o temeljnim pravima, Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, i Konvencijom UN o pravima djeteta. Međutim, upitno je poštivanje ovih prava i sloboda na području Europske unije u situaciji kada se roditeljski status pravovaljano uspostavljen u jednoj državi članici ne priznaje u drugoj državi članici. Upravo na ovaj problem osvrnuo se Sud EU u predmetu C – 490/20 dajući punu podršku kontinuitetu roditeljskog statusa unutar Europske unije. Ova odluka kao i zakonodavne aktivnosti na europskom i međunarodnom planu važne su za Bosnu i Hercegovinu s obzirom na njene međunarodne obaveze proistekle iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, te na činjenicu da je članica Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, kao i potpisnica Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Konvencije UN o pravima djeteta.

Ključne riječi: osnovna prava i temeljne slobode, odluka Suda EU, zakonodavne aktivnosti, kontinuitet roditeljskog statusa.

1. Uvodna razmatranja

Kontinuitet roditeljskog (porodičnog) statusa podrazumijeva priznanje roditeljskog statusa valjano stečenog u jednoj državi u svim drugim državama. Jasno je da je pitanje priznanja „stranog“ statusa uređeno pravilima međunarodnog privatnog prava, koje u velikoj mjeri odražava unutarnje vrijednosti i politike svake države. Države nemaju obavezu priznati status uspostavljen i uređen u drugoj državi prema njenim nacionalnim pravilima. Razlike koje neminovno postoje, osobito u oblasti porodičnog prava i građanskog statusa, a posljedica su historijskih, nacionalnih, geografskih, socijalnih, ekonomskih i drugih posebnosti pojedinih naroda i država, rezultiraju neizvjesnošću za građane u situacijama s međunarodnim obilježjem. Korektivni element u izvjesnoj mjeri predstavljaju obavezujuće međunarodne norme o ljudskim pravima sadržane u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Konvenciji UN o pravima djeteta.

U Europskoj uniji kao zajednici više država pored nacionalnih pravila paralelno egzistiraju i nadnacionalna pravila, prije svega pravo Europske unije te već spomenute obavezujuće međunarodne norme o ljudskim pravima. Navedena pravila (nacionalna i nadnacionalna) mogu doći u sukob, što može dovesti do nepriznavanja statusa stečenog u inozemstvu. To je naravno suprotno očekivanjima građana da valjano uspostavljena porodična veza u jednoj državi članici bude jednako valjana i u svim drugim državama članicama, odnosno na cijelom području Europske unije. Tzv. „šepajući pravni odnosi“, u ovom slučaju „šepajući statusi“, oni koji su valjano stečeni u jednoj državi članici, ali ne i priznati u drugoj državi članici, zasigurno ne odgovaraju građanima, ali su i u suprotnosti s pravima i slobodama garantiranim u Europskoj uniji. Ovdje se prije svega misli na pravo na slobodno kretanje i boravak na državnom području država članica, poštovanje privatnog i porodičnog života, pravo na stupanje u brak i pravo na osnivanje obitelji te prava djeteta.

Kako bi se prevazišle ove i slične neželjene situacije posebno je značajna nadležnost Suda EU da tumači izvora europskog primarnog i sekundarnog prava u postupku prethodnog odlučivanja, a sve s ciljem sprječavanja različite interpretacije komunitarnih propisa, odnosno njihove jednoobrazne primjene. Sudovi država članica, kao redovni sudovi u primjeni propisa Europske unije, mogu tražiti od Suda EU da odluči o pitanju koje se tiče europskog prava, a koje se pojavilo u postupku koji vode, ako je odluka o pitanju nužna za donošenje presude (čl. 267. Ugovora o funkcioniranju EU). Odluka suda je obavezujuća, nije samo prosto mišljenje, ne samo za sud države članice koji je pokrenuo postupak prethodnog odlučivanja već i za druge sudove te države članice ali i svih ostalih država članica.

U radu će se predstaviti prava i slobode propisane pravom Europske unije, Ugovorom o funkcioniranju EU¹ (u daljem tekstu UFEU) i Poveljom EU o temeljnim pravima² (u daljem tekstu PTP), te međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda³ (u daljem tekstu EKLJP) i Konvencijom UN o pravima djeteta⁴ (u daljem tekstu KPD). Centralni dio rada bit će posvećen odluci Suda EU u predmetu C – 490/20, koja se odnosi na priznanje roditeljstva osobama istog spola i s tim povezana pitanja vezana za status djeteta. U konačnici osvrnut ćemo se na značaj ove odluke u europskom i međunarodnom kontekstu. Upoznavanje domaće javnosti sa samom odlukom i njenim značajem važno je za Bosnu i Hercegovinu s obzirom na njene međunarodne obaveze proistekle iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, te na činjenicu da je članica Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, kao i potpisnica Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Konvencije UN o pravima djeteta.

1 Službeni list EU C 202/47 od 7. 6. 2016.

2 Službeni list EU C 202/389 od 7. 6. 2016.

3 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda čovjeka (Europska konvencija o ljudskim pravima) je pravni akt Vijeće Europe. Potpisana je u Rimu, 4. 11. 1950., a stupila je na snagu 1953.

4 Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta usvojena je 20. 11. 1989. godine na 44. zasjedanju Generalne skupštine Ujedinjenih naroda, a stupila je na snagu 2. 6. 1990. godine.

2. Prava i slobode unutar Europske unije

U vezi s pitanjem priznanja roditeljskog statusa stečenog u inozemstvu, značajno je nekoliko odredaba (prava i sloboda) sadržanih u pravu Europske unije i u međunarodnim dokumentima, koje se odnose na europsko građanstvo, pravo na slobodno kretanje i boravak, poštovanje privatnog i porodičnog života, pravo na stupanje u brak i pravo na osnivanje porodice i prava djeteta.

Ugovorom o Europskoj uniji⁵ (u daljem tekstu UEU) određeno je u članu 4. stav 2. da „Unija poštuje jednakost država članica pred Ugovorima, kao i njihove nacionalne identitete, koji su neodvojivo povezani s njihovim temeljnim političkim i ustavnim strukturama, uključujući regionalnu i lokalnu samoupravu. Ona poštuje njihove temeljne državne funkcije, uključujući osiguranje teritorijalne cjelovitosti države, očuvanje javnog poretka i zaštitu nacionalne sigurnosti. Nacionalna sigurnost posebice ostaje isključiva odgovornost svake države članice.”

Građanin Europske unije je svaka osoba koja je državljanin jedne države članice (čl. 20. st. 1. UFEU). Europsko građanstvo se ne može stjecati samostalno, nego je akcesorno državljanstvu neke države članice, zato pravo građanstva zavisi od nacionalnih propisa država članica.⁶ Građani Europske unije imaju pravo slobodnog kretanja i boravka na području država članica (čl. 20. st. 2. tač. a. i čl. 21. st. 1. UFEU te čl. 45. PTP). Radi se o samostalnom pravu građanina Europske unije, neovisnom od ekonomskih i tržišnih ciljeva, čija zaštita se može zahtijevati iz različitih osobnih motiva.⁷ Ovo pravo konkretizovano je Direktivom 2004/38/EZ⁸ koja je u potpunosti posvećena pravu na slobodno kretanje i boravak unutar Europske unije. Iz njenog sadržaja jasno proizlazi da su države članice obavezne u skladu sa svojim zakonodavstvom vlastitim državljanima izdati i produžiti osobnu iskaznicu ili pasoš u kojima je naznačeno njihovo državljanstvo (član 4. stav. 3. Direktive).

Europska unija posebnu pažnju posvećuje ljudskim pravima te kroz član 6. Ugovora o Europskoj uniji osigurava njihovu zaštitu trostrukim standardima: u prvom stavu navodi Povelju Europske unije o temeljnim pravima, u drugom stavu EKLJP, a u trećem stavu ustavnu tradiciju zajedničku državama članicama. Na ovaj način osnovna ljudska prava crpe tripolarnu snagu iz supranacionalnih, međunarodnih i državnih izvora.⁹

Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života zajamčeno članom 7. PTP odgovara onome zajamčenom članom 8. EKLJP. EKLJP nameće dvije vrste obaveza državama: “negativnu” obavezu da se uzdrže od miješanja u bilo koja

5 Službeni list EU C 202/13 od 7. 6. 2016.

6 Više o europskom građanstvu u: Meškić, Z., Samardžić, D., Pravo Evropske unije I, Sarajevo, 2012., str. 257 – 260.

7 Više o ovom pravu u: ibidem str. 261 – 262.

8 Direktiva 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. 4. 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih porodica slobodno se kretati i boraviti na državnom području država članica, o izmjeni Uredbe (EEZ) br. 1612/68 i stavljaju izvan snage direktiva 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ, Službeni list EU, L 229/35 od 29. 6. 2004.

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

od prava navedenih u članu 8. stav 1. osim ako nisu ispunjeni uvjeti iz člana 8. stav 2., i “pozitivnu” obavezu da se preuzmu koraci u cilju zaštite privatnog života pojedinaca, posebno od miješanja od strane drugih.¹⁰ U posljednjih deset godina Europski sud za ljudska prava značajno je proširio zaštitni opseg člana 8. EKLJP. Ovakav razvoj razumljiv je ako se uzme u obzir da primjena prava iz EKLJP zahtijeva nalaženje ravnoteže između zaštite ljudskih prava i polja slobodne procjene država ugovornica, posebno u onim oblastima „gdje ne postoji konsenzus na europskom nivou o pitanjima od dubokog društvenog i kulturnog značaja, za koja se iz tog razloga države ugovornice smatraju najkompetentnijima da procjenjuju i odgovaraju na potrebe društva.“¹¹ Radi se o osobnom pravu koje počiva na razumijevanju slobode i ljudskog dostojanstva. U skladu s članom 52. stav 3. PTP, značenje i obim primjene ovog prava jednaki su značenju i obimu primjene odgovarajućeg člana EKLJP.¹² Posljedično, ograničenja koja bi mogla biti legitimno uvedena u vezi s ovim pravom jednaka su onima dozvoljenima članom 8. EKLJP.¹³

PTP u članu 9. jamči pravo na stupanje u brak i pravo na osnivanje porodice u skladu s nacionalnim zakonima koji uređuju ostvarivanje tih prava. Ovaj član temelji se na članu 12. EKLJP, ali je njegov tekst člana moderniziran kako bi obuhvaćao slučajeve u kojima nacionalno zakonodavstvo priznaje životne zajednice osim braka u vezi s osnivanjem porodice.¹⁴ Član 9. PTP ne zabranjuje, niti propisuje status braka na zajednice između osoba istog spola. Ovo je pravo, stoga, slično onom koje predviđa EKLJP, no njegovo područje primjene može biti šire u slučaju kada to predviđa nacionalno zakonodavstvo.¹⁵

Najvažniji međunarodni dokument usmjeren na zaštitu prava djece jeste Konvencija UN o pravima djeteta iz 1989. godine. U članu 2. stav 1. zahtijeva se od država potpisnica da „poštivaju i osiguraju svakom djetetu na području pod svojom jurisdikcijom prava utvrđena u ovoj Konvenciji bez ikakve diskriminacije prema djetetu, njegovim roditeljima ili zakonskim starateljima u pogledu njihove rase, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog, etničkog ili socijalnog porijekla, imovine, teškoća u razvoju, porodičnog porijekla ili neke druge okolnosti.“ U odredbi stava 2. ovog člana nameće se obaveza državama potpisnicama „da poduzmu sve potrebne mjere kako bi osigurale zaštitu djeteta od svih oblika diskriminacije ili kažnjavanja na temelju statusa, djelatnosti, iskazanih uvjerenja ili

10 Moreham, N.M., “The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination”, *European Human Rights Law Review*, 1/2008, str. 45-79.

11 Više u: Roagna, I., Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, u skladu sa Evropskom Konvencijom o ljudskim pravima, Priručnici Saveta Evrope za ljudska prava, Strasbourg 2012., str. 9 i dalje.

12 Više u: See J. Kokott, C. Sobotta, Protection of Fundamental Rights in the European Union: On the Relationship between EU Fundamental Rights, the European Convention and National Standards of Protection, in *Yearbook of European Law*, Vol. 34, No. 1, 2015., str. 63 i dalje.

13 Objašnjenja koja se odnose na Povelju Europske unije o temeljnim pravima (2007/c 303/02), *Sl. list EU*, C 303/11, 14. 12. 2007. Vidjeti i Mišljenje generalnog advokata Jääskinen od 16. 12. 2010. u predmetu *Runevic-Vardyn*, *ECLI:EU:C:2010:784*, tač. 77.

14 Član 12. EKLJP glasi: Od trenutka kada postanu sposobni za brak, muškarac i žena imaju pravo da stupe u brak i zasnuju obitelj prema nacionalnim zakonima kojima se regulira ostvarivanje ovog prava.

15 *Ibidem*.

vjerovanja njegovih roditelja, zakonskih staratelja ili članova porodice.” Nadalje, njenim članom 7. stav 1. propisuje se da dijete mora biti upisano u matične knjige odmah nakon rođenja i od rođenja ima pravo na ime, pravo na stjecanje državljanstva i, koliko god je moguće, pravo da zna svoje roditelje i uživa njihovu brigu. Nasuprot ovoga prava stoji obaveza država potpisnica, propisana članom 7. stav. 2. da „osiguraju primjenu ovih prava u skladu sa svojim domaćim zakonodavstvom i obavezama koje proizlaze iz odgovarajućih međunarodnih instrumenata u ovom području, osobito ako bi dijete drugačije ostalo bez državljanstva.” Prava djeteta zajamčena su i članom 24. PTP, posebice pravo na zaštitu i brigu koja je potrebna za djetetovu dobrobit, pravo na izražavanje mišljenja, pravo na zaštitu najboljeg interesa djeteta i pravo na održavanje osobnog odnosa te izravan kontakt s oba roditelja, osim ako je to u suprotnosti s njegovim interesima.

Usprkos formalnoj raspodjeli nadležnosti između Europske unije i država članica, ne može postojati niti jedno nacionalno pravilo čija bi primjena mogla dovesti do kršenja prava Europske unije. Naime, nacionalna pravila moraju biti usklađena s pravom Europske unije, a Sud EU u okviru postupka prethodnog odlučivanja ima ovlaštenja da ispituje tu usklađenost. Sud EU je u više navrata iskoristio svoja ovlaštenja, odnosno postupao u okviru svoje nadležnosti, te pomno ispitivao usklađenost nekih nacionalnih pravila sa načelom nediskriminacije (čl. 18. UFEU) i pravom građana Europske unije na slobodno kretanje (čl. 21. UFEU), a u kontekstu priznavanja osobnog stausa.¹⁶Izdvojit ćemo tri odluke Suda EU, čija argumentacija može biti relevantna i po pitanju kontinuiteta roditeljskog statusa.

U predmetu *Garcia Avello* Sud EU istakao je, pozivajući se na članove 18., 20. i 21. UFEU, da nacionalna zakonodavstva i onda kada imaju isključivu nadležnost u reguliranju određenog pitanja, poput osobnog imena, trebaju biti usklađena s potrebama slobodnog kretanja i boravka na prostoru Europske unije, te da organi jedne države članice ne smiju odbiti molbu izmjene prezimena maloljetnoj djeci, koji su državljani više država članica, ukoliko se tim zahtjevom želi postići da djeca nose prezime, koje bi inače nosili na temelju prava i tradicije druge države članice čiji su državljani. U predmetu *Grunkin-Paul* Sud EU nanovo je istakao potrebu usklađenosti nacionalnih zakonodavstava s potrebama slobode kretanja i boravka na prostoru Europske unije, te na tome temeljio svoju odluku kojom potvrđuje da se odbijanje jedne države članice priznavanju prezimena kakvo je maloljetniku dodijeljeno na temelju propisa druge države članice, gdje oduvijek živi i gradi svoj identitet, protivi članu 21. UFEU. Sud EU je konstatirao da nije bio naveden nijedan poseban razlog koji bi bio protivan priznavanju prezimena djeteta kako je dodijeljeno i registrirano u Danskoj, na primjer da je to ime u Njemačkoj u suprotnosti s javnim poretkom. Iz ovih odluka jasno proizlazi obaveza da ime registrirano u jednoj državi članici, posebno ako osoba ima uobičajeno boravište u toj državi članici, bude priznato i u

¹⁶ Pogledati odluke Suda EU u sljedećim predmetima: C-168/91, Konstantinidis od 30. 3. 1993. (EU:C:1993:115); C-148/02, Garcia Avello, od 2. 10. 2003. (EU:C:2003:539); C-353/06, Grunkin-Paul od 14. 10. 2008. (EU:C:2008:559); C-208/09, Sayn-Wittgenstein od 22. 12. 2010. (EU:C:2010:806); C-391/09, Runevic-Vardyn and Wardyn od 12. 5. 2011. (EU:C:2011:291); C-438/14, Bogendorff von Wolffersdorff od 2. 6. 2016. (ECLI:EU:C:2016:401); C-541/15, Mircea Florian Freitag od 8. 6. 2017. (EU:C:2017:432); C-673/16, Coman i dr. od 5. 6. 2018. (ECLI:EU:C:2018:385).

svim drugim državama članicama. Odbijanje priznanja pozivom na institut javnog poretka bilo bi moguće samo ako se ograničenje prava na slobodno kretanje i boravak može na neki način opravdati.¹⁷

U predmetu *Coman i dr.* Sud EU je smatrao da je izraz "bračni partner" u članu 2. stav 2. tački a. Direktive 2004/38/EZ rodno neutralan i može uključivati istospolne bračne partnere. Stoga, države članice koje zabranjuju istospolne brakove ne mogu se oslanjati na nacionalno pravo kao opravdanje za odbijanje priznanja istospolnog braka koji je zakonski sklopljen u drugoj državi članici. Očito, Sud EU odbija prihvatiti različite interpretacije slobode kretanja građana Europske unije, ovisno o tome dopušta li nacionalno pravo istospolne brakove ili ne. Međutim, Sud EU značajno je suzio opseg svoje odluke navodeći da „član 21. stav 1. UFEU treba tumačiti na način da mu se protivi to da nadležna tijela države članice čiji je građanin Unije državljanin odbijaju odobriti pravo na boravak na državnom području te države članice navedenom državljaninu treće države zbog toga što se pravom navedene države članice ne predviđa istospolni brak.“ Dakle, pravo na kretanje i boravak na području država članica primjenjuje se isključivo u svrhu odobravanja ponovnog spajanja porodice, dok ne nameće obavezu priznanje istospolnog braka radi dodjele drugih prava koja se temelje na uobičajenom boravištu, a u skladu s uvjetima iz člana 7. stav 1. Direktive 2004/38/EZ.¹⁸

Iz ovih odluka možemo zaključiti da se pravo Europske unije „miješa“, a u konačnici i oblikuje nacionalno zakonodavstvo na način da štiti prava građana Europske unije na prekogranični kontinuitet statusa (osobnog/porodičnog/roditeljskog). Međutim, moramo naglasiti da pravo Europske unije jamči ovo pravo samo u situacijama povezanim s njezinim pravnim poretkom i samo u onoj mjeri u kojoj ono služi za efikasno ostvarivanje slobode kretanja i boravka građana Europske unije ili sprječavanje diskriminacije na temelju državljanstva.

3. Predmet C – 490/20

Jesu li bugarski organi obavezni priznati rodni list (izvod iz matične knjige rođenih) koji je izdan u Španjolskoj i u kojem su dvije vjenčane građanke Europske

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

18 Član 7. stav 1. Direktive 2004/38/EZ glasi: „Svi građani Unije imaju pravo na boravak na državnom području druge države članice u razdoblju duljem od tri mjeseca ako: (a) su radnici ili samozaposlene osobe u državi članici domaćinu; ili (b) imaju dostatna sredstva za sebe i članove svoje porodice kako ne bi postali teret za sistem socijalne pomoći države članice domaćina tokom svog razdoblja boravka te su sveobuhvatno zdravstveno osigurani u državi članici domaćinu; ili (c) – su upisani u privatnu ili javnu ustanovu, ovlaštenu ili financiranu od države članice domaćina na temelju njezinog zakonodavstva ili upravne prakse, s glavnom svrhom školovanja, uključujući strukovno osposobljavanje, te – su sveobuhvatno zdravstveno osigurani u državi članici domaćinu, te putem izjave ili drugim jednakovrijednim sredstvom, relevantnom nacionalnom tijelu zajamče da imaju dostatna sredstva za sebe i članove svoje obitelji kako tokom svojeg razdoblja boravka ne bi postali teret za sistem socijalne pomoći države članice domaćina; ili (d) su članovi obitelji u pratnji građanina Unije ili se pridružuju građaninu Unije koji ispunjava uvjete iz tačke (a), (b) ili (c).

unije upisane kao roditelji djeteta, iako nedostaje podatak o tome koja od njih je biološka majka djeteta, a sam upis dvije osobe ženskog spola u rodni list djeteta suprotan je bugarskom javnom poretku? Sud EU je na ovo pitanje dao pozitivan odgovor, naslanjajući se na tumačenje člana 21. UFEU sadržano u njegovoj ranijoj odluci u predmetu *Coman i dr.*, prepuštajući odluku o porodičnopravnim dejstvima same isprave (rodnog lista) bugarskom pravu. Dakle, sama odluka nije donijela, od mnogih priželjkivano, neometano kretanje i uzajamno priznanje odluka koje se odnose na status, ali je otvorila vrata ka tome.¹⁹

3.1. Činjenice u predmetu i pitanja Sudu EU

Osoba V. M. A., bugarska državljanica, i osoba K. D. K., državljanica Ujedinjene Kraljevine, sklopile su brak 2018. godine u Španjolskoj, a godinu poslije, 2019. godine dobile su kćerku S.D.K.A. Kćerka je rođena u Španjolskoj i tu boravi s oba roditelja. U rodnom listu djevojčice koji su izdala španjolska tijela osoba V. M. A. navodi se kao „majka A”, a osoba K. D. K. kao „majka” djevojčice. Dana 29. 1. 2020. osoba V. M. A. zatražila je od općine Sofija da joj izda rodni list za S. D. K. A., koji je među ostalim potreban za izdavanje bugarske identifikacijske isprave. Tom je zahtjevu osoba V. M. A. priložila ovjereni prevod na bugarski jezik izvoda iz matične knjige rođenih. Dopisom od 7. 2. 2020. općina Sofija naložila je osobi V. M. A. da u roku od sedam dana podnese dokaze o roditeljstvu S. D. K. A., i to u vezi s identitetom djetetove biološke majke. U tom je pogledu pojasnila da obrazac rodnog lista, koji je jedan od nacionalno važećih obrazaca iz evidencija o osobnom stanju, predviđa samo jednu rubriku za „majku” i jednu rubriku za „oca” te se u svaku od tih rubrika može upisati samo jedno ime. Dana 18. 2. 2020. osoba V. M. A. odgovorila je općini Sofija da na temelju bugarskog zakonodavstva koje je na snazi nije dužna pružiti zatražene informacije. Odlukom od 5. 3. 2020. općina Sofija stoga je odbila zahtjev osobe V. M. A. za izdavanje rodnog lista S. D. K. A. Tu je odluku o odbijanju obrazložila time da ne raspolaže podacima o biološkoj majci dotičnog djeteta i činjenicom da je upisivanje u rodni list dvaju roditelja ženskog spola protivno javnom poretku Republike Bugarske, koji ne dopušta sklapanje braka između dviju osoba istog spola.

Osoba V. M. A. je protiv te odluke podnijela tužbu Upravnom sudu u Sofiji, koji je naveo da na temelju bugarskog prava S. D. K. A. ima bugarsko državljanstvo, unatoč činjenici da još uvijek ne posjeduje rodni list koji bi izdala bugarska tijela. Naime, odbijanje tih tijela da joj izdaju taj list ne znači da joj je uskraćeno bugarsko državljanstvo. Navedeni sud ipak ima brojne dileme u pogledu pitanja jesu li odbijanjem bugarskih tijela da upišu rođenje bugarske državljanke povrijeđena prava koja su dodijeljena takvoj državljanici članovima 20. i 21. UFEU, kao i članovima 7., 24. i 45. PTP. Uz to, budući da je druga majka S. D. K. A., osoba K. D. K., državljanica Ujedinjene Kraljevine, isti se sud pita jesu li za ocjenu tog pitanja relevantne pravne posljedice koje proizlaze iz Sporazuma o povlačenju Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske iz Europske unije i Europske zajednice za atomsku

¹⁹ Kohler, Ch., Status und Mobilität in der Europäischen Union, IPRax 3/2022., str. 226.

energiju. Osim toga, Upravni sud u Sofiji dvoji o tome može li eventualno nalaganje obaveze bugarskim tijelima da prilikom izdavanja rodnog lista u njemu navedu dvije majke kao roditelje dotičnog djeteta negativno utjecati na javni poredak i nacionalni identitet Republike Bugarske s obzirom na to da ta država članica nije predvidjela mogućnost da se u rodnom listu navedu dva roditelja tog djeteta koja su istog spola.

Sud smatra da je potrebno pronaći ravnotežu između, s jedne strane, ustavnog i nacionalnog identiteta Republike Bugarske i, s druge strane, interesa djeteta, osobito njegovog prava na privatnost i slobodno kretanje. Takva ravnoteža mogla bi se eventualno postići primjenom načela proporcionalnosti, na način da se pod rubrikom „Majka” unese ime jedne od dviju majki koje se nalazi u rodnom listu koji su izdala španjolska tijela, a da se pritom ne ispuni rubrika „Otac”. Takvo rješenje, iako bi moglo dovesti do određenih poteškoća zbog mogućih razlika između rodnog lista koji su izdala bugarska tijela i onog koji su izdala španjolska tijela, omogućilo bi bugarskim tijelima da izdaju rodni list, čime bi se otklonile ili barem ublažile eventualne prepreke slobodnom kretanju djeteta o kojem je riječ. Međutim, navedeni se sud pita je li navedeno rješenje u skladu s pravom na poštovanje privatnog i obiteljskog života tog djeteta iz člana 7. PTP. Konačno, ako Sud EU presudi da se pravom Unije zahtijeva da se u bugarski rodni list upišu dvije majke dotičnog djeteta, sud koji je uputio zahtjev pita kako taj zahtjev valja provesti s obzirom na to da taj sud ne može zamijeniti obrazac rodnog lista koji je jedan od nacionalno važećih obrazaca iz evidencija o osobnom stanju.

U tim je okolnostima Upravni sud u Sofiji odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu EU sljedeća prethodna pitanja:

„1. Treba li članove 20. i 21. UFEU-a te članove 7., 24. i 45. PTP tumačiti na način da se protive tome da bugarska upravna tijela kojima je podnesen zahtjev za izdavanje rodnog lista kojim se potvrđuje djetetovo rođenje u drugoj državi članici Unije, pri čemu to dijete ima bugarsko državljanstvo te mu je izdan španjolski rodni list u kojem se kao majke navode dvije osobe ženskog spola, a da nije navedeno je li jedna od njih i, u slučaju potvrdnog odgovora, koja od njih je djetetova biološka majka, odbiju izdavanje bugarskog rodnog lista uz obrazloženje da tužiteljica odbija navesti tko je djetetova biološka majka?

2. Treba li član 4. stav 2. UEU-a i član 9. PTP tumačiti na način da očuvanje nacionalnog i ustavnog identiteta država članica znači da potonje države u pogledu odredbi za utvrđivanje roditeljstva raspoložu širokom marginom prosudbe? Konkretno: Treba li član 4. stav 2. UEU-a tumačiti na način da se njime državama članicama dopušta da u pogledu djeteta zahtijevaju podatke o biološkom roditeljstvu? Treba li član 4. stav 2. UEU-a u vezi s članom 7. i članom 24. stav 2. PTP tumačiti na način da je nužno pronaći ravnotežu između, s jedne strane, nacionalnog i ustavnog identiteta države članice i, s druge strane, zaštite interesa djeteta, pri čemu valja uzeti u obzir da trenutačno, ni u smislu vrijednosti ni u pravnom smislu, ne postoji dogovor o mogućnosti da se kao roditelji u rodni list upišu osobe istog spola a da se ne navede je li jedan od njih djetetov biološki roditelj i, u slučaju potvrdnog odgovora, tko je taj roditelj? U slučaju potvrdnog odgovora na to pitanje, kako se konkretno može postići ta uravnoteženost interesa?

3. Jesu li pravne posljedice Sporazuma o povlačenju relevantne za odgovor na prvo pitanje s obzirom na to da je jedna majka, koja se navodi u rodnom listu izdanom u drugoj državi članici, državljanica Ujedinjene Kraljevine, a druga majka državljanica države članice, ako se naročito uzme u obzir da odbijanje izdavanja djetetovog bugarskog rodnog lista predstavlja prepreku tome da država članica izda djetetovu identifikacijsku ispravu te da se time eventualno otežava puno ostvarivanje njegovih prava koja ima kao građanin Unije?

4. U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje: obavezuje li pravo Unije, naročito načelo djelotvornosti, nadležna nacionalna tijela da odstupaju od obrasca za sastavljanje rodnog lista koji je jedan od nacionalno važećih obrazaca iz evidencija o osobnom stanju?”

3.2. Odluka Suda EU

Sud EU je prije svega prihvatio zahtjev za odlučivanje po hitnom postupku obrazložujući to činjenicom da je S. D. K. A. dijete rane dobi, koje je lišeno putnih isprava, te da boravi u državi članici čije državljanstvo ne posjeduje.

Sud EU je konstatirao da budući da je S. D. K. A. bugarska državljanica, bugarska tijela dužna su joj izdati osobnu iskaznicu ili putnu ispravu u kojoj je naznačeno njezino državljanstvo kao i prezime kako proizlazi iz rodnog lista koji su izdala španjolska tijela (vidjeti u tom smislu odluku u predmetu *Grunkin i Paul*, t. 39.).²⁰ Također, član 4. stav 3. Direktive 2004/38/EZ nalaže bugarskim tijelima da S. D. K. A. izdaju osobnu iskaznicu ili putnu ispravu neovisno o izdavanju novog rodnog lista za to dijete. Stoga, budući da bugarsko pravo zahtijeva izdavanje bugarskog rodnog lista prije izdavanja bugarske osobne iskaznice ili putne isprave, ta se država članica ne može pozivati na svoje nacionalno pravo kako bi odbila izdati takvu osobnu iskaznicu ili putnu ispravu za S. D. K. A.²¹ Takav dokument će omogućiti ostvarivanje djetetovog prava na slobodno kretanje i boravak na državnom području država članica, zajamčenog članom 21. stav 1. UFEU, sa svakom od svojih dviju majki, čiji je status roditelja tog djeteta utvrdila njihova država članica domaćin za vrijeme boravka u skladu s Direktivom 2004/38/EZ.²² Valja podsjetiti na to da pravo kretanja i boravka uključuje pravo na vođenje normalnog porodičnog života u državi članici domaćinu i državi članici njihovog državljanstva prilikom povratka na državno područje te države članice, na način da su ondje uz njih prisutni članovi njihove obitelji (odluka u predmetu *Coman i dr.*, t. 32.).

Pravilo o braku i roditeljstvu iz člana 9. PTP jest područje koje potpada pod nadležnost država članica i pravo Unije ne utječe na tu nadležnost. Međutim, pri izvršavanju te nadležnosti svaka država članica mora poštovati pravo Unije, a osobito odredbe UFEU koje se odnose na slobodu priznatu svakom građaninu Unije da se kreće i boravi na državnom području država članica, priznajući u tu svrhu osobno

20 Tačka 44.

21 Tačka 45.

22 Tačka 46.

stanje utvrđeno u drugoj državi članici u skladu s pravom te države članice (vidjeti u tom smislu odluku u predmetu *Comani dr.*, t. 36. do 38.).²³

Sud EU nadalje konstatuje da nije opravdano odbijanje bugarskih tijela da S. D. K. A. izdaju rodni list i stoga osobnu iskaznicu ili putnu ispravu za to dijete, pozivanjem na član 4. stav 2. UEU, a u vezi sa eventualnim ugrožavanjem javnog poretka i nacionalnog identiteta Republike Bugarske s obzirom na to da bugarski ustav i bugarsko porodično pravo ne predviđaju roditeljstvo dvaju osoba istog spola. Svoju konstataciju obrazlaže stavovima nezavisne advokaticе, koja je u svom mišljenju navela da obaveza države članice da, s jedne strane, djetetu, državljaninu te države članice, koje je rođeno u drugoj državi članici i u čijem su rodnom listu koji su izdala tijela te druge države članice kao roditelji naznačene određene dvije osobe istog spola, izda osobnu iskaznicu ili putnu ispravu i, s druge strane, prizna roditeljsku vezu između tog djeteta i svake od tih dviju osoba u okviru njegovog ostvarivanja svojih prava na temelju člana 21. UFEU-a i s njime povezanih akata sekundarnog prava, ne povređuje nacionalni identitet niti krši javni poredak te države članice.²⁴ Naime, takva obaveza ne podrazumijeva da država članica čije je dijete državljanin u svom nacionalnom pravu propiše roditeljstvo osoba istog spola ili da prizna, u svrhe različite od ostvarivanja prava koja to dijete ima na temelju prava Unije, roditeljsku vezu između navedenog djeteta i osoba koje se navode kao njegovi roditelji u rodnom listu koji su izdala tijela države članice domaćina (vidjeti po analogiji odluku u predmetu *Coman i dr.*, t. 45. i 46.).²⁵

Sud EU ističe da u situaciji koja je predmet glavnog postupka, od temeljnog su značaja pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života zajamčeno članom 7. PTP kao i prava djeteta zajamčena njezinim članom 24., osobito pravo na zaštitu interesa djeteta kao primarnog cilja u svim aktima koji se odnose na djecu kao i na održavanje redovnog osobnog odnosa i izravnog kontakta s oba roditelja.²⁶

Naposlijetku, okolnost da je jedan od roditelja dotičnog djeteta državljanica Ujedinjene Kraljevine, koja više nije država članica, nije relevantna u tom pogledu.²⁷

S obzirom na sva prethodna razmatranja, Sud EU odlučuje da član 4. stav 2. UEU, članovi 20. i 21. UFEU kao i članovi 7., 24. i 45. PTP, u vezi s članom 4. stav 3. Direktive 2004/38/EZ, treba tumačiti na način da, kad je riječ o maloljetnom djetetu, građaninu Unije u čijem su rodnom listu koji su izdala nadležna tijela države članice domaćina kao njegovi roditelji naznačene dvije osobe istog spola, država članica čiji je to dijete državljanin obvezna je, s jedne strane, tom djetetu izdati osobnu iskaznicu ili putnu ispravu, a da pritom ne zahtijeva da njezina nacionalna tijela prethodno izdaju rodni list kao i, s druge strane, priznati, poput svake druge države članice,

23 Tačka 52.

24 Tačke 150 i 151 Mišljenja nezavisne advokaticе Juliane Kokott od 15. 4. 2021., ECLI:EU:C:2021:296. Tačka 56.

25 Tačka 57.

26 Tačka 59. Valja naglasiti da prava zajamčena PTP imaju jednako značenje i opseg primjene kao i prava zajamčena EKLJP. Tačka 60 i 61. Također, važno je istaći značaj Konvencije UN o pravima djeteta, koju su ratificirale sve države članice, te prilikom tumačenja člana 24. PTP valja uzeti u obzir odredbe te konvencije. Tačka 63.

27 Tačka 66.

dokument izdan u državi članici domaćinu koji navedenom djetetu omogućuje da s bilo kojom od tih dviju osoba ostvaruje svoje pravo slobodnog kretanja i boravka na državnom području država članica.

4. Odluka Suda EU i zakonodavne aktivnosti u europskom i međunarodnom kontekstu

Pravo Europske unije podložno je konstantnim promjenama. Stoga, nije slučajno Sud EU ovom svojom odlukom u tački 52. istakao da pravila o braku i roditeljstvu u „trenutačnom stanju prava Unije“ potpadaju pod nadležnost država članica. Naime, namjera zakonodavca Europske unije nije harmonizirati ili unificirati materijalne norme o braku i roditeljstvu, već poduzeti određene korake/mjere koji bi rezultirali priznanjem roditeljskog statusa u prekograničnim predmetima unutar Europske unije.

U svjetlu odluke Suda EU u predmetu C – 490/20, a vezano za kontinuitet roditeljskog statusa, te ostvarivanje prava djece, interesantno je promatrati zakonodavne aktivnosti poduzete na europskom i međunarodnom nivou: unutar Europske unije i Haške konferencije za međunarodno privatno pravo.

Europska komisija podnijela je 2021. godine inicijativu vezanu za priznanje roditeljskog statusa unutar Europske unije.²⁸ Ona se naslanja na ranije usvojenu Strategiju za rodnu ravnopravnost 2020.–2025.,²⁹ kojom se žele ojačati prava LGBTIQ-osoba i zaštititi tzv. duga familije. Cilj inicijative, uzmeđu ostalog, jeste donošenje uredbe kojom bi se uredila oblast priznanja porijekla djeteta (utvrđivanje i osporavanje veze između roditelja i djece), oblast koja do sad nije bila uređena komunitarnim aktima.³⁰ Time se želi osigurati da djeca zadrže svoja prava u prekograničnim situacijama posebno ako porodica želi preseliti ili putovati unutar Europske unije, odnosno po riječima predsjednice Europske komisije *von der Leyen* da osobe koje su otac i majka u jednoj državi članici budu/ostanu otac i majka i u ostalim državama članicama.³¹ S tim je usko povezana i Strategija EU o pravima

28 Cross-border family situations – recognition of parenthood, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12878-Cross-border-family-situations-recognition-of-parenthood_en (14. 7. 2022.). Inception Impact Assessments der Kommission Ref. Ares(2021)2519673 - 14/04/2021. Naziv inicijative je „Regulation on the recognition of parenthood between Member States“.

29 Komunikacija Komisije Europskom Parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i odboru regija: Unija ravnopravnosti: Strategija za rodnu ravnopravnost 2020.–2025., Bruxelles, 5.3.2020. COM(2020) 152 final.

30 Pogledati član 1. stav 3. tačka a. Uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. 11. 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000 (Službeni list EU L 338/1 od 23. 12. 2003.) i član. 1. stav. 4. tačka. a. Uredbe Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. 6. 2019. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću te o međunarodnoj otmici djece (Službeni list EU L 178/1 od 2. 7. 2019.)

31 State of the Union 2020, 16. 9. 2020. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu_2020_en.pdf (14. 9. 2020.).

djeteta iz 2021. godine koja u fokus stavlja, između ostalog, pravosuđe prilagođeno djeci, te predviđa kao ključnu mjere za 2022. godinu horizontalnu zakonodavnu inicijativu za potporu uzajamnom priznavanju roditeljstva među državama članicama.³² U okviru inicijative, Europska komisija je pokrenula javno ispitivanje/anketu te osnovala ekspertnu grupu. Sumarni prikaz odgovora doista pokazuje da postoje brojni slučajevi u kojima roditeljstvo nije priznato među državama, a kao primarni razlog za nepriznavanje roditeljstva uspostavljenog u drugoj državi članici navodi se suprotnost domaćem javnom poretku.³³ Na koji način će biti kreirana uredba, hoće li sadržavati samo norme o priznanju roditeljskog statusa ili i kolizijske norme, još uvijek nije sasvim jasno. Sadržajno potpunija uredba, koja bi obuhvatala i kolizijske norme i norme o priznanju, a temeljila se na članu 81. stav 3. UFEU zahtijeva jednoglasno prihvatanje, što nije jednostavno postići zbog velikih razlika među državama članicama, koje su postale očite na zasjedanju ministara pravde³⁴ i u predmetu *Coman i dr.*³⁵ Europski parlament je svojom Rezolucijom od 14. 9. 2021. o pravima pripadnika zajednice LGBTIQ u EU³⁶ pozvao Komisiju da predloži zakonodavstvo kojim se od svih država članica zahtijeva da za potrebe nacionalnog prava priznaju odrasle osobe navedene u rodnom listu izdanom u drugoj državi članici kao zakonite roditelje djeteta, bez obzira na zakoniti spol ili bračno stanje tih odraslih osoba (tačka 8.). S obzirom da je roditeljski status osnova za mnoga prava djeteta: stjecanje državljanstva, boravak, izdržavanje, nasljeđivanje, Europski parlament podržava inicijativu za donošenje „Uredbe o priznanju roditeljstva između država članica“³⁷. Prijedlog Europske komisije o međusobnom priznavanju roditeljstva očekuje se u trećem kvartalu 2022. godine.³⁸

Naravno, poželjno je da sve ove inicijative budu koordinirane s aktivnostima Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, koja radi na projektu Parentage/Surogacy.³⁹ Naime, na međunarodnoj razini priprema se slična inicijativa. Stalni ured

32 Komunikacija Komisije Europskom Parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i odboru regija: Strategija EU o pravima djeteta, Bruxelles, 24.3.2021.COM(2021) 142 final. Više u Mansel. H.P., Thorn, K., Wagner, R., Europäischen Kollisionsrecht 2021: Digitalisierung als Aufgabe, IPRax 2/2022, str. 98 – 99.

33 Čak 72% odgovora odnosi se na javni poredak. Više u: Initiative on the recognition of parenthood between Member States Factual summary of the Open Public Consultation Brussels, October 2021., Ref. Ares(2021)6847413 - 08/11/2021.

34 Ovo razlike su bile očite i na zasjedanju ministara pravde, održanog u 4. 2. 2022. u Lille, kada se diskutirali o uzajamnom priznanju porijekla. <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/de/aktuelles/informelles-treffen-der-minister-fur-justiz-und-inneres/> (15. 7. 2022.).

35 Više u: Kohler, Ch., op. cit., str. 228-229.

36 Rezolucija Europskog parlamenta od 14. 9. 2021. o pravima pripadnika zajednice LGBTIQ u EU-u (2021/2679(RSP)), P9_TA(2021)0366, Službeni list EU C – 117/2 od 11. 3. 2022.

37 LEGISLATIVE TRAIN 08.2022, Regulation on the Recognition of parenthood between Member States/AFTER 2022-6 od 20. 8. 2022., <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/recognition-of-parenthood-between-member-states/report?sid=6101> (16. 7. 2022.).

38 Više o inicijativi i nastojanjima unutar Europske unije u Kohler, Ch., Pintens, W., Entwicklung im europäischen Familien- und Erbrecht 2020-2021, FamRZ 18/2021., str. 1423 - 1424.

39 HCCH/The Parentage/Surogacy Project. Više u Kohler, Ch., Pintens, W., Entwicklung im europäischen Familien- und Erbrecht 2019-2020, FamRZ 18/2020., str. 1426. Mansel. H.P., Thorn, K., Wagner, R., Europäischen Kollisionsrecht 2020: EU in Krisenmodus, IPRax 2/2021, str. 137 - 139.

Haške konferencije za međunarodno privatno pravo proveo je istraživanje između 2010. i 2015. godine posebno o pitanjima koja proizlaze iz priznavanja roditeljstva, s naglaskom na pitanja priznavanja roditeljstva koja proizlaze iz međunarodnih sporazuma o surogat materinstvu. Temeljem toga je osnovana stručna skupina koja razmatra moguće međunarodne instrumente o priznavanju roditeljstva, s dodatnim protokolom o međunarodnom surogat materinstvu. Stručna skupina sastala se više puta, a najveći napredak ostavaren je krajem 2019. godine kada je zapravo potvrđen raniji stav da će se pitanje pravnog roditeljstva regulisati putem dva pravna mehanizma, i to: konvencije o priznanju stranih sudskih odluka u predmetima pravnog roditeljstva, te posebnog protokola o priznanju stranih sudskih odluka u predmetima pravnog roditeljstva koje su rezultat realizacije međunarodnih surogat aranžmana. Osim toga, zaključeno je da je potrebno provesti dodatna istraživanja kada je riječ o kolizionim pravilima i pravilima o saradnji u vezi sa predmetima pravnog roditeljstva.⁴⁰ Cilj budućeg instrumenta ogleda se u osiguranju predvidljivosti, izvjesnosti i kontinuiteta pravnog roditeljstva u međunarodno obilježenim pravnim situacijama za sve zainteresirane osobe, uzimajući u obzir njihova prava, a posebno naglašavajući najbolji interes djeteta.⁴¹ Očekuje se da će konačni izvještaj ove stručne skupine biti predstavljen Vijeću za opće poslove i politiku Haške konferencije u 2023. godini.

5. Značaj za Bosnu i Hercegovinu

Više je razloga zbog kojih je za Bosnu i Hercegovinu značajna odluka Suda EU u predmetu C – 490/20 kao i zakonodavne aktivnosti na europskom i međunarodnom nivou.

Prije svega, Bosna i Hercegovina potpisnica je Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju,⁴² čiji je jedan od ciljeva podržati napore Bosne i Hercegovine u razvijanju ekonomske i međunarodne saradnje, uključujući i usklađivanje njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice (čl. 1. st. 2. tač. d). Time je ona očitovala svoje opredjeljenje „za usklađivanjem postojećeg zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice i nastojanje da osigura postepeno usklađivanje svojih postojećih zakonodavstava i budućeg zakonodavstva sa pravnom stečevinom Zajednice (čl. 70).⁴³ Dodamo li ovim obavezama Bosne i Hercegovine i činjenicu

40 Report of the October/November 2019 meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy. Pogledati i ranije Izvještaje: Report of the February 2016 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy, Report of the January / February 2017 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy, Report of the February 2018 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy.

41 Više o radu u okviru Haške konferencije u: Duraković, A., Alihodžić, J., Međunarodno surogat materinstvo materinstvo, Osvrt na zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini, Mostar, 2020., str. 169 – 176.

42 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. (27. 12. 2015.)

43 Međutim, i prije potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, čak prije otpočinjanja procesa

da veliki broj naših građana danas živi na području Europske unije, postaje jasno od kolikog su značaja procesi usklađivanja domaćeg prava s europskim. Ovo usklađivanje, u sadržajnom smislu i u praksi, za Bosnu i Hercegovinu ponajprije znači prihvaćanje, usvajanje europskog prava, odnosno njegove pravne stečevine kao pretpostavke koju su morale ispuniti i druge države koje su pristupile Europskoj uniji. U trenutku stupanja u članstvo mora postojati visok stepen kompatibilnosti s pravom Europske unije.⁴⁴

Nadalje, Bosna i Hercegovina članica je Haške konferencije za međunarodno privatno pravo od 7. 6. 2001. godine. S obzirom da se radi o najznačajnijoj svjetskoj organizaciji koja se bavi međunarodnim privatnim pravom, te okuplja 91 članicu, od kojih su 90 države, a jedna je „regionalna organizacija“ – Europska unije, jasno je od kakvog bi značaja bilo aktivno učešće Bosne i Hercegovine u organima Haške konferencije jer samo na taj način može biti obaviještena o aktivnostima ove organizacije. S obzirom da je osnovni metod rada Haške konferencije donošenje multilateralnih međunarodnih konvencija, predstavnici Bosne i Hercegovine mogli bi učestvovati u prethodnim pregovorima, izradi prednacrtu i nacrtu konvencija te njihovom usvajanju.⁴⁵

Pored toga Bosna i Hercegovina potpisnica je Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koja ima snagu ustavnopravnog izvora,⁴⁶ a odluke Europskog suda za ljudska prava nisu samo savjetodavne prirode, već je moguće neposredno se pozivati na njih pred domaćim organima.

Također, Bosna i Hercegovina potpisnica je Konvencije UN o pravima djeteta koja je na snazi u 196 država svijeta, uključujući sve države članice Europske unije. U bosanskohercegovačkom pravu⁴⁷ njene odredbe imaju snagu ustavnih odredbi iako to nije izričito naglašeno,⁴⁸ te su neposredno primjenjive ukoliko su po svom sadržaju podobne za neposrednu primjenu i obavezuju zakonodavca na usklađivanje akata sa pravima iz Konvencije.⁴⁹

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 obaveza 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.

44 Alihodžić, J., Razvoj evropskog međunarodnog privatnog prava: pravci reforme zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, OFF-SET Tuzla, 2012, str. 237-240.

45 Više o značaju haške konferencije za Bosnu i Hercegovinu u: Duraković, A., Značaj Haške konferencije za međunarodno privatno pravo za Bosnu i Hercegovinu, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, br. 23., Zenica, 2019., str. 17 – 32.

46 Član II stav 2. Ustava Bosne i Hercegovine.

47 SFRJ je ratificirala KPD3. 3. 1991. godine. Raspadom SFRJ, BiH je 6. 3. 1992. godine notifikacijom o sukcesiji preuzela KPD koja je inače sadržana u Aneksu I Ustava Bosne i Hercegovine.

48 O različitim stavovima pravne teorije i sudske prakse u pogledu pravne snage 15 međunarodnih instrumenata navedenih u Aneksu I opširnije u Čeranić, D., Primjena međunarodnih konvencija o pravima djeteta u Bosni i Hercegovini, Zbornik radova „Aktuelnost i značaj ljudskih prava i sloboda“, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2011, str. 268 – 270.

49 Marković, G., Ustavnopravni osnov ostvarivanja prava djeteta u Bosni i Hercegovini, Zbornik radova „Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog“, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2012, str. 252.

6. Zaključak

Prava i slobode garantirane aktima Europske unije i međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima: europsko građanstvo, pravo na slobodno kretanje i boravak na državnom području država članica, poštovanje privatnog i porodičnog života, pravo na stupanje u brak i pravo na osnivanje obitelji i prava djeteta, mogu biti ugrožena ukoliko se onemogućiti kontinuitet roditeljskog statusa, odnosno priznanje roditeljskog statusa valjano stečenog u jednoj državi članici u svim drugim državama članicama.

Kako bi se izbjegli tzv „šepajući pravni statusi“ značajna je nadležnosti Suda EU u postupku prethodnog odlučivanja. Iz njegove odluke u premetu C – 490/20 jasno je da pravo Europske unije jamči kontinuitet roditeljskog statusa, te pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života kao i prava djeteta, osobito pravo na zaštitu interesa djeteta kao primarnog cilja u svim aktima koji se odnose na djecu kao i na održavanje redovitog osobnog odnosa i izravnog kontakta s oba roditelja, samo u situacijama povezanim s njezinim pravnim poretkom i samo u onoj mjeri u kojoj ono služi za učinkovito ostvarivanja slobode kretanja i boravka građana. Dakle, sama odluka nije donijela, od mnogih priželjkivano, neometano kretanje i uzajamno priznanje odluka koje se odnose na status, ali je otvorila vrata ka tome.

U tom kontekstu važne su zakonodavne aktivnosti poduzete na europskom i međunarodnom nivo: unutar Europske unije i Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Organi Europske unije pokrenuli su inicijativu, poslali anketu, osnovali radnu grupu, a sve s ciljem donošenja uredbe o priznanju roditeljstva između država članica. Time se želi osigurati da djeca zadrže svoja prava u prekograničnim situacijama posebno ako porodica želi preseliti ili putovati unutar Europske unije, odnosno po riječima predsjednice Europske komisije *von der Leyen* da osobe koje su otac i majka u jednoj državi članici budu/ostanu otac i majka i u ostalim državama članicama. Naravno, poželjno je da ova inicijativa bude koordinirana s aktivnostima Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, koja radi na projektu Parentage/Surogacy, čiji glavni cilj jeste donošenje konvencije o priznanju stranih sudskih odluka u predmetima pravnog roditeljstva, te posebnog protokola o priznanju stranih sudskih odluka u predmetima pravnog roditeljstva koje su rezultat realizacije međunarodnih surogat aranžmana.

Odluka Suda EU u predmetu C – 490/20 i aktivnosti na europskom i međunarodnom planu važne su za Bosnu i Hercegovinu s obzirom na njene međunarodne obaveze proistekle iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, te na činjenicu da je članica Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, kao i potpisnica Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Konvencije UN o pravima djeteta.

Anita Duraković, LL.D., Associate Professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University in Mostar

Jasmina Alihodžić, LL.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Tuzla

CONTINUITY OF PARENTAL STATUS WITHIN THE EUROPEAN UNION – REVIEW OF THE DECISION OF THE COURT OF THE EU IN CASE C – 490/20

Summary: European citizenship, the right to free movement and residence on the territory of the Member States, respect for private and family life, the right to marry and the right to found a family, the rights of the child as well as other rights and freedoms are guaranteed by the Treaty on the Functioning of the EU and the EU Charter on Fundamental Rights, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and the UN Convention on the Rights of the Child. However, the respect of these rights and freedoms in the territory of the European Union is questionable in a situation where the parental status validly established in one member state is not recognized in another member state. It was precisely this problem that the EU Court addressed in case C – 490/20, giving full support to the continuity of parental status within the European Union. This decision, as well as legislative activities on the European and international level, are important for Bosnia and Herzegovina in view of its international obligations arising from the Stabilization and Association Agreement, and the fact that it is a member of the Hague Conference on Private International Law, as well as a signatory to the European Convention on protection of human rights and fundamental freedoms and the UN Convention on the Rights of the Child.

Key words: fundamental rights and freedoms, decisions of the Court of the EU, legislative activities, continuity of parental status

Prof. Dr. Angel Ristov^{1*}, Full Time professor
Faculty of Law, “Iustinianus Primus”, University “Ss Cyril and Methodius” in Skopje

Izvorni naučni rad

Prof. Dr. Milica Shutova^{2*}, Associate professor
Faculty of Law, University “Goce Delchev” of Shtip

THE CIVIL CODE AND THE REFORMS IN MACEDONIAN FAMILY LAW

Abstract: Macedonian family legislation has not undergone significant changes and reforms for more than three decades. The Family Law Act from 1992 largely took over and incorporated within itself the legal regulations and decisions from the time of socialism. On the other hand, dramatic revolutionary changes are taking place in marital and family relationships. The number of divorced marriages is increasing, the number of children born out of wedlock is increasing, the number of married unions is increasing. Outdated legal solutions that do not comply with the Convention on the Rights of the Child, numerous legal gaps create major problems in practice. The consequence of this is the judgments against our country pronounced by the European Court of Human Rights, which establish violations of the European Convention on Human Rights. In the Republic of North Macedonia, the drafting of the Civil Law is underway, and family law will be an integral part of it. The authors provide an analysis of the place of family law in the civil codification. They indicate that reforms should be carried out in the codification of family law and provide proposals for amendments and additions to the Macedonian family legislation regarding the legal regulation of extramarital union as well as the need for the regulation of the marriage contract. In the paper, the authors advocate for the adoption of the term parental responsibility in the Civil Law of Macedonia and indicate the need to foresee a legal possibility to take into account the child’s opinion when decisions are made about his rights and interests. In the paper, the authors advocate for the provision of a special legal status and protection of the family home and for reforms in other important issues in family relations.

Keywords: family law, reforms, Civil Code.

1. Introduction

The most significant reform of family law in the Republic of Macedonia was made in 1992, when the Law on the Family³ was adopted, which represented a

1 * angelristov@yahoo.com

The authors are part of the working group for drafting the Civil Code of the Republic of North Macedonia in the family law section.

2 * milica.shutova@ugd.edu.mk

3 ”Official Gazette of the Republic of Macedonia” no. 80/92, 9/96, 38/2004, 33/06, 84/08, 157/08,

”mini codification” in this area, because the parts of family law - marriage law, parental law, adoption and guardianship, which until then they were regulated in separate laws, they were united in one legal text. From then until today, despite the rapid and dynamic changes in the sphere of family and family relations⁴, the Law on the Family experienced only a few changes, which related to the procedure of adoption, the regulation of domestic violence and the revocation of parental rights. A significant reform of family law is expected to be carried out during the drafting of the Civil Law of the Republic of Macedonia, of which family law will be an integral part. In 2010, the Government of the Republic of Macedonia made a decision on the establishment of the Commission for Drafting the Civil Code of the Republic of Macedonia.⁵ The Commission for Drafting the Civil Code in its previous work has already prepared the preliminary drafts for obligations⁶ and inheritance legal relations,⁷ which are in public discussion and the work on the preparation of Book 5 of the Civil Law, which will regulate family law relations, is in progress.

In this text, a review will be made of the place of family law in the Civil Law of the Republic of Macedonia, and proposals will be made for reforms of family law in the sphere of the regulation of extramarital union, divorce, the exercise of parental rights and the protection of the rights and the interests of children. We think that with these changes, the regulation of family law relations in Macedonia will be in line with the changes in the family, the most significant international documents, as well as with the basic tendencies of the regulation of family law in European countries.

2. The place of Family Law in the Civil Code of the Republic of Macedonia

During the drafting of the Civil Law of the Republic of Macedonia, certain attitudes appeared, in our opinion completely unjustified, according to which family law should not be an integral part of the civil codification, but that family relations should be regulated by a separate law. The basis of the idea that family law should not be an integral part of civil codification is the division of civil-law relations into personal law (which should be regulated in a separate family law) and property law

67/10, 39/12 and 44/12

4 In recent decades, in all European countries, dramatic changes have occurred in the sphere of marital and family relations: the number of divorced marriages is increasing, the number of marriages is decreasing, the number of extramarital unions and children born out of wedlock is increasing, the number of single-parent and recomposed families is increasing and the birth rate is decreasing. More about the changes in the modern family in Martine Segalen, *Sociologie de la Famille*, Armand Colin, Paris, 2004; Mary Daly, *Changing family life in Europe: significance for state and society*, *European Societies*, Vol 7, Issue 3, September 2005; Graham Allan, Sheila Hawker, Graham Crow, *Family Diversity and Change in Britain and Europe*, *Journal of Family Issues*, Vol.22 No.7, October 2001.

5 ”Official Gazette of the Republic of Macedonia” no.4/2011.

6 See: Civil Code of the Republic of Macedonia Book Three ”Obligation Legal Relations”, Working material of the Commission for Obligation Law, Skopje, July 2013.

7 See: Civil Code of the Republic of Macedonia Book Four ”Inheritance Legal Relations”, Working material of the Commission for Family and Inheritance Law, Skopje, July 2013.

(which should be regulated in the Civil Law). However, it is not easy to separate these relationships, because they are closely intertwined: such is the situation with property relations between spouses, the right and obligation for support between spouses and parents and children, etc. Besides, there are other, more significant reasons why family law should be an integral part of the civil codification. The main purpose of codification is to cover a wide field of law and to be the most significant source of law in a certain area. Codification must not have gaps and its introduction should reduce the number of sources of law. In addition, the codification should be simple and understandable for every citizen.⁸ Therefore, the main reason for the inclusion of family law in the Civil Law stems from the very essence of codification, which is to provide in one legal text, in a comprehensive and systematic way to regulate all issues that are important for citizens, from birth to death (and even after death, with the norms of inheritance law that apply to the distribution of inheritance after the death of the testator).⁹ In addition, family law is an integral part of the most important Civil Codes in Europe, such as the French Civil Code and the German Civil Code¹⁰ and this is the situation in all Western European countries that have civil codifications.¹¹

Only in the former socialist countries, under the influence of the legislation of the Soviet Union, family law was not an integral part of the civil codifications. After the October Revolution of 1917, the reform of family law was one of the first priorities, and it began already in the same year, despite the fact that the country was undergoing a civil war.¹² The main goal of the Soviet authorities was to change the old family model and to a new one was built, in accordance with the basic principles of Marxism-Leninism, which is why a family law system radically different from the systems in the countries of Western Europe was built in the Soviet Union.¹³ One of the basic characteristics of Soviet law was the separation of family law from civil law, so in 1918 the Family Code was passed, and the Civil Code of 1922 did not include family law. The main reason for this departure from the European civil law

8 See further Gunther in A. Weiss, "The Enchantment of Codification in the Common-Law World", *Yale Journal of International Law*, 25, 2000, p. 435.

9 L. Chanturia, Preface to the Civil Code of Georgia, Tbilisi 2001, p. 2.

10 According to James G. Apple and Robert P. Deyling, the formal and complete codification of civil law norms in the modern period began primarily in France and Germany. In the Code Civil family law was contained in Book I, and in the German Civil Code family law was regulated in Book IV. For more on the history of the civil law codification process in continental European law countries, see J. G. Apple and R. P. Deyling, *A Primer on the Civil-Law System*, Federal Judicial Center, Washington, D. C., 1995.

11 Family law was also an integral part of the Italian Civil Code of 1865, the Portuguese Civil Code of 1867, the Spanish Civil Code of 1889, the Dutch Civil Code of 1838, the Austrian Civil Code of 1811, the Swiss Civil Code of 1907, the Turkish Civil Code law of 1926. And in the Serbian Civil Law of 1844 (adopted under the influence of the Austrian Civil Law), which was applied for a long time on the territory of Macedonia, family law relations were also regulated.

12 For more on the development and characteristics of Soviet family law, see M. V. Antokolskaia, *Development of Family Law in Western and Eastern Europe: Common Origins, Common Driving Forces, Common Tendencies*, *Journal of Family History*, January 2003.

13 See O. A. Khazova, *Family Law on Post-Soviet European Territory: A Comparative Overview of Some Recent Trends*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.1, May 2010, p. 5.

tradition had an ideological character: the Bolsheviks believed that the Soviet family should be different from families in bourgeois countries and that family relations should be based on love, respect and help, not on material interests.¹⁴ Under the influence of Soviet law, this concept of separating family law from civil codifications was accepted in all other countries of the socialist bloc. In this sense, Zbigniew Radwański points out that: "Communist doctrine determined that family law should be separated from civil law, which is why in the USSR, as well as in other "people's democracies", family law was regulated in separate Family Codes".¹⁵

After the collapse of the Soviet Union and the democratic changes in the former socialist countries, significant reforms were also carried out in the sphere of civil law. All the former socialist countries that adopted, or are in the process of adopting civil codifications, left the communist ideological matrix, returned to the original European legal tradition and included family law in their Civil Codes. For example, the former Soviet republics of Estonia, Lithuania and Latvia included family law¹⁶ in their civil codes, which they adopted after separating from the Soviet Union, and family law was also included in the Civil Code of Georgia, adopted in 2001.¹⁷ And Slovakia leaves the influence of Soviet law and in the Civil Law, which began to be prepared by a decision of the Government of Slovakia in 2009, it is foreseen that family law will be regulated in Book II of the Civil Law.¹⁸ And Hungary follows the example of the other former socialist countries, so that the Civil Law that is being prepared will also include family law.¹⁹ It is expected that in Poland, family law will be an integral part of the civil codification²⁰, and so it is in the latest version of the Civil Law of the Czech Republic, which contains five parts, and which is expected to be adopted soon, family law is regulated in Book II.²¹ Due to the fact that family law is an integral part of the civil code differences of almost all European countries, as well as due to the need in one legal text, in a comprehensive and coherent manner,

14 *Ibidem*.

15 Z. Radwański, GREEN PAPER, An Optimal Vision of the Civil Code of the Republic of Poland, Ministry of Justice, Warsaw 2006, no. 21.

16 For the process of adopting civil codes in the countries of Central and South-Eastern Europe, see more at Peter Cserne, Drafting civil codes in Central and Eastern Europe, A case study on the role of legal scholarship in law-making, Pro Publico Bono Online, Tâmpo Special, 2011. See also O. A. Khazova, op. cit., p. 1-2.

17 In the Civil Code of Georgia, family law is regulated in Book IV. See more in L. Chanturia, Preface to the Civil Code of Georgia, Tbilisi 2001, p. 2.

18 see more at M. Jurčova, Re-codification of Slovak Civil Law, Paper presented at the international conference: Perspectives on European Private Law, 7–8 May 2009 at the Faculty of Law, University of Santiago de Compostela

19 For the procedure for the bringing of the Civil Code of Hungary, see P. Cserne, op. cit. p. 12-23.

20 For the arguments in favor of the inclusion of family law in the Civil Code of Poland see more in Z. Radwański, op.cit., p. 21-25.

21 P. Cserne, op. cit., p. 8. More about the arguments for the inclusion of family law in the Civil Code of the Czech Republic, see D. Elischer, The new Czech Civil Code. Principles, perspectives and objectives of actual Czech civil law recodification: On the way to the monistic conception of obligation law, Drejeto, Vol 19, No. 2, 2010, as well as in Z. Kralickova, Czech Family law: The right time for re-codification, The International Survey of Family Law, Jordan Publishing, Bristol UK, 2009, p. 163.

to regulate all relations from the sphere of civil law, the Commission for Drafting the Civil Law of Macedonia decided to regulate family law in Book 5 of Civil law.

3. Changes in the regulation of extramarital union

Extramarital union in the Republic of Macedonia is regulated by the Family Law of 1992,²² and this legal provision is still in force today, without any changes. The legislator did not foresee that there must be no marital obstacles for the creation and legal effect of the extramarital union, as is the case in the majority of European legislation. Also, no form is provided for proving the existence and duration of the extramarital union. For these reasons, as well as the fact that the existing legal determination of extramarital union creates numerous problems in practice,²³ certain changes in its legal regulation are necessary. And in the past, we pointed out that changes are needed in the regulation of extramarital union,²⁴ and we think that the reform of civil law, started with the drafting of the Civil Law, is a good opportunity to change the current inadequate legal regulation of extramarital union. We think that the legislature needs to foresee that there should not be marital obstacles between extramarital partners in order for the extramarital union to produce a legal effect. In addition, in order to be able to prove its existence more easily, extramarital partners should have the possibility to register the union with a declaration at a notary, since those who do not do so will be exposed to the risk of proving its existence and duration, in case of termination of the common life. Moreover, taking into account that the number of extramarital unions is constantly increasing, in which the same family functions are performed as in families based on marriage, we consider that for extramarital partners who live together for longer than five years, and if they have children together for longer of three years, the right of legal inheritance should also be foreseen, according to the rules that apply to married partners.

22 In Article 13 of the Law on the Family, extramarital union is defined as: "Community of life between a man and a woman which is not established according to the provisions of this law (extramarital union) and which lasted for at least one year, is equal to the marital union in terms of of the right to mutual maintenance and property acquired during the duration of that union".

23 The failure of the legislator in relation to marital obstacles creates serious problems in practice, because there is a possibility that the extramarital union produces legal actions despite the fact that one or both extramarital partners are married or are closely related to each other.

24 See more in Dejan Mickovic and Angel Ristov, *International Survey of Family Law*, 2012; Dejan. Mickovic, Lidija. Stojkova, "Extramarital union in modern families", *Eurodialog*, no. 15, Student Word, 1999; Dejan. Mickovic, "Legal regulation of extramarital union", *Pravnik*, Association of Lawyers of the Republic of Moldova, no. 195-196, 2008, p. 8; A. Ristov, "Extramarital Community", *Jubilee International Scientific Conference on the occasion of the 20th anniversary of the founding of the Faculty of Law in Veliko Trnovo, Ius est ars boni et aequi*, University "St. St. Cyril and Methodius", Veliko Trnovo, 2012, p. 96-113.

4. Introduction and legal regulation of the marriage contract

The marriage contract is one of the most controversial contracts in family law, and in law in general. It has a large number of opponents, who believe that this agreement does not correspond to the modern character of marriage, which is concluded out of love and which is diametrically opposed to any property calculations. On the other hand, this contract has numerous supporters, who point out that it allows the free will of the spouses to be expressed, who can change the rigid legal frameworks for regulating property relations, and who believe that this contract allows "de-dramatization" during the divorce, because the spouses will not have to fight a long, difficult and uncertain "war" over the division of the property during the divorce.

In general, the main problem of the marriage contract, according to its opponents, is that it introduces the principle of interest and the desire for profit, which are characteristic of market relations, which introduces selfishness and egoism into a relationship that should basically rest on love, respect and helpfulness, willingness to sacrifice and selfless support of the partner. In this sense, a famous lawyer from New York, specializing in divorces, says: "You cannot regulate the human heart with a contract. You should trust the person you marry, not the legal document".²⁵ And other authors state that the basic problem with marriage contracts is that their conclusion expresses distrust in the spouse.²⁶ Moreover, a major caveat regarding prenuptial agreements is that they "destroy" the romance of marriage.²⁷ Some authors believe that the acceptance of the prenuptial agreement in the legal system means that much more attention is paid to the interests and well-being of the individual, instead of the well-being of the married couple, which has an extremely negative impact on the stability and success of the marriage and which often leads to divorce.²⁸ The marriage contract is often an indicator that there is no trust between the spouses and that is precisely why they try to protect their property and financial interests at the beginning of the marriage. According to Servidea, the very conclusion of the

25 Quoted in Allison A. Marston, *Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, Stanford Law Review, Vol. 49, No. 4, April 1997, p. 889.

26 According to Ralph Underwager and Hollida Wakefield, a prenuptial agreement violates trust and hope between spouses, *Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts*, in *Introduction to Premarital and Marital Contracts: A Lawyer's Guide to Drafting and Negotiating Enforceable Marital and Cohabitation Agreements* (Edward L. Winner & Lewis Becker eds., 1993).

27 According to Mary Rowland "the biggest challenge in creating a financial arrangement at the time of marriage is not whether it will be accepted by the court, but whether mixing money and love will destroy the romantic relationship" *Linking Love and money*, New York Times, Feb. 25, 1990.

28 In this sense, Underwager and Wakefield point out that the marriage contract glorifies independence and individual interest. According to them, this undermines the sense of partnership and equality that is necessary for a successful marriage. See more Edward L. Winner & Lewis Becker (eds.) *Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts*, in *Introduction to Premarital and Marital Contracts: A Lawyer's Guide to Drafting and Negotiating Enforceable Marital and Cohabitation Agreements* (1993). p. 280.

marriage contract is a strong indicator that the spouses are preparing for divorce at the moment of its conclusion.²⁹

Against these criticisms of the marriage contract, there are a number of arguments that it should be provided for in the legal system and that it has positive effects on the marital friends and their children. With the possibility for the spouses to enter into a marriage contract, their free will is realized and it is possible for them to regulate their property relations in a different way than the one provided by the law. Supporters of the marriage contract believe that it is not an expression of insufficient trust between the spouses, but that it is an expression of true sincerity, which is the basis for a successful marriage, as well as a confirmation that the spouses have no hidden intentions when concluding the marriage. According to some authors, the very fact that the spouses are discussing the conclusion of a marriage contract is a "reflection of the stability of the relationship and the maturity of the spouses".³⁰ One of the strongest arguments in favor of the marriage contract is that it protects the spouses in the event of a divorce, because it solves all property issues and prevents long, expensive and traumatic procedures for resolving property relations after divorce.

The marriage contract is not regulated in the Family Law of the Republic of Macedonia, unlike several European countries, such as France, Germany, Switzerland, and several former socialist countries (Croatia,³¹ Serbia,³² Russia,³³ Bulgaria,³⁴ Montenegro, Republika Srpska, Hungary),³⁵ which, in addition to the legal property regime, allow the spouses to choose or arrange the model of the marital property regime themselves. And in the theory, there are authors according to which no property matrimonial regime is always appropriate and adequate to satisfy the needs of every married couple. Not only do different married couples have different needs and desires, but also their demands regarding economic (property) relations can change during the marriage. That is why it is very important to determine what

29 For the arguments in favor of the marriage contract see more in K. Servidea, *Premarital Agreements and Gender Justice*, Yale Journal of Law & Feminism, 6/1994, p. 279.

30 See Irena Majstorović, *Marriage contract – a novelty of Croatian family law*, Zagreb, 2005, p. 225.

31 For Croatian law, see in detail: M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać-Graovac, *Obiteljsko pravo*, Narodne Novine, Zagreb, 2007, p. 514-518.

32 For the marriage contract in Serbian law, see: S. Panov, *Family Law*, Faculty of Law, University of Belgrade, Belgrade, 2010, p. 356-368; G. Kovaček Staniš, *Family law: partnership, child and guardianship law*, Faculty of Law in Novi Sad, Novi Sad, 2007, p. 125-129; M. Draškić, *Family law and child rights*, JP Službeni glasnik, Belgrade, 2009, p. 408-412; M. Počuča, *Porodično pravo*, Privredna Akademija University, Novi Sad, 2010, p. 324-326.

33 For changes in Russian law, see more at: A. M. Nechaeva, *Family Law*, Jurayt, Moscow, 2011, p. 77-78.

34 "The introduction of the marriage contract institute can be defined as the heart of the legislative reform carried out by the new Family Code in the field of marital property relations." E. Mateeva, *Family Law of the Republic of Bulgaria*, VSU "Chernorizets Hrabar", Sofia, 2010, p. 164. For details on the marriage contract, see: C. Tsankova, M. Markov, A. Staneva, V. Todorova, *Commentary on the new Family Code*, IC "Labor and Law", Sofia, 2009, p. 105-133; M. Markov, *Family and inheritance law*, Sibi, Sofia, 2009, p. 58-63.

35 For the marriage contract in comparative law, see more at: G. Kovaček Staniš, *Uporedno omnivne pravo*, Univerzitet u Novi Sadu-Pravni Fakultet, Novi Sad, 2002, p. 62-72.

the married partners can agree on outside the basic legal property regime and to regulate their own property relations.³⁶ We think that the marriage contract should be introduced and regulated in detail in the Civil Law of the Republic of Macedonia.³⁷ On the basis of the marriage contract, future or current spouses, as well as extramarital partners, will be able to regulate their mutual property rights and obligations in front of the notary, which will bring to the fore the possibility for the partners to regulate their property relations independently and of their own free will during the duration of their community as well as in case of its termination.

5. To replace the term "parental right" with "parental responsibility"

In the last few decades, in all European countries, significant changes have occurred in the content of parental rights, changes that put the obligations of parents in the foreground, as well as the need for greater respect for the interests, but also the autonomy of the children's will. These changes are closely related to the acceptance of the UN Convention on the Rights of the Child, which talks about parental responsibility, not just parental rights, and which treats children as subjects of rights, not as objects whose protection needs to be protected engage the parents and the state. The new concept of the rights and obligations of parents, which is based on their obligations to the child and which provides rights to parents only if they are in charge of the upbringing, education and protection of the child, has also led to a change in the term used for the designation of parental rights and obligations, so that instead of parental right, a term used in the Law on the Family of the Republic of Macedonia,³⁸ the term parental responsibility³⁹ is used more often. The term parental responsibility better indicates the essence of the relationship between parents and children, within which parents have primarily obligations and responsibilities, and the rights provided by the law are determined only so that parents can perform their duties towards children. The term "parental responsibility" has been used in a large number of important international documents relating to children's rights in recent decades.⁴⁰ This term is gradually being accepted in a large number of European

36 See more in Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1999, p. 135-136.

37 More about the arguments in favor of the introduction of the marriage contract in the legal system of the Republic of Macedonia can be seen at: D. Micković, A. Ristov, "Bračni uvgar u makedonskom i uporednom pravu", *Pravni život, Udrženje pravnika Srbije*, Beograd, 2012; A. Ristov, "Is the marriage contract necessary in the Macedonian family legislation" *Notary*, no. 23, Chamber of Notaries of the Republic of Moldova, Skopje, 2013, p. 31-45.

38 Parental rights in the Family Law of the Republic of Macedonia are regulated in Part 3 of the Law, Article 44-Article 95.

39 The term parental responsibility is used in the revised Brussels II Regulation, as well as in the documents of the Council of Europe - in the Council of Europe Recommendation No R (84) 4 on "Parental Responsibilities", as well as in the White Paper on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage (2002) CJ-FA(2001) 16 Rev.

40 Article 18 paragraph 1 of the UN Convention on the Rights of the Child stipulates that states will make every effort to respect the principle that both parents have joint responsibility for raising

legislations, which indicates a fundamental change in the conception of rights and the obligations that parents have in relation to children.⁴¹ Because of this, we think that in the Civil Law of the Republic of Macedonia, in Book 5, where family relations will be regulated, the term "parental right" used in the current Law should be abandoned for the family and to accept the term "parental responsibility". With this, Macedonian legislation would be in line with the most important international documents and with the general tendency in European legislation. This change does not only have a terminological meaning, but it will more adequately express the new ideology in the realization of parental duties, which is primarily based on the obligations of parents in relation to their children.

6. Anticipating the possibility for the child to be able to express his opinion in all procedures in which his rights and interests are decided

In the context of the exercise of parental rights, it is important to take into account the autonomy of the child and the influence of his will and his wishes, especially if he, given his age and maturity, is capable of forming a relevant opinion on matters concerning of his rights and interests, which fall within the domain of the parents' competences. This issue is also relevant in terms of the child's opportunities to express his will before the state authorities that decide on certain issues related to the rights and interests of the child. These are essential issues, because only if parents and state authorities really take into account the views, opinions and wishes of the child can we talk about the real application of the UN Convention on the

and developing the child. The term parental responsibility is used in the Hague Convention on the Protection of Children and Cooperation in the Field of International Adoption from 1993, as well as in the Convention on the Exercise of the Rights of the Child from 1996. This conception, which dominates international documents, is elaborated in Recommendation 1121 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which states: "The powers of parents and other adults in relation to children derive from the obligation to protect and should not exist except in measure which is necessary to protect the person and property of the children". For the acceptance of the term "parental responsibility" see more in Grataloup, S., *L'enfant et sa famille dans les normes Europeennes*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 315.

41 In France, until 1970, the term "paternal authority" was used because of the dominant role of the father in the care of children. In 1970, this term was changed to "parental authority", and after the adoption of the Convention on the Rights of the Child, in 1993, the term "parental responsibility" was adopted in France. A report by the Council of State of France states that the replacement of the term "parental authority with parental responsibility" is justified by "the concern to take into account the evolution of the parental role in our society" See more at Huet – Weiller, Ganghofer, R (ed) *Le droit de la famille en Europe, Son evolution de l'antiquité a nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 1992. And in England, with the adoption of the Children's Act of 1989, the term "parental responsibility" is used. According to Cretney, words such as "rights" and "authority" have unpleasant connotations, and because of this, it is considered that the powers of parents should be described as "responsibility" or "obligation". Cretney, S. M., *Family Law*, Sweet & Maxwell, London 1997, p. 168. The term "parental responsibility" is used in Belgium (see H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II (Les Personnes), Vol. 2 (by J.-P. MASSON), Brussels: Bruylant, 1990, p. 947. The term "parental responsibility" is also used in the Norwegian Children Act 1981 and, since 2008, by Law 61/2008 in Portugal. See more in Nigel Lowe, *A Report for the attention of the Committee of Experts on Family Law*, CJ-FA (2008) 5, p. 13.

Rights of the Child, which considers the child as a subject of rights, not as a passive object of protection.⁴² This concept is also accepted in the most important European Convention in this area, the European Convention on the Exercise of Children's Rights.

In several European legislations, an obligation is explicitly provided for parents, when exercising parental rights, to take into account the opinion and attitudes of the child. The Italian Civil Code stipulates that parents have the right and obligation to support, educate and bring up their children, taking into account their abilities, natural inclinations and aspirations.⁴³ And the courts in Italy take into account the wishes and autonomy of minors. The court in Bologna in 1973 ruled that a minor can leave his parents' home in order to maintain the relationship that they have forbidden.⁴⁴ The right of the child to autonomy is also provided for in the jurisprudence of other European countries, and for the right of the child to make decisions for himself and for his rights and interests, the case of *Gillick v. West Norfolk and Wisbeach Area Health Authority* in Great Britain is particularly significant.⁴⁵ With the decision in this case, a new institution appeared in English jurisprudence: a mature minor under 16 years of age, which opens numerous dilemmas. Namely, it is not clear how it will be determined whether the minor has sufficient understanding and intelligence to be able to make decisions for himself and for his rights and interests and whether this may lead to the danger of jeopardizing the rights of children. According to Cretney, it is a question of fact that is decided on a case-by-case basis, depending on the complexity of the issues in question, as well as the emotional and intellectual maturity of the minor.⁴⁶ The right of the child to express an opinion that should be taken into account is also provided for in other European legislations. In Switzerland, the Civil Code stipulates an obligation for parents to take into account their opinion when making important decisions for the child.⁴⁷ Moreover, starting from the child's level of maturity, he has the right to independently organize his life in Switzerland.⁴⁸ And

42 Article 12 paragraph 1 of the UN Convention on the Rights of the Child stipulates that "To a child who is capable of forming his own opinion, member states provide him with the right to his own opinion, the right to freely express that opinion on all matters relating to the child, in that his opinion is given due attention in accordance with the years of life and maturity of the child.

43 See more in Lenti, L., *Droit de la famille: Italie*, Juris-Classeur de Droit Comparé, Éditeur Michèle Klein, Paris 1997.

44 See more in Boulanger, F., *Droit civil de la famille, Aspects comparatives et internationaux*, Economica, Paris, 1994, p. 238.

45 In this case, the mother of four girls under the age of 16 questioned the decision of the Department of Health and Social Security according to which doctors can, in exceptional cases, give advice and prescribe treatment in the field of contraception for girls under the age of 16 age, without parental consent. Mrs. Gillik asked the court to annul this decision, because it violates her rights as a parent. With the final decision of the House of Lords, the lawsuit was dismissed. The reasoning of the court decision states: "The right of parents comes after the rights of children to make their own decisions when they reach an age and intelligence sufficient to form an opinion and decide in areas and issues that require a decision." See more in Meldeurs-Klein, M-T., *La personne, la famille et le droit, Trois décennies de mutations en occident*, Brylant, Bruxelles, L.G.D.J. Paris, 1999, p. 359.

46 Cretney, op. cit., p. 170.

47 Article 144 paragraph 2 of the Civil Code of Switzerland.

48 See more in Guillod, G., *Droit de la famille: Suisse*, Juris – Classeur de Droit Comparé, Éditeur

in the Czech Republic, the legislator takes into account the opinion of the child.⁴⁹ The Family Law stipulates that when a child is capable of forming his own opinion and understanding the measures that apply to him, he has the right to receive from his parents all the information necessary to express himself about all the measures of the parents.⁵⁰ In France, the child's right to express his opinion is provided by the amendments to the Civil Law of 1993 year,⁵¹ and the right of the child to express his opinion in some countries, such as Poland, is also provided for in the Constitution.⁵²

The Republic of Macedonia does not ensure consistent application of Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child, despite the fact that the Law on Child Protection stipulates that the opinion of the child should be taken into account when deciding about him and his rights and obligations.⁵³ However, in the Family Law, where they are regulated the most important issues related to the rights and interests of children there is no general provision that the child's position should be taken into account when deciding on his rights. In certain articles of the Family Law that refer to the maintenance of the child's personal contacts with the parent, when the parents do not live together,⁵⁴ or adoption,⁵⁵ and guardianship,⁵⁶ the law stipulates an obligation to take into account the child's opinion. However, for some extremely important decisions, such as the question of which of the parents the child will live with after the divorce, the Family Law does not stipulate an obligation to listen to the child and take his opinion into account. For this reason, we think that the Civil Law of the Republic of Macedonia should provide for a general obligation for all state authorities, when making decisions about the child, to have the obligation to listen to the child and take into account his views, according to his age and maturity, and that obligation to be explicitly provided for in all parts of the law that regulate issues related to certain rights and interests of children.⁵⁷

Michèle Klein, Paris, 1999.

49 Generally, the child has a right to be heard in any proceedings that decide essential matters relating to the child (Sec. 31 para. 3 Czech Family Code).

50 Zuklinova, M., *Droit de la famille: République Tchèque*, Juris-Classeur de Droit Comparé, Éditeur Michèle Klein, Paris, 1999, p. 11..

51 According to Article 388-1 French CC (since the Act of No. 93-22 of 8 January 1993) the minor child can be heard before the court or before the person appointed by the court, in any proceedings related to the child.

52 Article 72 sec. 3 of the Polish Constitution provides a rule, according to which, when assessing a child's rights, the public authorities and persons responsible for the child should hear and, to the extent possible, take the child's opinion into consideration.

53 Article 3 b of the Law on Child Protection stipulates that the state has a duty to ensure children the right to express their views on all matters that concern them and that children's views should be given due consideration in accordance with their age and maturity

54 Article 79 paragraph 2 of the Law on the Family stipulates that when determining the personal relationships and direct contacts of the child with the parent, the center for social work informs the child and takes into account his views and opinions depending on the age and level of development and informs him about the possible consequences of the decisions.

55 Article 103 paragraph 1 of the Law on the Family stipulates that the adoptee who is older than 12 years should give his consent for the establishment of the adoption.

56 Article 135 paragraph 4 of the Law on the Family stipulates that when appointing a guardian, the center for social work takes into account the wishes of the person under guardianship.

57 For more on the regulation of the possibility to take the child's point of view into account when

7. Provision of the special legal protection of the family home

In the Family Law and in general, in the legislation of the Republic of Macedonia, no special legal status is provided for the family home. At the same time, it is indisputable that the family home is a necessity without which the existence of the family and the realization of its functions cannot be imagined. It represents a central hub that connects spouses, parents and children in the exercise of family rights and duties.⁵⁸ Despite these characteristics, the family home has not enjoyed special legal protection in family law for a long time.⁵⁹

It becomes the subject of interest of science and of the reforms in modern legislation in the last few decades, which is why it acquires special legal protection. By providing for the special protection of the matrimonial home in family law, greater protection of children and the family is ensured. In modern family law legislation, the matrimonial home is regulated by special legal rules that limit ownership in a certain way in the interest of the children. The issue of the special status of the family home becomes relevant when the spouse to whom the children are entrusted for care and education has not independently resolved the housing issue. Therefore, a very common occurrence after the divorce is the sale of the family home and the relocation of the children to a new environment, which has a negative impact on their development.⁶⁰ Bearing this in mind, legislators are faced with the dilemma of how to establish a balance between the interests of spouses and children and the interests of creditors in relation to the family home.⁶¹ The most significant argument in favor of the provision of special legal protection of the family home is the interests of the children.⁶² In most cases of divorced marriages, the children who are entrusted with the care and upbringing of one spouse, which is usually the mother, are forced to

solving issues related to him, see Borče Davitkovski, Gordana Bužarovska, Gordan Kalajjiev, Dejan Mickovic, Comparative review of the legislation of the Republic of Macedonia and the Convention on the Rights of the Child, Ministry of Justice, UNICEF, Skopje, 2010 p. 104-112

58 See more about this at: A. Ristov, "The legal status of the family home in Macedonian and comparative family law" *Pravnik*, no. 251, Association of Lawyers of the Republic of Macedonia, Skopje, 2013, p. 14-17; A. Ristov, "The legal status of the Marital Home in the Macedonian and Comparative Law", *Iustinianus Primus Law Review*, Skopje, 2012.

59 See: P. Petot, *Histoire du Droit Privé Français, La Famille*, Editions Loysel, Paris, 1992; J. Bart, *Histoire du droit privé*, Montchrestien, Paris, 1998.

60 Several reasons and arguments are present in the theory for the provision of special legal protection of the family home. For more on this see: T. Altobelli, "The Family Home in Australian Law", Australian Institute of Family Studies Conference, University of Wollongong; Kovaks, "Matrimonial Property Law Reform in Australia: The Home and the Chattelst Expedient. Studies in the Art of Compromise", University of Tasmania Law Review, 1978-1980, p. 227; P. Wessner, "Le divorce des époux et l'attribution judiciaire a l'un d'eux de droits et obligations resultant du bail portant sur le logement de la famille", 11 e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, 2000, p. 3; Withnall, "Negligence and the House that Jack Built" *Otago Law Review*, 7 (2), 1990, p. 189; G. Kovaček Stanić, *Upporedno family law*, University of Novi Sad – Pravni fakultet, Novi Sad, 2002, p. 74.

61 Altobelli, op. cit., p. 12.

62 For more on child protection measures, see S. Bubić, N. Traljić, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Universitat u Sarajevu, Sarajevo, 2007, p. 193-218.

move from the marital home.⁶³ Changing the home and the environment in which the children lived has a stressful effect on their development, and they experience the move very emotionally.⁶⁴ Precisely because of this, the treatment of the family home is increasingly becoming a subject of interest in the courts and the theory who represent him the opinion that when deciding on his fate, the principle of the best interest of the child should be taken into account. In practice, this interest is realized by the child staying in the family home, close to his friends and the school.⁶⁵ As an argument for the provision of special protection of the family home, the trend of non-payment of alimony by the spouse, which is present in almost all societies, including the Macedonian one,⁶⁶ as well as the fact that the special regime of the family home allows judges more flexibility when deciding on his fate. This is confirmed by the rich judicial practice in the countries where discretionary right is left to the courts in making decisions.

Because of all this, we think that there is a need in the Civil Law of the Republic of Macedonia to provide for special legal protection of the family home. This protection would apply both for the duration of the marriage and in the event of a divorce. When the marriage last, we think that it is necessary to provide a solution according to which the disposal of the matrimonial home is limited by the consent of the other spouse, despite the fact that the matrimonial home is the exclusive property of one of the spouses. In the case of divorce, provisions could be provided according to which the court will be able to make a decision depending on the legal regime of the matrimonial home, primarily starting from the best interest of the children, the property position of the spouses, as well as their incomes. These solutions would significantly improve the position of children, taking into account the principle contained in the UN Convention on the Rights of the Child that decisions should be made in the best interest of children.⁶⁷

In addition to these changes that we propose to make in the family legislation of Macedonia, when adopting the Civil Law, it is necessary to accept the concept of a joint exercise of parental rights after divorce,⁶⁸ to foresee the possibility of divorce

63 According to Funder, in the 80s, one out of three marriages ended in divorce, and one out of six children left the matrimonial home before they reached 18 years of age. This number increased in the 90s. In 1974, 25505 children were affected by the divorce of their parents, while in 1993 this number grew almost twice, it was 48055. According to the research done, 85% of the children after the divorce of their parents continued to live with the mother.

64 According to statistical data from 1996 in Australia, almost 19% of families (467,200) were single-parent, consisting of one parent and child/children. The matrimonial home was sold in 40% of cases, in 35% it was assigned to the woman, and in almost 20% it was assigned to the man.

65 See more in M. F. Davis, "The marital home: equal or equitable distribution?" University of Chicago Law Review, Vol. 50, No. 3, p. 1089-1090.

66 So M. F. Davis, op. cit., p. 1089-1090.

67 Article 3 paragraph 1 of the UN Convention on the Rights of the Child stipulates that in all activities related to children, the interests of the child are of primary importance, regardless of whether they are carried out by public or private institutions for social protection, the courts, administrative authorities or legislative bodies.

68 In the Republic of Macedonia, there is no precise legal provision that parents continue to jointly exercise parental rights after divorce. See more in Dejan Mickovik, Angel Ristov, The Exercise of Parental Rights After Divorce in Macedonian Family Law, International Survey of Family Law, Jordan

by mutual consent, when the partners do not have children, after the mediation to take place at a notary, and not at the court, to provide for the obligation for the partners who divorce by mutual consent, except for the custody of the children, to agree on the alimony and the division of the joint property. In addition, it is necessary to simplify the adoption procedure, which is now very complicated and long-lasting, to provide a reward for the guardian, with which he would perform the guardianship function more efficiently and responsibly, and to separate the provisions on domestic violence, which are now covered in the Family Law and in the Criminal Law in a separate Law on Domestic Violence. We think that with these amendments, family law in the Republic of Macedonia, which will be included as an integral part of the Civil Law, will be in accordance with international standards, with the general tendencies in the legal regulation of family law relations in European countries, and that with these changes will ensure greater protection of the rights and interests of all family members, especially children.

7. Concluding Remarks

The reform in civil law and the drafting of the Civil Code in Macedonia is an opportunity to make reforms in family legislation, especially those related to divorce and the exercise of parental rights after divorce. Divorce should be interpreted as termination of marriage, not the termination of parental rights.

The existing legal solutions and the judicial practice indicate that changes are necessary to the secondary regulation in the area of children's rights. Namely, they indicate the need to foresee a legal possibility to take into account the opinion of the child when decisions are made about his rights and interests. In the Family Law of the Republic of Macedonia, Article 12 of the Convention on the Rights of the Child is not consistently implemented, which represents one of the basic weaknesses of Macedonian family legislation. Considering that our country has ratified this Convention, there is an obligation on the part of the competent authorities to apply it. In addition, we think that the term "parental right" should be replaced with "parental responsibility", which will indicate that parents have primary responsibilities in relation to children, and their rights are determined only so that they can fulfill their responsibilities and obligations to children. Extramarital union in the Republic of Macedonia is regulated by the Family Law of 1992, and this legal provision is still in force today, without any changes. The legislature did not foresee that there must be no marital obstacles to the creation and legal effect of the extramarital union, as is the case in the majority of European legislation.

The marriage contract is not regulated in the Family Law of the Republic of Macedonia, unlike in many European countries. The legal regulation of the marriage contract makes it possible to express the free will of the spouses, who can change the rigid legal frameworks for the regulation of property relations and who are considered that this contract enables "de-dramatization" during the divorce of the

marriage, that the spouses have to wage a long, difficult and uncertain "war" over the division of property upon divorce.

All these changes to the family law in the Republic of Macedonia will be covered as an integral part of the Civil Law. This will enable compliance with international standards, the general tendencies in the legal regulation of family law relations in European countries from one side, and ensuring on greater legal protection from another side.

проф. др Ангел Ристов^{69*}

Редовни професор Правног факултета Јустинијан Први Универзитет „Свети Тирил и Методије“ Скопље

проф др Милица Шутова^{70*}

Ванредни професор Правни факултет Универзитета „Гоце Делчев“ Штип

ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК И РЕФОРМЕ У МАКЕДОНСКОМ ПОРОДИЧНО ПРАВО

Апстракт: Македонско породично законодавство није претрпело значајне промене и реформе више од три деценије. Закон о породици из 1992. године у великој мери је преузео и у себе уградио законске прописе и решења из времена социјализма. С друге стране, дешавају се драматичне и револуционарне промене у брачним и породичним односима. Повећава се број разведених бракова, повећава се број деце рођене ван брака, повећава се број брачних заједница. Застарела законска решења која нису у складу са Конвенцијом о правима детета, бројне правне празнине стварају велике проблеме у пракси. Последица тога су пресуде Европског суда за људска права против наше земље које констатују кршење Европске конвенције о људским правима. У Републици Северној Македонији је у току израда Грађанског законика, чији ће саставни део бити и породично право. Аутори дају анализу места породичног права у грађанској кодификацији. Указују да треба спровести реформе у кодификацији породичног права и дају предлоге за измене и допуне македонског породичног законодавства у погледу правног регулисања ванбрачне заједнице, као и потребе регулисања брачног уговора. У раду се аутори залажу за усвајање појма родитељска одговорност у Грађанском закону Македоније и указују на потребу да се предвиди законска могућност да се при одлучивању о његовим правима и интересима узме у обзир мишљење детета. У раду се аутори залажу за обезбеђивање посебног правног статуса и заштите породичног дома и за реформе у другим важним питањима породичних односа.

Кључне речи: породично право, реформе, Грађански законик.

69 * angelristov@yahoo.com

70 * milica.shutova@ugd.edu.mk

Dr. sc. Viktorija Haubrich, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Izvorni naučni rad

Dr. sc. Karolina Tadić-Lesko, docentica
Ustanova „Centar za socijalni rad Grada Mostara“

Zdravka Marić, dipl. pravnica
Ustanova „Centar za socijalni rad Grada Mostara“

ULOGA CENTRA ZA SOCIJALNI RAD U POSTUPKU ODUZIMANJA RODITELJSKE SKRBI SAMOHRANOM RODITELJU

Sažetak: U suvremenom društvu, sve je više novih oblika obitelji, a među njima ponajviše jednoroditeljskih obitelji. Jednoroditeljske obitelji se uslijed globalnih posljedica koje ponajviše obuhvaćaju ograničenje društvenih, financijskih i emocionalnih resursa, nerijetko nalaze na marginama društva pa su djeca iz jednoroditeljskih obitelji i roditelj koji brine o njima izloženi brojnim rizicima koje nerijetko ishoduju raspadom jednoroditeljske obitelji. Posljedice koje dovode do oduzimanja roditeljske skrbi samohranom roditelju u izvanparničnom postupku odnose se na različite oblike zanemarivanja djece i njihovih potreba. Cilj ovoga rada je dvojak i odnosi se na identifikaciju uzroka koji dovode do oduzimanja roditeljske skrbi samohranom roditelju kao i analizu pokretanja i vođenja izvanparničnog postupka oduzimanja roditeljske skrbi u F BiH. Također, analizirana je uloga Centra za socijalni rad kao stranke i umještača u postupku oduzimanja roditeljske skrbi. Metodom analize Zakona o izvanparničnom postupku F BiH, socijalne legislativne F BiH kao i dostupne domaće i inozemne literature identificirala se nezaobilazna uloga Centra za socijalni rad u postupku oduzimanja roditeljske skrbi samohranom roditelju. Razvidno je, kako je zadaća samohranog roditelja mnogo teža nego za dvoje roditelja koji brinu o djeci, kako jednoroditeljske obitelji imaju manje ekonomske i psihološke resurse te nemaju adekvatan pristup socijalnim uslugama. U radu se naglašava važnost centra za socijalni rad u izvanparničnom postupku ali i potrebni mehanizmi preveniranja rizika koji dovode do ovog postupka. Dakako, to uvelike ovisi o socijalnoj podršci i drugim relevantnim institucijama koje trebaju kroz različite sustave jačati ove obitelji iz kojih se sve više sastoji suvremeno društvo.

Ključne riječi: samohrani roditelj, interes djeteta, roditeljska skrb, postupak poduzimanja i vraćanja roditeljske skrbi, centar za socijalni rad.

1. Uvod

Samohrani roditelj je roditelj koji sam brine za dijete i koji nema partnera. Samohrani roditelj osoba koja nije u braku i ne živi u izvanbračnoj zajednici, a sama izdržava i skrbi o djetetu, te koja nema sredstva za izdržavanje ili joj

je, uslijed neriješenog stambenog pitanja ili poremećenih obiteljskih odnosa, potrebna privremena usluga socijalne skrbi. Također, „društvene percepcije često konstruiraju samohrane roditelje kao mlade, ženske, nezaposlene roditelje s više djece”.¹ A tko su u stvari samohrani roditelji i na koji način ih promatra društvo i jesu li samohrani roditelji stigmatizirana skupina ili pak, skupina s povećanim rizikom od oduzimanja roditeljske skrbi. Crocker i sur. (1998)² navode kako su „samohrani roditelji stigmatizirana skupina po tome što posjeduju niz karakteristika koje prenose društveni identitet koji je često obezvrijeđen unutar društva. Načini na koje se društvo i institucije mogu zauzeti za prava samohranih roditelja jesu da „predrasude uklanjaju širenjem znanja na opću populaciju, pa u tome ključnu ulogu imaju odgojno-obrazovni sustav i mediji kroz koje treba ciljano poticati vrijednosti uvažavanja različitosti obiteljskih modela, uz istovremeno promoviranje zadovoljne obitelji kao važnog cilja obiteljske politike. U tome svoj doprinos mogu dati različiti subjekti, npr. škole kroz dramske sekcije, kazališta kroz predstave, filmski festival kroz odabir filmova, odnosno filmska industrija zanimanjem za ovu tematiku”.³ No, je li to dovoljno? Kada je „za obitelji samohranih roditelja i dalje gotovo dvostruko veća vjerojatnost da će biti u siromaštvu od obitelji s parom što pokazuje podatak u kojem je 67% samohranih roditelja izjavilo da imaju teškoće s financijama”.⁴ Samohrani roditelji stoga moraju upravljati nizom stresora, uključujući stigm, posao i siromaštvo. Unatoč visokoj razini zaposlenosti, vjerojatnije je da će samohrani roditelji iskusiti veće siromaštvo nego druge obiteljske strukture.⁵ Također, u Britaniji je zaposlenost među samohranim roditeljima veća od zaposlenosti udatih ili izvanbračnih žena.⁶ U Bosni i Hercegovini ne postoje službeni podaci o zaposlenosti udatih žena i muškaraca ili žena i muškaraca koji su samohrani roditelji.

Kada govorimo o oduzimanju roditeljske skrbi u Federaciji Bosni i Hercegovini ova oblast regulirana je Zakonom o vanparničnom postupku Federacije BiH⁷ (dalje u tekstu- ZIZV) i Obiteljskim zakonom Federacije BiH⁸

Sud će u izvanparničnom postupku roditelju oduzeti roditeljsko pravo ako roditelj zloupotrijebi roditeljsko pravo, ako je roditelj napustio dijete, ako je roditelj

1 GARNER, J. D. - PATERSON, W. A., *Unbroken homes: Single-parent mothers tell their stories*. London, 2014, ZARTLER, U., *How to deal with moral tales: Constructions and strategies of single-parent families*. *Journal of Marriage and Family*, 2014, 7(3), 604–619).

2 CROCKER, J. - MAJOR, B. - STEELE, C., *Social stigma*. U: D. GILBERT, S. FISKE – LINDZEY, G., (Eds.), *Handbook of social psychology*, New York: McGraw-Hill, 2008, 4 (2), str. 504–553.

3 ZAGORAC, A., *PSIHOSOCIJALNE POTREBE JEDNORODITELJSKIH PORODICA - BROŠURA ZA PROFESIONALCE*, Kantonalna javna ustanova. Sarajevo: „Porodično savjetovalište“, 2015., str. 30.

4 GINGERBREAD, *Paying the price: The impact of the summer budget on single parent families*, 2015.

5 LIDDELL, C., *The impact of fuel poverty on children*. Save the Children, Belfast, 2008.

6 CHAMBAZ, C., *Lone-parent Families in Europe: A Variety of Economic and Social Circumstances*, 2002, 35(6), str. 658 – 671.

7 Zakon o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (”Službene novine Federacije BiH”, br 2/1998, 39/2004, 73/2005, 80/2014 - dr zakon i 11/2021).

8 Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH, broj 35/05., 31/14., 32/2019 – odluka US dalje – ObZ)

svojim ponašanjem očigledno pokazao da se ne brine o djetetu, kad grubo zanemari roditeljske dužnosti.

2. Identifikacija samohranog roditeljstva u FBiH

Samohrani roditelji su roditelji koji sami brinu za njihovu djecu bez pomoći drugoga roditelja (makar i uz podršku uže i šire obitelji). Obitelji s jednim roditeljem suočavaju se s mnogim pritiscima i potencijalnim problemima s kojima se druge obitelji možda neće suočiti, obzirom da je život u ovom kućanstvu nerijetko obilježen nedostatkom ljubavi, brige, podjele odgovornosti od strane drugog roditelja kao i smanjenjem financija. Pa tako „skrb o djetetu postavlja na roditelja povećane financijske, materijalne, emocionalne i praktične zahtjeve, koji su još izraženiji ukoliko izostaje podrška drugog roditelja. Istraživanja dosljedno pokazuju da su samohrani roditelji izloženi većem ekonomskom pritisku i većim naporima na poslu i kod kuće, a također preuzimaju veći psihički i fizički teret odgovornosti za djecu te, u usporedbi s roditeljima iz dvoroditeljskih obitelji, iskazuju niže zadovoljstvo životom, lošije zdravlje i veću depresivnost.⁹ Bilo da je jednoroditeljska obitelj nastala smrću jednog roditelja, njegovim nestankom, razvodom braka ili izvanbračnim rođenjem, djeca samohranih roditelja najčešće su izloženi i brojnim rizicima. Emocionalnim rizicima djeca mogu biti izložena zbog nedostatka jednog roditelja i bez mogućnosti identifikacije s njim, a nedostatak pozitivne discipline i provedbe nadzora nad djecom lakše je vršiti kada dijete raste u dvoroditeljskoj obitelji. Uslijed raspada braka roditelja, djeca mogu biti izložena dugotrajnim konfliktima roditelja, poteškoćama u održavanju osobnih odnosa i neposrednih kontakata, može se dogoditi i njihov lošiji školski uspjeh i poremećeni odnosi s vršnjacima. Isto tako, djeca samohranih roditelja mogu biti izloženi rizicima ovisnosti kao i poremećajima u ponašanju jer je mogućnost potpunog nadzora nad njima manja što im ostavlja više prostora za samostalno provođenje slobodnog vremena. Ove probleme i poteškoće doživljavaju djeca iz jednoroditeljskih obitelji i u zemljama koje su daleko razvijenije od Bosne i Hercegovine bez obzira na različite programe podrške koje su im dostupne. Kako samohrani roditelji mogu zapasti u određene emocionalne i/ili psihičke krize i/ili u jednoroditeljskim obiteljima može biti prisutna ovisnost, iste dodatno narušavaju obiteljsku dinamiku i obitelj čine disfunkcionalnom. U našoj zemlji još uvijek „izostaje rad i ohrabivanje reintegracije bioloških obitelji kroz savjetodavan rad i druge adekvatne aktivnosti, budući da udomiteljstvo u BiH nije sveobuhvatno, a usvojenje je proces koji često obeshrabruje usvojitelje“¹⁰

Uslijed navedenih eventualnih okolnosti, a temeljem prijava ili neposrednog saznanja, Centar za socijalni rad - organ skrbništva pruža podršku roditelju s kojim

9 RABOTEG-ŠARIĆ, Z. - JOSIPOVIĆ, V. - PEĆNIK, N., *Jednoroditeljske obitelji: osobni doživljaj i stavovi okoline*. Zagreb: Državni zavod za zaštitu obitelji, materinstva i mladeži, 2003, str. 2.

10 PAVLOVIĆ, B.- Sofović, J.- SOS Dječja sela BiH, *POLOŽAJ DJECE U BOSNI I HERCEGOVINI, Analiza položaja djece bez roditeljskog staranja zasnovana na pravima djece*, Sarajevo: Atlantik d.d., 2014, str. 32.

djeca žive¹¹. To nerjetko uključuje i upozorenje roditelju,¹² a prema potrebi provodi se nadzor¹³ nad roditeljskom skrbi. Mjere koje centar za socijalni rad provodi ujedno pružaju roditelju da poboljša njegove roditeljske kompetencije i uspostavi funkcionalnu obiteljsku sredinu pogodnu za zdrav rast i razvoj djece. No, ukoliko ne dođe do poboljšanja obiteljske situacije, roditelju se može pokrenuti postupak oduzimanja roditeljske skrbi¹⁴ kod nadležnog suda. Na zahtjev Centra za socijalni rad pokreće se postupak kod općinskog suda, u istom postupku Centar se nalazi u ulozi predlagača i mješaća i cijeli postupak prati do njegovog okončanja. Mldb. djetetu se za potrebe ovog postupka postavlja skrbnik od strane centra za socijalni rad, koji zajedno s predstavnikom centra prati cijeli sudski postupak.

2.1. Suvremeni izazovi samohranog roditeljstva

Sve je više kućanstava samohranih roditelja koji žive u različitim životnim okolnostima i iste variraju. Činjenica je, da je samohrano roditeljstvo često stresno, te dolazi s jedinstvenim nizom emocionalnih izazova koji se mogu činiti zahtjevnima. Većina samohranih roditelja bori se i s istim problemima – od sumnje u sebe i tjeskobe zbog novca do stresa samostalnog donošenja odluka. Biti uključen u samohrano roditeljstvo znači da nema nikoga na koga samohrani roditelj može računati kako bi dobio pomoć. To može dovesti do tjeskobe i stresa zbog samostalnog donošenja svih odluka. Bilo da se radi o napadu bijesa kod malog djeteta ili o odluci škole, mnogi su samohrani roditelji jedini koji u potpunosti ulažu u svoju djecu. Ovim roditeljima se između ostaloga preporuča traženje sustava podrške bilo da je riječ o nekome tko će paziti na djecu ili o nekome s kim će razgovarati kada se osjećaju preopterećeno. Samohrani roditelji se nerijetko osjećaju krivima zbog vremena koje nemaju ili stvari koje ne mogu učiniti ili pružiti svojoj djeci što dovodi do njihove sumnje u njih same. U slučajevima brakorazvoda, kada se djeca nalaze na kontaktima kod drugog roditelja, samohrani roditelji mogu osjećati samoću umjesto da vrijeme iskoriste za sebe i rade ono što inače ne mogu raditi kad su djeca kod kuće. „Stres i tjeskoba oko novca bez dva primanja u kućanstvu je česta pojava u jednoroditeljskim obiteljima, pogotovo gdje minimalna plaća drži mnoge samohrane majke ispod razine siromaštva-čak i kad rade puno radno vrijeme! Diljem Amerike, skloništa za beskućnike posljednje su utočište za mnoge obitelji samohranih roditelja pa nije iznenađujuće da su siromaštvo i ekonomske poteškoće povezani s tjeskobom i depresijom“¹⁵ Također, uzdržavanje djece s jednim prihodom ili oslanjanje na bivšeg supružnika za uzdržavanje djeteta¹⁶ može biti jedan od težih aspekata samohranog roditeljstva. A samohrani roditelji brigu o sebi stavljaju na posljednje mjesto na popisu obaveza. Čak i ako se radi o nečem tako jednostavnom

11 OZ FBiH, čl. 151., stav (2).

12 Ibid, čl. 151., stav (1).

13 Ibid, čl. 152.

14 Ibid, čl. 153.

15 Spence Counseling Center, *Overcoming Challenges in Single Parenting*

16 U čl. 237. OZ F BiH stoji. kada sud utvrdi da roditelji i druge osobe koje su obvezne davati uzdržavanje nisu u mogućnosti podmirivati potrebe uzdržavanja djeteta, izvijestit će o tome organ skrbništva, koji je dužan osigurati sredstva za uzdržavanje djeteta iz proračunskih sredstava Federacije.

kao što je čitanje knjige i odlazak u šetnju. Nije iznenađujuće da samohrani roditelji rijetko dovoljno spavaju jer ne mogu toliko toga učiniti dok spavaju njihova djeca. Loš san izlaže ljude povećanom riziku od depresije i anksioznosti i može povećati šanse za pad imuniteta i bolesti srca. Mnogi samohrani roditelji teško postavljaju granice jer osjećaju da moraju sve učiniti ili se osjećaju krivima kad kažu ne. Bitno je uspostaviti granice, a bitnije ih je održati. Granice su bitne kako bi život obitelji bio stabilan i postojan. Svima su potrebne granice koje čuvaju zdrav način života.¹⁷

Razvod i razdvajanje dovoljno su teški, ali kontinuirani sukob s djetetovim drugim roditeljem narušavaju obiteljsku dinamiku i mentalno zdravlje jedne ali i svih drugih članova kućanstva. Maltretiranje, manipulacija, uskraćivanje doprinosa za uzdržavanje djeteta i kršenje brakorazvodnih sporazuma među mnogim su ponašanjima s kojima se razvedeni roditelji suočavaju. Samohrani roditelji su pod stresom novčanih briga, pravnih problema, priča o izdaji i neizvjesnosti u vezi s budućnošću. Uvijek je ispravno pokušati riješiti sukob na inteligentan i civiliziran način.¹⁸ Kada netko postane samohrani roditelj, bilo po izboru ili okolnostima, nerijetko ostanu i bez društvene podrške. Prijatelji i obitelj mogu birati strane, osjećati se neugodno ili se ne mogu povezati s novom stvarnošću jedne osobe. Isključenost iz zajednice rađa osjećaj otuđenosti i beznada. Stoga je potrebno otpustiti pritisak koji samohrani roditelji stavljaju na sebe da sve trebaju učiniti sami. Čak i mnoge obitelji s dva roditelja koje primaju redovitu pomoć od obitelji i prijatelja jer nema ništa loše u tome da tražite pomoć kada je potrebna. Trebati pomoć nije znak slabosti ili neuspjeha! Traženje pomoći postaje lakše što se više traži. Samohrani roditelj može pomoći članovima obitelji da se suoče s tim poteškoćama tako što će međusobno razgovarati o svojim osjećajima i raditi zajedno na rješavanju problema. Podrška prijatelja, drugih članova obitelji i mjesta bogoslužja također može pomoći. Ali ako su članovi obitelji i dalje preopterećeni i imaju problema, možda je vrijeme da se obratite stručnjaku ili ovlaštenom stručnjaku za mentalno zdravlje. Također, „potrebno je informirati jednoroditeljske obitelji o pravima i socijalnim uslugama, obzirom da isti nisu dovoljno informirani o institucionalnoj i neformalnoj podršci koja im je na raspolaganju, pa je potrebno putem različitih kampanja i edukacija raditi na širem i obuhvatnijem informiranju samohranih roditelja o njihovim pravima i socijalnim uslugama koje mogu ostvariti“.¹⁹ Podaci Agencije za statistiku Bosne i Hercegovine govore o broju maloljetnih korisnika socijalne skrbi razvrstanih prema prema kategoriji, spolu i starosnim skupinama. Dakle u 2020. godini u Bosni i Hercegovini je zabilježeno 175 djece čiji su roditelji lišeni roditeljskog prava. U istome, također je navedena struktura djece korisnika socijalne skrbi smještene u domove za djecu i mlade u 2020. godini iznosi 1.103 od čega je 282 djece koja su živjela samo s majkom, 108 djece samo s ocem i 251 dijete razvedenih roditelja.²⁰

17 Spence Counseling Center, *Overcoming Challenges in Single Parenting*.

18 Spence Counseling Center, *Overcoming Challenges in Single Parenting*

19 ZAGORAC, A., *PSIHOSOCIJALNE POTREBE JEDNORODITELJSKIH PORODICA - BROŠURA ZA PROFESIONALCE*, Kantonalna javna ustanova. Sarajevo: „Porodično savjetovalište“, 2015., str. 32.

20 Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, *Tematski bilten Socijalna skrb, 2015-2020*, Sarajevo, 2021., str. 25.

Može se zaključiti kako u je jedan od izazova suvremenog roditeljstva također spadaju i posljedice suvremenog roditeljstva.

3. Uloga organa skrbništva u FBiH

Rad Centra za socijalni rad definiran je Zakonom o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite obitelji s djecom F BiH²¹ na način da je odredbom čl. 48. propisano da ustanove socijalne zaštite pružaju usluge kojima se u cjelini ili djelomično zadovoljavaju socijalne i druge potrebe korisnika socijalne zaštite, te da se iste osnivaju radi zbrinjavanja određenih kategorija korisnika socijalne zaštite i obavljanja stručnih i drugih poslova socijalne zaštite. Dakako, da je rad ustanova socijalne zaštite javan i javnost se može isključiti u pojedinim postupcima, kada je to utvrđeno propisima o obiteljskim odnosima i o kaznenom postupku. No, u odredbi čl. 49. Zakon o osnovama socijalne zaštite stoji kako se osnivanje i rad ustanova iz čl. 48. ovog zakona uređuje propisom kantona-županije, pa se osnivanje kao i sam rad centara za socijalni rad uređuje propisima županija koji se malo ili ni malo ne razlikuju u pogledu obavljanja poslova iz nadležnosti što je vidljivo iz usporedbe slijedećih županijskih zakona. Pa tako, Zakon o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti obitelji s djecom²² u skladu sa Zakonom o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite obitelji s djecom F BiH²³ navodi u čl. 50. kako centar za socijalni rad obavlja slijedeće poslove: osigurava potrebna novčana sredstva za rad centra; djeluje na otkrivanju uzroka i stanja socijalne potrebe; organizira aktivnosti od preventivnog značaja iz oblasti socijalne zaštite; primjenjuje i provodi oblike socijalne zaštite; neposredno pruža usluge socijalnog rada; rješava u prvom stupnju zahtjeve za ostvarivanje prava u okviru nadležnosti; obavlja poslove u oblasti obiteljske zaštite, zaštite civilnih žrtava rata, zaštite obitelji s djecom, zaštite odgojno zanemarene djece te sudjeluje u izvršavanju odgojnih mjera i mjera zaštitnog nadzora; obavlja poslove iz oblasti raseljenih osoba i izbjeglica koji su mu povjereni; obavlja poslove i ima ovlaštenja organa starateljstva, utvrđene Obiteljskim zakonom, drugim zakonima i propisima; obavlja savjetodavni i savjetovanište socijalni rad; surađuje s građanima, mjesnim zajednicama, pravnim osobama, udruženjima građana, pravosudnim organima i drugim organima koji mogu doprinijeti unapređivanju kvaliteta socijalnog rada i socijalne zaštite; vodi propisanu evidenciju i prikuplja dokumentaciju o korisnicima socijalne zaštite, oblicima i uslugama socijalne zaštite, korisnicima civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom i dostavlja podatke nadležnom ministarstvu; obavlja i druge poslove u skladu s zakonom i potrebama. Također, propisano istim člankom ovog Zakona, centar može obavljati i djelatnost disciplinskog centra za odgojno zapuštenu djecu, dijagnostičko-opservacijskog centra za odgojno zanemarenu i

21 "Službene novine FBiH", br. 36/1999, 54/2004, 39/2006, 14/2009, 7/2014 - rješenje US BiH, 45/2016, 19/2017 - drugi zakon i 40/2018. –dalje Zakon o osnovama socijalne zaštite

22 ("Sl. glasnik Unsko-sanskog kantona", br. 5/2000, 7/2001, 11/2014, 23/2018 i 15/2020)

23 ("Službene novine FBiH" broj 36/99. - u daljem tekstu: federalni zakon)

zapuštenu djecu, prihvatilišta za djecu i odrasle, centra za pružanje njege i pomoći u kući i savjetovališta za mlade, brak i porodicu, ovisnike droge i druge. U Zakonu o socijalnoj skrbi HNŽ/K²⁴ u odredbi čl. 59. navedeno kako centar za socijalni rad obavlja navedene poslove: prati, proučava probleme i način njihovog rješavanja iz oblasti socijalne skrbi, objedinjava rad službi, potiče i organizira aktivnosti od preventivnog značaja za oblast socijalne skrbi, primjenjuje i provodi oblike socijalne skrbi, neposredno pruža usluge socijalnog rada, rješava u prvom stupnju zahtjeve za ostvarivanje prava u okviru nadležnosti, obavlja poslove u oblasti obiteljske skrbi, skrbi odgojno zanemarene djece, te sudjeluje u izvršavanju odgojnih mjera i mjera zaštitnog nadzora, obavlja poslove i ima ovlaštenja organa starateljstva utvrđene Obiteljskim zakonom, drugim zakonima i propisima, obavlja savjetodavni rad, surađuje sa građanima, mjesnim zajednicama, državnim organima i ustanovama, pravnim osobama, udruženjima građana, humanitarnim organizacijama, pravosudnim organima, policijskim upravama i drugim organima koji mogu doprinijeti unapređivanju kvaliteta socijalnog rada i socijalne skrbi, vodi propisanu evidenciju i prikuplja dokumentaciju o korisnicima socijalne skrbi, o primjenjenim oblicima socijalne skrbi i utrošenim materijalnim sredstvima, unosi i ažurira podatke u informacijski sustav, dostavlja podatke Ministarstvu, organizira savjetovališta za predbračne, bračne i obiteljske odnose i savjetovališta za mlade, obavlja i druge poslove utvrđene ovim zakonom i aktima Centra. Iz navedenog, razvidno je kojim poslovima treba da se bavi Organ skrbništva tj. centar za socijalni rad, a u nastavku se predstavlja rad centra za socijalni rad u zaštiti djece iz jednoroditeljskih obitelji u okviru socijalne legislative F BiH. U određenim situacijama centar za socijalnu skrb brani i zastupa depersonalizirani opći interes koji nema svoga konkretnog titulara već se radi o interesu cijelog društva. Ako se opći interes u nekim postupcima poklapa s interesima jedne od stranaka, onda je to posljedica slučajnosti i konkretnih odnosa sudionika u obiteljskopravnom odnosu o kome se sudi. U drugim slučajevima centar za socijalnu skrb kao stranka u postupku brani, u prvom redu, interese jedne od osoba koje su stranke u obiteljskopravnom odnosu, a u pravilu i stranke u parničnom postupku. Iza ovoga primarnog cilja stoji opći interes da se pruži posebna obiteljskopravna zaštita određenom krugu osoba (npr. kad pokreće postupak radi utvrđivanja očinstva ili majčinstva).²⁵

3.1. Zaštita djece (iz jednoroditeljskih obitelji)

Centar za socijalni rad je Organ skrbništva, a oblik skrbi nad maloljetnim djetetom koje je bez roditeljske zaštite i brige naziva se skrbništvom. Roditeljska dužnost je uzdržavanje malodobnog djeteta i kod izvršavanja ove obveze, roditelji moraju iskoristiti sve svoje mogućnosti i sposobnosti²⁶. Dakle, roditelji su dužni brinuti o odgoju, zdravlju, odgoju i obrazovanju djeteta. No, ukoliko to nisu u mogućnosti, Organ skrbništva dužan je po službenoj dužnosti poduzeti mjere iz svoje nadležnosti

24 „Narodne novine HNŽ“, br: 3/05

25 Vidi kod ARAS, S., *Centar za socijalnu skrb u ulozi stranke i umješača (intervenijenta) u statusnim i alimentacijskim postupcima*, „Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu“, Vol. 59, br. 2-3., str. 473.- 527.

26 OZ F BiH br. 35/05, čl. 215.

kako bi pomogao roditeljima ali i zaštitio malodobnu djecu, po potrebi staviti pod skrbništvo malodobnu djecu:

- a) čiji su roditelji umrli, nestali, nepoznati ili su nepoznatog boravišta dulje od tri mjeseca,
- b) čijim roditeljima je oduzeta roditeljska skrb,
- c) čiji roditelji nisu stekli poslovnu sposobnost, ili im je ona oduzeta ili ograničena i
- d) čiji su roditelji odsutni, spriječeni ili nesposobni redovito skrbiti o svom djetetu, a nisu povjerali njegovo čuvanje i odgoj osobi za koju je organ skrbništva utvrdio da ispunjava uvjete za skrbnika.²⁷

Skrbnik ima određene obveze i dužnosti koje mora obavljati u interesu njegovog štíćenika i skrbnik ne može biti osoba:

- a) kojoj je oduzeta roditeljska skrb,
- b) kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost,
- c) čiji su interesi u suprotnosti s interesima štíćenika,
- d) od koje se, s obzirom na njezino ranije i sadašnje vladanje, osobna svojstva i odnose sa štíćenikom i njegovim roditeljima, ne može očekivati da će pravilno vršiti dužnosti skrbnika,
- e) s kojom je štíćenik sklopio ugovor o doživotnom uzdržavanju.²⁸

Roditeljska dužnost je uzdržavanje malodobnog djeteta i kod izvršavanja ove obveze, oni moraju iskoristiti sve svoje mogućnosti i sposobnosti²⁹ Dakle, roditelji su dužni brinuti o odgoju, zdravlju, odgoju i obrazovanju djeteta. Roditelji trebaju zaštititi i njegovati djecu, a njihove dužnosti podrazumijevaju „dužnost skrbljenja o životu i zdravlju djeteta te čuvanju djeteta, zadovoljavanju njegove normalne potrebe i zaštite od svih oblika poroka: droge, alkohola, skitnje, razbojništva, krađe, prostitucije, prosjačenja, kao i svih oblika maloljetničke delikvencije, nasilja, povrede, ekonomske eksploatacije, seksualne zlorporabe i svih drugih asocijalnih pojava. Zbog zaštite interesa djeteta roditelji su dužni, sukladno uzrastu i zrelosti djeteta, kontrolirati njegovo ponašanje“³⁰ Ukoliko roditelji ne štite svoju djecu i upozoreni su od strane socijalne službe, stručnjaci trebaju procijeniti njihove roditeljske (ne) kompetencije i po potrebi postaviti nadzor nad roditeljskim staranjem. Kao krajnja mjera socijalne zaštite, ovisno o svakom pojedinom slučaju, može uslijediti i oduzimanje roditeljskog prava. Pod dužnostima roditelja u zakonu se navode ljudske i moralne vrijednosti za koje se podrazumijeva da ih trebaju prenijeti djeci: „Roditelji imaju dužnost i pravo odgajati dijete u duhu mira, dostojanstva, tolerancije, slobode, ravnopravnosti i solidarnosti, a sukladno uzrastu i zrelosti djeteta, promicati njegovo

27 OZ F BiH br. 35/05, čl. 186.

28 Ibid, čl. 169.

29 Ibid, čl. 215.

30 Ibid, čl. 134.

pravo i odgovornost na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti³¹ U praksi se susreću primjeri roditeljske neodgovornosti u raznim oblicima kao što je nepostojanje roditeljskog osjećaja za dužnost vršenja roditeljskog staranja, te poremećen sustav i ne poučavanje djece o društvenim i moralnim vrijednostima u obitelji. U situacijama zanemarenosti djece od strane roditelja, centar za socijalni rad poduzima mjere i postupke iz socijalne zaštite koji u konačnici mogu rezultirati izuzimanjem djece iz obitelji, poglavito ukoliko je ugrožena njegova sigurnost. No, ukoliko to nisu u mogućnosti, Organ skrbništva dužan je po službenoj dužnosti poduzeti mjere iz svoje nadležnosti kako bi zaštitio djecu.

Sukladno Konvenciji o pravima djeteta (1989.)³² i proceduralnim pravilima nacionalnog zakona „mišljenje djeteta će se posebno uvažavati i cijeniti u slučaju poduzimanja mjera kojim se dijete odvaja od roditelja.“³³ Djeca ne mogu prosuditi što je za njih dobro, ali je važno čuti njihove želje, procijeniti njihove odluke sukladno uzrasnoj dobi, socijalno-emocionalnoj zrelosti te sukladno predmetnim činjenicama i ako je njihovom mišljenje u skladu s njihovim najboljim interesima. Također, organ skrbništva (centar za socijalni rad) roditelje upozorava na propuste u odgoju i njihove negativne utjecaje na dijete, ali isto tako im pruža pomoć u njihovom otklanjanju.³⁴ Pomoć se pruža podsredstvom materijalne, posredničke međuinstitucionalne i savjetovališne podrške. Nadzor nad ostvarivanjem roditeljske skrbi provodi se ukoliko su roditelji zanemarili skrb o zdravlju i odgoju djeteta. Organ skrbništva treba odrediti nadzor nad ostvarivanjem roditeljske skrbi, koji će trajati dok to bude u interesu djeteta, a najkraće tri mjeseca.³⁵ Organ skrbništva nerijetko može u cijelosti koristiti ovlasti koje mu pruža zakon, budući da provedba nadzora nad roditeljskim staranjem ovisi i o financijskim mogućnostima institucija koje izdvajaju financijska sredstva za ovu uslugu socijalne zaštite. Jedan od problema prilikom vođenja nadzora nad roditeljskom skrbi jeste provođenje nadzora izvan radnog vremena. Mogućnosti za njegovu adekvatnu provedbu nalaze se u angažmanu stručnih osoba koje nisu uposlene u centru za socijalni rad. U svakom slučaju, ako nadzor, ova važna mjera zaštite djece ne bude adekvatno provedena nadležne institucije bi mogle uzrokovati veće troškove i neželjene posljedice po djecu.

Mjera oduzimanja prava roditelju da živi sa svojim djetetom i odgaja ga represivna je mjera za zaštitu osobnih interesa djeteta. Izriče se kada se ispune zakonom propisane pretpostavke koje na strani djeteta rezultiraju nepovoljnim učincima, a daljnju štetu moguće je spriječiti jedino odvajanjem djeteta od roditelja. Svrha mjere je zaštita osobnosti djeteta.³⁶

31 Ibid, čl. 135.

32 Konvencija o pravima djeteta, 1989.

33 Ibid, čl. 150.

34 Ibid, čl. 151.

35 Ibid, čl. 152.

36 DOJČINOVIĆ, I., Mjera oduzimanja prava roditelju da živi sa svojim djetetom i odgaja ga, chrome-extension://efaidnbmninnbpcajpcgclcfefindmkaj/https://hrcaak.srce.hr/file/181024 od 20. 9. 2022.

4. Postupak oduzimanja i vraćanja roditeljskog prava

4.1. Oduzimanje roditeljske skrbi u trajanju od dvanaest mjeseci

Nadležni sud može oduzeti roditeljima pravo da žive s djetetom u trajanju od dvanaest mjeseci. Roditeljska skrb se može oduzeti i roditelju kojem je oduzeto pravo da živi s djetetom ako za vrijeme od jedne godine ne izvršava obveze i prava koje mu nisu prestale izricanjem ove mjere i ne stvori uvjete za vraćanje ovog prava (154., st. 4. ObZ). Dakle, roditeljima se ostavlja mogućnost da naprave pozitivne promjene u životnom funkcioniranju te stvore adekvatne uvjete za povratak djeteta u obitelj. Primarna uloga obiteljskog suda u slučajevima dobrobiti djece je zaštititi djecu i pomoći njihovim roditeljima da osiguraju sigurno okruženje. Ovo je građanski sud, a ne kazneni sud, a ročišta su često manje formalna. U većini slučajeva svi na sudu imaju isti cilj – pružiti djetetu sigurnost.³⁷ Povratak djece u obitelj ovisi o odgovornosti, trudu i zalaganju roditelja, no djelatnici centara za socijalni rad i nadležna tijela koji podržavaju ponovno ujedinjenje djece s roditeljima, trebali bi:

- povećati nastojanja da na smislen način uključe obitelji u proces procjene, donošenja odluka i planiranja i osigurati da razumiju što se stvarno događa,
- zauzeti holistički stav pri pružanju podrške obiteljima tijekom cijelog postupka ponovnog ujedinjenja, na primjer, pružanje podrške roditeljima u rješavanju osnovnih problema i praćenje njihovog napretka; i usredotočujući se na trajne potrebe roditelja kao i na potrebe njihove djece,
- prepoznati potencijalnu složenost i promjenu prirode predmeta tijekom postupka ponovnog ujedinjenja,
- pružiti pažljive, planirane, postupne, ali pravovremene podrške prilagođene specifičnim potrebama obitelji u rješavanju okolnosti i problema s kojima se suočavaju djeca i njihovi roditelji.³⁸

4.2 Postupak oduzimanja roditeljske skrbi – prava i obveze roditelja

Dijete bez roditeljske skrbi, glede članka 12. st. 1. točka 1. Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite obitelji sa djecom F BiH je „dijete koje je bez oba roditelja, nepoznatih roditelja, napušteno od roditelja lišenih roditeljskog prava i roditelja spriječenih da vrše roditeljsku dužnost“.³⁹ U odnosu na dijete čiji su roditelji lišeni roditeljskog prava ili roditelji koji su spriječeni da vrše roditeljsku dužnost misli se na roditelja koji zlouporabom svojih prava, ili grubim zanemarivanjem svojih dužnosti, ili napuštanjem djeteta, ili neskrbljenjem o djetetu s kojim ne živi, očito stavlja u opasnost sigurnost, zdravlje ili moral djeteta, ili koji ne zaštite dijete od ovakvog ponašanja drugog roditelja ili druge osobe,

37 CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2016), *Understanding child welfare and the courts*. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, Children's Bureau.

38 HIDE - DRYDEN, G., *Improving practice in respect of children who return home from care*, Research report, Department for Education, National Children's Bureau and Centre for Child and Family Research, Loughborough University, 2015.

39 "Službene novine FBiH", br. 36/1999, 54/2004, 39/2006, 14/2009, 7/2014 - rješenje US BiH, 45/2016, 19/2017 - drugi zakon i 40/2018)

sud će u izvanparničnom postupku oduzeti roditeljsku skrb.⁴⁰ Zloupotrebavanje prava postoji naročito u slučajevima tjelesnog i duševnog nasilja nad djetetom, spolnog iskorištavanja djeteta, navođenja djeteta na društveno neprihvatljivo ponašanje, te grubog kršenja djetetovih prava na drugi način.⁴¹

Prema odredbi čl. 81. st. 1. ZIZVP-a u postupku produženja i prestanka roditeljskog prava sud odlučuje o produženju i prestanku roditeljskog prava kada je to zakonom propisano. Postupak iz st. 1. ovog članka mora se završiti što prije, a najkasnije u roku od 15 dana od dana podnošenja prijedloga.⁴² U procesnim odredbama Obiteljskog zakona također se određuje hitnost postupka. Prema odredbi čl. 350. st. 3. ObZ postupak se mora završiti što prije, a najkasnije u roku od 15 dana od dana primitka prijedloga. Prema odredbi čl. 350. st. 4. ObZ mjera oduzimanja prava roditelju živjeti s djetetom izriče se u trajanju do jedne godine. Prema odredbi čl. 350. st. 5. ObZ sud će roditelju vratiti pravo živjeti s djetetom kada je to u interesu djeteta, a na prijedlog roditelja kome je ono oduzeto, ili po službenoj dužnosti. Prema odredbi čl. 350. st. 6. ObZ žalba protiv odluka iz st. 1. i 5. ovog članka ne odlaže njihovo izvršenje.

Prema odredbi čl. 350. st. 7. ObZ pravomoćnu odluku o izrečenoj mjeri iz stavka 1. ovog članka sud će dostaviti organu skrbništva. Organ skrbništva će za vrijeme trajanja ove mjere pomoći u otklanjanju uzroka zbog kojih je ona izrečena i u ponovnom uspostavljanju obiteljske zajednice. Prema odredbi čl. 82 ZIZVP-a postupak za produženje i prestanak roditeljskog prava pokreće se na prijedlog roditelja odnosno usvojitelja ili organa starateljstva. Prema odredbi čl. 350. st. 2. ObZ prijedlog za pokretanje postupka može podnijeti drugi roditelj, dijete ili organ skrbništva, a postupak može pokrenuti i sud po službenoj dužnosti. Vidimo da je u Obiteljskom zakonu postavljen širi krug osoba koje mogu pokrenuti postupak.

Prema odredbi čl. 83. ZIZVP-a osoba nad kojom se produžuje roditeljsko pravo ili se određuje prestanak tog prava, u postupku iz člana 82. ovog zakona, zastupa poseban staratelj kojeg odredi organ starateljstva ili privremeni zastupnik kojeg odredi sud koji sprovodi postupak za produženje ili prestanak roditeljskog prava. Prema odredbi čl. 84. ZIZVP-a sud će po službenoj dužnosti utvrditi sve činjenice koje su bitne za donošenje rješenja. Radi donošenja rješenja sud će održati ročište, na koje će pozvati predlagatelja, organ starateljstva i roditelje osobe iz člana 83. ovog zakona, bez obzira na to da li su oni predložili pokretanje postupka, a na ročištu obavezno saslušati roditelje i predstavnike organa starateljstva, te pribaviti mišljenje o cjelishodnosti produženja roditeljskog prava. Stanje duševnog zdravlja i sposobnosti osobe iz člana 83. ovog zakona utvrđuju se na način određen u članu 36. ovog zakona. Prema odredbi čl. 85. ZIZVP-a u postupku produženja i prestanka roditeljskog prava shodno se primjenjuju odredbe ovog zakona o oduzimanju i vraćanju poslovne sposobnosti.

40 (OZ F BiH br. 35/05, čl. 154. stav 1.).

41 Ibid, čl. 154., stav (2).

42 Vidi kod ČALIJA, B. – OMANOVIĆ, S., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000. str. 352. – 353., (dalje – ČALIJA – OMANOVIĆ)

Teško je odrediti ključni trenutka u kojem je potrebno provesti mjeru oduzimanja roditelju prava da živi sa svojim djetetom. Predugo čekanje za fizičkim odvajanjem djeteta od roditelja može dovesti do težih posljedica na strani djeteta, jednako kao što to može uzrokovati i prerano odvajanje kojim krši se niz prava roditelja (npr. pravo na poštovanje i pravnu zaštitu privatnog i obiteljskog života) i djeteta (npr. pravo na život u obitelji).⁴³ Ukoliko Centar za socijalnu skrb procijeni da se radi o blažim oblicima propusta i/ili progresa, slučaj ostaje u njegovoj nadležnosti radi izricanja blažih, preventivnih mjera za zaštitu interesa djeteta (upozorenje na pogreške i propuste u skrbi i odgoju, nadzor nad roditeljskom skrbi). Međutim, ukoliko je potrebno izricanje represivnih mjera, Centar mora o tome obavijestiti nadležni sud.

4.3 Oduzimanje i vraćanje roditeljskog prava

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 roditeljskog prava je jedan statusni izvanparnični postupak koji je reguliran odredbama Zakona o izvanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine⁴⁴ i procesnim odredbama Obiteljskog zakona Federacije Bosne i Hercegovine.⁴⁵ Prema odredbi čl. 86. ZIZVP-a u postupku oduzimanja i vraćanja roditeljskog prava sud odlučuje o oduzimanju i vraćanju roditeljskog prava kada je to zakonom određeno. Postupak iz stava 1. ovog članka mora se završiti što prije, a najkasnije u roku od 15 dana od dana prijema prijedloga. Prema odredbi čl. 87. ZIZVP-a postupak za oduzimanje i vraćanje roditeljskog prava pokreće se na prijedlog roditelja, odnosno usvojitelja koji ima roditeljsko pravo ili organa starateljstva, a postupak za vraćanje roditeljskog prava pokreće se i na prijedlog roditelja kojem je bilo oduzeto to pravo.⁴⁶ Prema odredbi čl. 88. ZIZVP-a ako postupak nije pokrenut na prijedlog organa starateljstva, sud će bez odlaganja obavijestiti ovaj organ o pokretanju postupka i pozvati ga da sudjeluje u postupku. Prema odredbi čl. 351. st. 5. ObZ u postupku za oduzimanje roditeljske skrbi roditeljima ili jednom roditelju djeteta organ skrbništva će djetetu imenovati posebnog skrbnika. Prema odredbi čl. 89. ZIZVP-a sud će, po službenoj dužnosti,

43 Prepoznavanje trenutka u kojem je najbolji interes djeteta iznimno je važno pitanje do kojeg se, u pravilu, postupno dolazi na što upućuje i praksa Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu. U slučaju *Venama v. The Netherlands*³ dijete je hitno izdvojeno iz obitelji i to bez saslušanja roditelja. Pod argumentom "hitnosti" u tijeku donošenja odluke roditelji nisu bili saslušani niti je pokušano blažim mjerama utjecati na ponašanje roditelja. Jedan od zaključaka koji proizlaze iz ove presude, osim ponovnog isticanja pravog trenutka za izdvajanje djeteta, jest i ono da, u pravilu, mjere koje prethode ovoj drastičnoj moraju biti iscrpljene. Vidi više: *Venama v. The Netherlands*, Europski sud za ljudska prava, presuda od 1. travnja 2013., http://www.nkmr.org/case_of_venama_v_the_netherlands.htm.

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

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

46 Vidi kod ČALIJA – OMANOVIĆ, *op. cit.*, str. 353.

utvrditi sve činjenice koje su bitne za donošenje rješenja.⁴⁷ Radi utvrđivanja bitnih činjenica sud će održati ročište na koje će pozvati predlagatelja, organ starateljstva, oba roditelja i staratelja osobe čijem se roditelju oduzima, odnosno vraća roditeljsko pravo. Sud je obavezan da sasluša roditelje, a maloljetnik se saslušava samo kad je to neophodno i nije štetno za njegovo duševno zdravlje. Pri donošenju rješenja o oduzimanju i vraćanju roditeljskog prava sud će uzeti u obzir i želje maloljetnika, ako je sposoban da ih izrazi. Prema odredbi čl. 352. ObZ ako postupak nije pokrenut na prijedlog organa skrbništva, sud će bez odlaganja izvijestiti taj organ o pokretanju postupka i pozvati ga da sudjeluje u postupku. Prema odredbi čl. 353. St. 1. ObZ sud će, po službenoj dužnosti, utvrditi sve činjenice koje su bitne za donošenje rješenja. Prema odredbi čl. 353. st. 2. ObZ radi utvrđivanja bitnih činjenica sud će održati ročište na koje će pozvati predlagatelja, organ skrbništva i oba roditelja. U postupku za oduzimanje i vraćanje roditeljske skrbi sud će pozvati i skrbnika djeteta čijem se roditelju oduzima, odnosno vraća roditeljska skrb. Prema odredbi čl. 353. st. 3. ObZ sud je obavezan saslušati roditelje, a malodobnik se saslušava samo kad je to prijeko potrebno i nije štetno za njegovo duševno zdravlje. Prema odredbi čl. 353. st. 4. ObZ pri donošenju rješenja o oduzimanju i vraćanju roditeljske skrbi sud će uzeti u obzir i želje malodobnika ako je malodobnik sposoban da ih izrazi. Prema odredbi čl. 354. st. 1. Obz u postupku oduzimanja i vraćanja roditeljske skrbi shodno se primjenjuju odredbe ovog zakona o oduzimanju i vraćanju poslovne sposobnosti. Prema odredbi čl. 351. st. 6. ObZ Sud će vratiti roditeljsku skrb kada prestanu razlozi zbog kojih je ona oduzeta, a na prijedlog roditelja kome je oduzeta, djeteta ili organa skrbništva. Prema odredbi čl. 351. st. 7. Obz Pravomoćnu odluku o oduzimanju i vraćanju roditeljske skrbi sud će dostaviti mjerodavnom matičaru radi upisa u matičnu knjigu rođenih, a ako dijete ima neko pravo na nekretninama, odluka će se dostaviti zemljišnoknjižnom uredu mjerodavnog suda radi zabilježbe. Prema odredbi čl. 90. ZIZVP-a u postupku oduzimanja i vraćanja roditeljskog prava shodno se primjenjuju odredbe ovog zakona o oduzimanju i vraćanju poslovne sposobnosti.

5. Zaključak

U BiH još uvijek nije uspostavljen jedinstven informacijski sustav za evidenciju djece bez odgovarajuće roditeljske skrbi i evidenciju razloga razdvajanja djece od roditelja, što bi predstavljalo osnovni preduvjet za kvalitetnu socijalnu zaštitu.⁴⁸

47 Šire kod ČIZMIĆ, J. – TAJIĆ, H., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2011., str. 92. – 93. (dalje – ČIZMIĆ – TAJIĆ – KOMENTAR), str. 179.

48 U Federaciji Bosne i Hercegovine ne postoji dostupna baza podataka iz koje je vidljiv broj postupaka oduzimanja roditeljske skrbi samohranim roditeljima. Dok „neprecizni podaci iz 2010. godine ukazuju na brojku od 2000 do 4000 djece bez roditeljske skrbi u BiH, od čega je oko dvije trećine u F BiH. Tijekom ovog perioda sva djeca koja su smještena u institucijama pri vjerskim i nevladinim organizacijama nisu evidentirana, kao ni djeca na udomiteljstvu, posebno tamo gdje je smještaj urađen od strane roditelja bez posredovanja centara za socijalni rad. Zabrinjavajući je podatak da više od tri četvrtine djece bez roditeljske skrbi (76%) ima oba ili jednog roditelja, a ipak živi u sustavu javnog zbrinjavanja. PAVLOVIĆ, B.- Sofović, J.- SOS Dječja sela BiH, *POLOŽAJ DJECE U BOSNI I HERCEGOVINI, Analiza položaja djece bez roditeljskog staranja zasnovana na pravima*

Također, određene nejasnoće uzrokovane neusklađenim pravnim odredbama i dalje postoje. Zakoni nemaju posebnu definiciju za djecu bez odgovarajuće roditeljske skrbi, nego je ona dana u odredbama entitetskih zakona o socijalnoj zaštiti: dijete bez odgovarajuće roditeljske skrbi jest dijete bez obaju roditelja; dijete čiji su roditelji nepoznati; dijete koje su roditelji napustili; djeca čijim su roditeljima oduzeta ili spriječena roditeljska prava. Aktualni usvojeni zakoni eksplicitno ne definiraju postupke i mjere prema kojima će pružatelji usluga prvenstveno uzeti u obzir sva moguća rješenja prije nego što odrede da roditelj izgubi roditeljsko pravo kao i da razdvoje dijete od obitelji smještajući ga u ustanovu ili drugu udomiteljsku obitelj. Iako su Smjernice za alternativno zbrinjavanje jasno definirale da siromaštvo kao takvo nikada ne bi trebalo da bude opravdanje za prijem djeteta u alternativnu brigu upravo je teška ekonomska situacija jedan od najčešćih i jedinih razloga razdvajanja djeteta i biološke obitelji. Uslijed nedopustivih i neodgovornih zakonskih odredbi ne iznenađuje činjenica da je više od 55% djece pod rizikom da izgubi roditeljsku skrb zbog teške ekonomske situacije.⁴⁹ Žene dominiraju u jednoroditeljskim obiteljima, osobito u Portugalu (94%), dok zemlje poput Danske, Luksemburga i Finske imaju najveći udio samohranih očeva (20%). Zemlje koje pružaju najviše potpore jednoroditeljskim obiteljima su Norveška, Francuska, Luksemburg, Danska i Belgija, dok najmanje potpore ovim obiteljima pružaju Španjolska, Grčka, Irska i Portugal. Trend bilježi i Hrvatska. Prema podacima Državnog zavoda za statistiku, 2002. godine u svim obiteljima u Hrvatskoj bilo je ukupno 15% samohranih roditelja. Od toga 83% čine majke s djecom, dok 17% čine očevi s djecom. U ukupnom broju obitelji s djecom, udio samohranih roditelja je 20,6% ili svaka peta obitelj.⁵⁰ Stoga je potrebno raditi na izgradnji kapaciteta roditelja za traženje i prihvaćanje socijalne podrške, obzirom da i „kada postoje psihosocijalne usluge namijenjene ovoj populaciji, jednoroditeljske obitelji se teško odlučuju na njihovo korištenje. S druge strane oni koji se odluče na korištenje usluga psihosocijalne podrške te usluge procjenjuju vrlo korisnim za njihovu obitelj.“⁵¹

Razlozi za odvajanje djeteta od roditelja mogu uključivati raseljavanje, nemogućnost obitelji da se brine za svoju djecu zbog siromaštva, invaliditeta, obiteljskog nasilja, zlostavljanja ili zanemarivanja, ovisnosti ili drugih oblika zlouporabe supstanci ili smrti roditelja. No, roditelj koji ne brine za dijete ili napusti dijete predstavlja nedopušteno odricanje od roditeljske skrbi što je kazneno djelo. Dok je „lišenje roditeljske skrbi najteža mjera za zaštitu osobnih prava i dobiti djeteta koja se roditeljima može izreći. Ova mjera za rezultat i smisao ima potpuno onemogućavanje roditelja u njihovoj skrbi za dijete zbog učinjenih

djece, Sarajevo:Atlantik d.d., 2014, str 15.

49 PAVLOVIĆ, B.- Sofović, J.- SOS Dječja sela BiH, *POLOŽAJ DJECE U BOSNI I HERCEGOVINI, Analiza položaja djece bez roditeljskog staranja zasnovana na pravima djece*, Sarajevo:Atlantik d.d., 2014, str 15.

50 BURIĆ, H., *Jednoroditeljske obitelji*, Zagreb, Dijete Vrtić Obitelj 35 broj 50, Pučko otvoreno učilište Korak po korak Zagreb, 2007, str. 33.

51 ZAGORAC, A., *PSIHOSOCIJALNE POTREBE JEDNORODITELJSKIH PORODICA - BROŠURA ZA PROFESIONALCE*, Kantonalna javna ustanova. Sarajevo: „Porodično savjetovalište“, 2015., str. 32.

štetnih postupaka.⁵² I to je krajnja zakonska sankcija za roditelje koji ne osiguravaju minimalne uvjete za razvoj/odgoj djeteta. Stoga je razvidno, kako su posebni izvanparnični postupci oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti, produženja roditeljske skrbi, oduzimanja i vraćanja roditeljskog prava žurni postupci u kojima se procedura odvija po načelu sudskog upravljanja postupkom uz aktivo sudjelovanje centra za socijalni rad. U izvanparničnim postupcima od pokretanja do završetka postupka uključen je i centar za socijalni rad, budući da mu je zakonodavac dao posebno mjesto kao instituciji koja skrbi o obitelji, te posebnoj zaštiti djece iz razloga što je njegova uloga u očuvanju obitelji i zaštiti djece evidentna u izvanparničnim postupcima oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti i postupku produženja i prestanka roditeljskog prava i postupku oduzimanja i vraćanja roditeljskog prava.⁵³ U konačnici, roditeljska skrb može biti pothvat, a prednosti roditeljske skrbi su jasne jer je ona ključni prediktor za zdrav razvoj i rast djece.

Kada se otkrije neki od oblika ugroženosti razvoja djeteta u primarnoj obitelji, nadležni centar za socijalnu skrb ima, prema Obiteljskomu zakonu, na raspolaganju sljedeće mjere zaštite: upozorenje roditeljima na pogreške i propuste u skrbi i odgoju (čl. 151.), određivanje stalna nadzora nad izvršavanjem roditeljskoga prava (čl. 152.), oduzimanje prava na čuvanje i odgoj djeteta i povjeravanje djeteta drugoj osobi ili ustanovi (čl. 153.), oduzimanje roditeljske skrbi (čl. 154.). Prema najnovijim podacima Agencije za statistiku BiH⁵⁴ u domovima za djecu i mladež bez roditeljske skrbi u 2020. godini nalazi se 1103 korisnika, a od toga 208 korisnika iznad 18 godina. Pod skrbništvom u 2020. godini, nalazilo se 1227 korisnika u dobi od 0 do 18 godina, a od toga čak 84 korisnika djeca s poteškoćama u razvoju. Usporede li se podaci nastavno na broj posvojene djece u 2019., koji je iznosio 26 korisnika, i 2020. godini u kojoj je zabilježeno 30 posvojenja djece do 18 godine, može se uočiti blagi porast posvojenja djece u BiH, s tim da Brčko Distrikt nema podatke o posvojenoj djeci.⁵⁵

52 <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/44925>

53 HAUBRICH, V. - TADIĆ-LESKO, K., Socijalnopedagoške i pravne intervencije u postupku oduzimanja roditeljske skrbi, Pravni fakultet Mostar, Zbornik radova Dani porodičnog prava, 2021, str. 218.

54 Agencija za statistiku BiH (2020) „Socijalna zaštita 2014 – 2019“, Tematski bilten 07., Sarajevo, 45- 53.

55 Agencija za statistiku BiH (2021) „Socijalna skrb 2015 – 2020“, Tematski bilten 07., Sarajevo, 43- 50.

Viktorija Haubrich, LL. D., associate professor
Faculty of Law at Mostar University

Karolina Tadić - Lesko LL. D., assistant professor
Institution „Center for Social Work of the City of Mostar“

Zdravka Marić, LL. B.
Institution „Center for Social Work of the City of Mostar“

THE ROLE OF THE CENTER FOR SOCIAL WORK IN THE PROCEDURE OF DEPRIVATION OF PARENTAL CARE FROM A SINGLE PARENT

Summary: There are more and more new forms of family in modern society, and among them single-parent families are the most numerous. Single-parent families are often on the margins of society due to global consequences, which mainly include the limitation of social, financial and emotional resources, so children from single-parent families and the parent who takes care of them are exposed to numerous risks that often result from the breakup of a single-parent family. The consequences that lead to the deprivation of parental care from a single parent in non-litigation proceedings refer to various forms of neglect of children and their needs. The aim of this work is twofold and refers to the identification of the causes that lead to the deprivation of parental care from a single parent, as well as an analysis of the initiation and management of the out-of-court proceedings for deprivation of parental care in the Federation of Bosnia and Herzegovina. Also, the role of the Center for Social Work as a party and intervener in the process of deprivation of parental care was analyzed. Through the analysis of the Law on non-litigation proceedings of the F BiH, the social legislation of the F BiH, as well as the available domestic and foreign literature, the inevitable role of the Center for Social Work in the procedure of deprivation of parental care to a single parent was identified. It is clear that the task of a single parent is much more difficult than for two parents who take care of children, as single-parent families have fewer economic and psychological resources and do not have adequate access to social services. The paper emphasizes the importance of the Center for Social Work in the impeachment procedure, but also the necessary risk prevention mechanisms that lead to this procedure. Of course, this largely depends on social support and other relevant institutions that need to strengthen these families through various systems, from which modern society has been made.

Key words: single parent, child's interest, parental care, procedure for deprivation and return of parental care, center for social work.

ZLOSTAVLJANJE I ZANEMARIVANJE DJETETA U PORODICI - PORODIČNOPRAVNI I KRIVIČNOPRAVNI ASPEKT¹

Sažetak: Polazeći od međunarodnih dokumenata o zaštiti ljudskih prava i prava djeteta, autorice u radu analiziraju bosanskohercegovački pravni okvir uređenja pitanja zaštite djece od zlostavljanja i zanemarivanja u porodičnom okruženju. Unatoč brojnim međunarodnim i domaćim pravnim aktima u kojima se afirmiraju prava djeteta i obaveza njihove posebne zaštite, prisutnost zlostavljanja ili zanemarivanja djece od strane roditelja, staratelja ili drugih članova porodice u praksi potvrđuju različiti izvještaji nadležnih tijela i organa koji se u svojoj praksi susreću sa ovom problematikom, kao i izvještaji nevladinih organizacija koje se bave promocijom i zaštitom dječijih prava. Uz to poseban problem predstavlja tzv. „tamna brojka“ počinjenih krivičnih djela koja često ostaju neotkrivena. Naučna obrada zlostavljanja i zanemarivanja djeteta u porodici se u ovom radu temelji na analizi porodičnog i krivičnog zakonodavstva i prakse. Sveobuhvatnom analizom porodičnopravnih mjera i krivičnih djela zlostavljanja i zanemarivanje djeteta, autorice nastoje utvrditi njihov ukupni doprinos stvarnoj zaštiti djeteta u porodici, stepen njihove međusobne usklađenosti, identificirati moguće razloge raskoraka između proklamovane i kodifikovane zaštite prava djeteta i prisustva različitih vidova zlostavljanja i zanemarivanja, te ponuditi prijedloge za poboljšanje ili unaprijeđenje sistema zaštite djeteta kroz relevantni pravni okvir, kao i kroz njegovu primjenu u praksi.

Glavne riječi: prava djeteta, zanemarivanje djeteta, oduzimanje roditeljskog staranja, tjelesno kažnjavanje, nasilje nad djetetom, Konvencija o pravima djeteta.

1. Uvod

Pravo djeteta na zaštitu svih oblika nasilja, zlostavljanja, zanemarivanja i zloupotrebe jedno je od temeljnih prava proklamovanih odnosno garantovanih nizom međunarodnih deklaracija i konvencija. Od najvećeg značaja je svakako Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta² (u daljem tekstu: KPD) budući

¹ Rad je nastao u okviru projekta „Utjecaj pandemije Covid – 19 na nasilje u porodici“ koji implementira Pravni fakultet Univerziteteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru uz podršku Federalnog ministarstva obrazovanja i nauke.

² Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta usvojena je 20. novembra 1989. godine na 44. Zasjedanju Generalne skupštine Ujedinjenih naroda, a stupila je na snagu 2. juna 1990. godine (dostupna na: http://www.unicef.org/bih/ba/Konvencija_o_pravima_djeteta.pdf, pristup 20. 9. 2020.)

da je u najvećoj mjeri doprinijela afirmaciji dječijih prava na međunarodnom planu. Pravni okvir zaštite djece u Bosni i Hercegovini zasniva se na ustavnom načelu zaštite djece. Ustav Bosne i Hercegovine³ na ovo načelo upućuje posredno, upravo putem međunarodnih pravnih dokumenata za zaštitu ljudskih prava, normirajući da oni imaju snagu ustavnih odredbi, odnosno predviđajući da pojedini dokumenti imaju prednost u primjeni nad zakonima.⁴ Iz toga proizlazi direktna primjena standarda ljudskih prava. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine⁵ u katalogu ljudskih prava i osnovnih sloboda također predviđa pravo porodice i djeteta na zaštitu⁶, odnosno Ustav Republike Srpske⁷ normira pravo djeteta na posebnu zaštitu i brigu roditelja. Jasno je da su roditelji djeteta primarni adresati obaveze zaštite djece od svih oblika nasilja, zloupotrebe, zlostavljanja i zanemarivanja, kako izvan tako i u porodičnom okruženju. Unatoč brojnim međunarodnim i domaćim pravnim aktima u kojima se afirmiraju prava djeteta i obaveza njihove posebne zaštite, prisutnost zlostavljanja ili zanemarivanja djece od strane roditelja, staratelja ili drugih članova porodice u praksi potvrđuju različiti izvještaji i istraživanja nadležnih tijela i organa koji se u svojoj praksi susreću sa ovom problematikom, kao i izvještaji nevladinih organizacija koje se bave promocijom i zaštitom dječijih prava. Tako se npr. u recentnom istraživanju Institucije ombudsmena za djecu Republike Srpske iz 2021. godine navodi da je samo tokom 2020. godine u ovom entitetu prijavljeno nasilje nad 784-ro djece od čega se u 32% slučajeva radilo o zanemarivanju, 37% slučajeva o psihičkom zlostavljanju, 21% slučajeva fizičkom nasilju, u 2% slučajeva o seksualnom nasilju, dok se u 8% slučajeva radilo o nekom drugom vidu nasilja.⁸ Slično istraživanje koje je provela institucija Ombudsmena za zaštitu ljudskih prava⁹ kojim je obuhvaćen period od dvije

3 Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u *Bosni i Hercegovini* i *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 25/2009 - Amandman I.

4 Vidjeti čl. II, 1 i 2. Ustava Bosne i Hercegovine i Aneks I.

5 Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 1/1994, 1/1994 - Amandman I, 13/1997 - Amandmani II-XXIV, 13/1997 - Amandmani XXV i XXVI, 16/2002 - Amandmani XXVII-LIV, 22/2002 - Amandmani LVI-LXIII, 52/2002 - Amandmani LXIV-LXXXVII, 60/2002 - ispr. Amandmana LXXXI, 18/2003 - Amandman LXXXVIII, 63/2003 - Amandmani LXXXIX-XCIV, 9/2004 - Amandmani XCV-CII, 20/2004 - Amandmani CIII i CIV, 33/2004 - Amandman CV, 71/2005 - Amandmani CVI-CVIII, 72/2005 - Amandman CVI i 88/2008 - Amandman CIX.

6 Vidjeti: Dio II, čl. 2, st. 1, t. J Ustava Federacije Bosne i Hercegovine; čl. 36, st. 1. i 4. Ustava Republike Srpske.

7 Ustav Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 21/1992 - prečišćen tekst, 28/1994 - Amandmani XXVI-XLIII, 8/1996 - Amandmani XLIV-LI, 13/1996 - Amandman LII, 15/1996 - ispr., 16/1996 - Amandman LIII, 21/1996 - Amandmani LIV-LXV, 21/2002 - Amandmani LXVI-XCII, 26/2002 - ispr., 30/2002 - ispr., 31/2002 - Amandmani XCIII-XCVIII, 69/2002 - Amandmani XCIX-CIII, 31/2003 - Amandmani CIV i CV, 98/2003 - Amandmani CVI-CXII, 115/2005 - Amandman CXIV, 117/2005 - Amandmani CXV-CXXI i 48/2011 - Amandman CXXII i *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 73/2019 - odluka US BiH.

8 Ombudsmen za djecu Republike Srpske, Poseban izvještaj Nasilje nad djecom u porodici, Banja Luka, 2021 (<http://www.djeca.rs.ba/uploaded/Poseban%20izvjestaj%20nasilje%20nad%20djecom%20u%20porodici.pdf>, 13. 9.2022), str. 6 - 9.

9 Jukić, Lj. Mitrović, J. Džumhur, *Zabrana fizičkog kažnjavanja djeteta u Bosni i Hercegovini (Specijalni izvještaj)*, Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovini, Banja Luka, 2019, https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/ombudsmen_doc2019120514261316bos.pdf, 4. 9. 2022.

godine (2017 – 2019), je pokazalo da su u navedenom periodu u Federaciji BiH¹⁰ prijavljena 173 slučaja nasilja nad djecom. Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine je u periodičnim izvještajima o primjenu KPD u BiH, više puta ukazalo na zabrinjavajuću statistiku nasilja nad djecom u porodičnom okruženju. U Izvještaju iz 2009. godine se navodi da je ukupno trećina djece u dobi 2-14 godina (34%) bilo izloženo bar jednom obliku psihičkog ili fizičkog kažnjavanja od strane njihovih majki/staratelja ili drugih članova domaćinstva.¹¹ Prema posljednjem Izvještaju iz 2017. godine se navodi da je na temelju dostavljenih podataka nadležnih kantonalnih ministarstava zabilježeno, a prema evidencijama u centrima za socijalni rad/službama socijalne zaštite Federacije BiH, u 2014. godini 1.364, a u 2015. godini 1.083 slučaja nasilja nad djecom. Kao posebno zabrinjavajući su istaknuti podaci nasilja izvršenog nad djecom u dobi od 4 do 6 i od 7 do 14 godina.¹² Riječ je dakle o zabrinjavajućim pokazateljima, posebno kada se ima u vidu, a što se nerijetko ističe i u izvještajima centara za socijalni rad, da su službene brojke uvijek manje u odnosu na stvarni broj slučajeva nasilja koji ostaju neprijavljeni i neprocesuirani.

Stoga je naučna obrada zlostavljanja i zanemarivanja djeteta u porodičnom okruženju kroz analizu dostupnih pravnih mehanizama zaštite u domaćem pravu, usmjerena na identificiranje uzroka široko prisutnog nasilja nad djecom, te izvođenja zaključaka o mogućim prijedlozima za unapređenje i adekvatniju pravnu zaštitu djece. Okosnicu aktuelne pravne zaštite od nasilja u porodici čine mehanizmi uspostavljeni u porodičnom i krivičnom zakonodavstvu, kao i u okviru zakona o zaštiti od nasilja u porodici. U radu će fokus biti na porodičnopravnim mjerama zaštite i krivičnim djelima Zapuštanja ili zlostavljanja djeteta ili maloljetnika, kako je to regulirano Krivičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine¹³, te krivičnog djela Zapuštanje i zlostavljanje djeteta koje je regulirano Krivičnim zakonikom Republike Srpske.¹⁴

Predstavljanjem i analizom ovih mehanizama teži se utvrditi koliko svaki od njih može doprinijeti stvarnoj zaštiti djeteta od zanemarivanja i zlostavljanja u porodici.

10 Podaci o prijavljenim slučajevima nasilja nad djecom su prikupljeni iz šest kantona, dok u četiri kantona (Srednjobosanski, Bosansko-podrinjski, Zapadno-hercegovački i Posavski) nisu zabilježeni slučajevi nasilja nad djecom. Ibid., str. 15.

11 Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH, Kombinovani drugi, treći i četvrti periodični izvještaj Bosne i Hercegovine o provođenju Konvencije o pravima djeteta, Sarajevo, 2009, str. 31.

12 Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH, Kombinovani peti i šesti periodični izvještaj Bosne i Hercegovine o provođenju Konvencije o pravima djeteta, Sarajevo, 2017, str. 18.

13 Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH), „Službene novine FBiH“, br. 36/2003, 21/2004 - ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017

14 Krivični zakonik Republike Srpske (KZ RS) „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 49/03,108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13 i 64/17, odnosno Krivični zakonik Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 64/17 od 13. jula 2017. godine, 15/21 i 89/21

2. Pojam zlostavljanja i zanemarivanja djeteta

Zlostavljanje i zanemarivanje djece je staro koliko i samo ljudsko društvo, ali nakon što je uočena sve veća učestalost pojavljivanja zlostavljanja i zanemarivanja, javila se i potreba za definisanjem tih pojmova. Prema definiciji Svjetske zdravstvene organizacije¹⁵ „zlostavljanje podrazumijeva svaki oblik tjelesnog i/ili emocionalnog zlostavljanja, seksualnog zlostavljanja, zanemarivanja i nemarnog postupanja ili iskorištavanja djece, što rezultira stvarnom ili potencijalnom opasnosti za djetetovo zdravlje, preživljavanje, razvoj ili dostojanstvo u kontekstu odnosa odgovornosti, povjerenja i moći.“

Postoji nekoliko osnovnih oblika zlostavljanja djece, a to su:

- tjelesno zlostavljanje: povređivanje koje dovodi do boli, modrica, porezotina, ožiljaka, opekotina, slomljenih kostiju i drugih povreda;
- seksualno zlostavljanje: seksualni komentari, seksualno milovanje, spolni odnos i drugi oblici iskorištavanja;
- zanemarivanje: životni uvjeti u kojima dijete ne dobiva dovoljno hrane, odjeće, medicinske skrbi i nadzora;
- psihološko zlostavljanje: propust roditelja ili skrbnika da udovolji djetetovim potrebama za ljubavlju i emocionalnom podrškom, te postupci kao što su ismijavanje, ponižavanje ili teroriziranje, koji oštećuju djetetovo kognitivno, emocionalno i socijalno funkcioniranje.¹⁶

Pored ove osnovne klasifikacije fenomenologije zlostavljanja djece, postoje i sljedeće kategorije psihičkog zlostavljanja i zanemarivanja djece: emocionalna nedostupnost, neodgovaranje i zanemarivanje; negativne i pogrešne atribucije u odnosu na dijete; razvojno neprikladne ili nekonzistentne interakcije s djetetom; neprepoznavanje ili nepriznavanje djetetove individualnosti i psiholoških granica i propuštanje da se podstiče socijalna prilagodba djeteta.¹⁷

Zlostavljanje i zanemarivanje djece utječe kasnije na rast i razvoj djeteta kao ličnosti, a posebno ima odraza na neurološki i intelektualni razvoj djeteta, školski uspjeh i životna očekivanja, socio - emocionalni razvoj, socijalne odnose i ponašanje, te u konačnici na mentalno zdravlje u cjelini.¹⁸

Također, bitno je naglasiti da zlostavljanje i zanemarivanje djece se mogu odvijati van porodice (u obrazovno-odgojnim ustanovama, raznim institucijama, na ulici,...), ali istraživanja pokazuju da su sve češći slučajevi zlostavljanja i zanemarivanja unutar porodice (procenat unutar porodičnog zlostavljanja čini 70 – 90% od svih registrovanih slučajeva).¹⁹

15 [Child maltreatment \(who.int\)](https://www.who.int) (7. 9. 2022.)

16 Berk, L. E., *Psihologija cjeloživotnog razvoja*, Jastrebarsko: Naklada slap, 2007, str. 267.

17 Glaser, D., “Emotional abuse and neglect (psychological maltreatment): A conceptual framework”, *Child Abuse & Neglect*, 26, 2002, str. 700.

18 Ajduković, M., Pečnik, N., “Zlostavljanje i zanemarivanje djece u obitelji”, *Rev. soc. polit., god. I, br. 3, Zagreb, 1994, str. 270.*

19 Simović, M., Spremo, M., “Zanemarivanje i zlostavljanje djece u porodici“, *Unapređenja kvaliteta života djece i mladih, Unapređenje kvalitete života djece i mladih*, [https://doisrpska.nub.rs > article \(25.](https://doisrpska.nub.rs/article/25)

Bitno je istaći da je definicija zanemarivanja djece veoma široko postavljena, te shodno tome, pod zanemarivanjem se podrazumijeva „negriža i propuštanje roditelja da zadovolji emocionalne i razvojne potrebe djeteta, uključujući potrebu za odgovarajućom ishranom, odjećom, smještajem, zdravstvenom brigom, obrazovanjem, intelektualnim poticanjem i emocionalnim razumijevanjem.“²⁰ Dakle, za razliku od zlostavljanja, zanemarivanje je propuštanje da se nešto učini, a ne neposredno nanošenje povrede ili štete djetetu. Shodno ovako postavljenoj definiciji, svaki se roditelj može zapitati da li ponekad zakazuje u zadovoljenju potreba svog djeteta, odnosno da li zanemaruje dijete. „Potrebno je naglasiti da se o zanemarivanju može govoriti tek kad nedostatak roditeljske brige ugrožava razvoj djeteta i njegovu psiho-socijalnu ravnotežu. Uz to, zanemarivanje (uostalom kao i zlostavljanje) jest pojam s ”relativnim” značenjem. Kriteriji za njihovu identifikaciju prilagođavaju se općoj kulturnoj razini, običajima, dominantnom sustavu vrijednosti, usvojenim modelima odgoja i zbrinjavanja djece.“²¹ Razlikuje se nekoliko oblika zanemarivanja, ovisno o dobi, odnosno razvojnim potrebama djeteta. Tjelesno zanemarivanje, kao oblik koji se najčešće prepoznaje, podrazumijeva propuštanje roditelja da zaštiti dijete od opasnosti, te da zadovolji djetetove osnovne tjelesne potrebe, uključujući odgovarajući smještaj, hranu i odjeću. Zdravstveno zanemarivanje predstavlja propuštanje roditelja da osigura djetetu neophodni medicinski tretman (npr. cijepljenje, lijekove, operativni zahvat). Ako roditelj ne slijedi standarde obrazovanja koje propisuje država (npr. obvezno osnovnoškolsko obrazovanje), govorimo o obrazovnom obliku zanemarivanja. Zanemarivanje na području mentalnog zdravlja odnosi se na odbijanje roditelja da omoguće preporučeni terapijski postupak djetetu s ozbiljnim emocionalnim ili bihevioralnim poremećajima. Zanemarivanje obično počinje vrlo rano, te ima kumulativni efekt na razvojne sposobnosti i ograničenja.²²

Kada bismo postavili pitanje zašto odrasli (roditelji, staratelji) zlostavljaju ili zanemaruju djecu, ne bismo mogli dati tačan odgovor, jer on ne postoji. Postoji cijeli niz različitih faktora i okolnosti koji mogu dovesti do toga da odrasli zlostavljaju djecu, kao npr. stres, socijalna izolacija roditelja, nezaposlenost, alkohol i droga, bračni konflikti među supružnicima, osjećaj da nemaju moć u odnosima s drugim ljudima ili činjenica da su i sami odrasli bili zlostavljani kao djeca.²³ Bez obzira na razloge, zlostavljanje i zanemarivanje djece u porodičnom okruženju, a naročito od njihovih roditelja, bez dileme, predstavljaju najteže oblike nasilja zbog specifičnosti njihovog

9. 2022.)

20 White, K.M., Snyder, J. Bourne, R. II. Newberger, E.H., Treating Family violence in a pediatrics hospital: A program of training, research and services, National Institute of Mental Health, Rockville, 1987.

21 Na prostorima bivše Jugoslavije to prilagođavanje kriterija oslikava tolerancija za (ne) brigu romske djece. Identičan model odgoja u drugim zajednicama ili skupinama smatra se grubim zanemarivanjem. Ajduković, M., Pečnik, N., *op. cit.*, str. 269 -270.

22 Hildyard, K. L. i Wolfe, D. A., Child neglect: Developmental issues and outcomes, *Child Abuse & Neglect*, 2020, str. 679-695.

23 Buljan Flander, G., Ćosić, I., “Prepoznavanje i simptomatologija zlostavljanja i zanemarivanja djece“, Udruga Hrabri telefon za zlostavljani i zanemarenu djecu, Poliklinika za zaštitu djece grada Zagreba, Psihološka medicina, (PDF) [Prepoznavanje i simptomatologija zlostavljanja i zanemarivanja djece \(researchgate.net\)](#) (7.9.2022.), str. 124.

odnosa, tj. upućenosti djeteta na brigu i pomoć roditelja u pogledu ostvarivanja svih njegovih prava. Pravni odgovor na pojavu zlostavljanja i zanemarivanja djeteta u porodici je normiranje odgovarajućih mjera odnosno sankcija kako u okviru porodičnog zakonodavstva tako i u okviru krivičnog zakonodavstva čija je „uloga fundamentalna u borbi protiv nasilja“²⁴.

U nastavku rada slijedi kraći osvrt na relevantne porodičnopravne i krivičnopravne norme.

3. Zlostavljanje i zanemarivanje djeteta u porodici – porodičnopravni aspekt

U okviru porodičnopravnog aspekta bit će predstavljena rješenja važećih porodičnih zakona u Bosni i Hercegovini koja se odnose na mogućnost izricanja preventivnih i represivnih mjera od nadležnog suda odnosno organa starateljstva kada roditelji svojim postupcima, ponašanjem ili propustima zanemare ili zlostavljaju dijete. Osim analize relevantnog pravnog okvira, rad će dati i prikaz jednog dijela provedenog istraživanja o tome koliko se navedena rješenja provode u praksi odnosno u kojoj mjeri nadležni organi posežu za porodičnopravnim mjerama zaštite djeteta.

3.1. Zlostavljanje i zanemarivanje djeteta u porodičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine

Uspostavljanjem roditeljskopravnog odnosa roditelji kao titulari roditeljskog staranja, dužni su vršiti čitav niz odgovornosti i dužnosti u svrhu ostvarivanja i zaštite ličnih i imovinskih prava djeteta. U prvom redu to je dužnost staranja o životu i zdravlju djeteta, njegovom odgoju i obrazovanju, zastupanju i izdržavanju. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine²⁵, između ostalog, normira i pravo djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zloupotrebe, zlostavljanja i zanemarivanja u porodici (čl. 127). Ova zaštita djetetu je zagantirana i na temelju odredbe koja zabranjuje nasilničko ponašanje članova porodice u porodici (čl. 4). Uz to, PZFBiH obavezuje roditelje da štite dijete od svih oblika nasilja, povreda, ekonomske eksploatacije i seksualne zloupotrebe koje nad njim provode druge osobe (čl. 134).²⁶ Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine²⁷ normira zabranu nasilničkog ponašanja u porodici – kako onog bračnih partnera, tako i bilo kojeg drugog njenog člana, a nasilničko ponašanje definira kao svako ponašanje koje ima obilježja krivičnog

24 Hrabar, D., Zanemarivanje i zlostavljanje djeteta u obitelji – pravni aspekti, *Dijete i društvo*, God. 3, br. 1-2, Zagreb, 2001., str. 29.

25 Porodični zakon Federacije BiH, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 35/05, 41/05 i 31/14. (u nastavku: PZFBiH).

26 Kao sankcija za podvrgavanje djeteta tjelesnom i duševnom nasilju, spolnom iskorištavanju, navođenju djeteta na društveno neprihvatljivo ponašanje te svakom drugom grubom kršenju prava djeteta roditeljima se u sudskom postupku izriče sankcija oduzimanja roditeljskog staranja (čl. 154, st. 1. i 2. PZFBiH).

27 Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 3/07. (u nastavku: PZBD).

djela nasilja u porodici definiranog krivičnim zakonodavstvom (čl. 3). Osim toga, po uzoru na PZFBiH, PZBD sankcionira pravo djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zlopotrebe, zlostavljanja i zanemarivanja u porodici (čl. 110) te jednaku sankciju za roditelje (oduzimanje roditeljskog staranja) za povredu ovog njegovog prava (čl. 136, st. 1. i 2). Da dijete uživa naročitu zaštitu društvene zajednice u slučaju kršenja njegovih prava izričito normira i Porodični zakon Republike Srpske²⁸ obavezujući sve organe, organizacije i fizička lica da bez odlaganja obavijeste organ starateljstva u pogledu djetetovih prava, naročito o nasilju, polnim zlopotrebama i zlostavljanju djeteta (čl. 13, st. 3.), odnosno obavezuje Republiku Srpsku da posredstvom nadležnih organa preduzme sve potrebne mjere za zaštitu djeteta od svakog oblika zanemarivanja, nasilja i zlostavljanja i od svake vrste eksploatacije (čl. 81v, st. 1.). Slično kao i druga dva porodična zakona, PZRS sankcioniše različite oblike nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja mogućnošću oduzimanja roditeljskog staranja (čl. 106).

Iz gore navedenih odredbi jasno proizlazi da su primarni adresati obaveze zaštite djeteta njegovi roditelji. Oni u najvećem broju slučajeva uspješno, savjesno i odgovorno izvršavaju sve sadržaje roditeljskog staranja, pa tako i pružaju neophodnu zaštitu djetetu od mogućeg nasilja, zlopotrebe i eksploatacije. Pri ostvarivanju ove veoma odgovorne zadaće, roditelji su, shodno standardu i načelu zaštite privatnog i porodičnog života, samostalni sve do trenutka kada postane, u većoj ili manjoj mjeri, ugroženo neko od prava djeteta. Zanemarivanje i zlostavljanje djeteta od roditelja, koji su ga dužni štiti, u teoriji se označava najtežim oblikom nasilja u porodici, upravo zbog djetetove osjetljivosti i zavisnosti od roditelja.²⁹ Riječ je o slučajevima u kojima je dijete potrebno zaštititi od njegovih roditelja.³⁰ Država tada interveniše u porodične odnose putem nekog od zakonom uspostavljenih porodičnopravnih mehanizama zaštite. Ovi mehanizmi su primarno normirani porodičnim zakonima, ali i važećim zakonima o zaštiti od nasilja u porodici, koji su ovom analizom izostavljeni. Step en ozbiljnosti povrede odnosno ugroženosti prava djeteta određuje i koji će od propisanih mehanizama zaštite biti primijenjen, odnosno koja će mjera biti određena roditelju koji je određenim radnjama, postupcima i/ili propustima zanemario ili zlostavljao dijete. Pri donošenju odluke o izboru mjere koja će se odrediti, nadležni organi (organ starateljstva ili sud) će se rukovoditi najboljim interesom djeteta koji u jednoj situaciji može npr. nalagati da se dijete izdvoji iz porodične sredine, dok će u nekoj drugoj nalagati da se npr. odredi mjera nadzora nad ostvarivanjem roditeljskog staranja.

28 Porodični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014 (u nastavku: PZRS)

29 Ljubojev, N., „Zlostavljanje deteta unutar porodice“, Norma, XIII, br. 1-2/2008, Pedagoški fakultet Univerziteta u novom Sadu, Somobor, 2008, str. 82.

30 Winkler, S., „Mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djece u komparativnom pravu: usporedba talijanskog pravnog sustava s hrvatskim obiteljskopравnim rješenjima“ u: Rešetar, B.; Aras, S. (ur.), *Represivne mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta (interdisciplinarni, komparativni i međunarodni osvrti)*, Pravni fakultet Osijek, 2014, str. 133.

Porodičnopravne mjere zaštite djeteta od zlostavljanja i zanemarivanja su: određivanje nadzora nad ostvarivanjem roditeljskog staranja, oduzimanje roditelju prava da živi sa djetetom, oduzimanje roditeljskog staranja (PZFBiH i PZBD), odnosno oduzimanje djeteta i oduzimanje roditeljskog prava i dužnosti (PZRS).³¹

Kada je riječ o zanemarivanju djeteta, u dijelu našeg porodičnog zakonodavstva (PZFBiH i PZBD) izvršeno je stepenovanje zanemarivanja, pa je s tim u vezi moguće izreći i različite mjere. Tako je moguće postupanja ili propuštanja roditelja klasificirati kao „zanemarivanje staranja o odgoju i zdravlju djeteta“ (ili obično zanemarivanje), „zanemarivanje u većoj mjeri“ podizanja, odgoja i obrazovanja djeteta i „grubo zanemarivanje“. U navedenim zakonima je izostalo normiranje šta se može (čak ni *exempli causa*) smatrati tzv. „običnim zanemarivanjem“. Prema mišljenju pojedinih pravnih teoretičara ključno obilježje takvih propuštanja jeste činjenica da su ona prvenstveno rezultat nesposobnosti roditelja odnosno neposjedovanja potrebnih znanja i vještina o odgoju djeteta, te izostanak krivice roditelja.³² Konačna procjena kvalifikacije prepuštena je organu starateljstva, odnosno sudu. Kada se procijeni da je se radi o običnom zanemarivanju pri kojem nije znatnije povrijeđen interes djeteta, u nadležnosti je organa starateljstva izricanje mjere nadzora nad ostvarivanjem roditeljskog staranja. Riječ je o korektivnoj mjeri kojom se nastoje otkloniti propusti roditelja u vršenju roditeljskog staranja. Nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog staranja će se izreći ako su roditelji zanemarili staranje o odgoju i zdravlju djeteta ili im je potrebna pomoć u odgoju djeteta (čl. 152, st. 1 PZFBiH). Tokom perioda nadzora (traje najkraće tri mjeseca), osoba koju je organ starateljstva ovlastio poduzimat će u skladu s predviđenim programom niz aktivnosti radi praćenja razvoja djeteta i kontroliranja postupaka roditelja, te o njihovim rezultatima uredno izvještavati organ starateljstva (čl. 152, st. 2. PZFBiH). Odlukom o određivanju nadzora nad ostvarivanjem roditeljskog staranja, roditelj ili roditelji će se obavezati na redovno posjećivanje organa starateljstva, odgojne ili zdravstvene ustanove, te na periodično obavještavanje o mjerama koje poduzimaju prema djetetu (čl. 152, st. 3. PZFBiH).

PZBD ne predviđa ovu mjeru, već samo mjeru upozorenje roditeljima na propuste i pružanje pomoći (čl. 134.). Shodno čl. 96. PZRS-a, stalni nadzor u pogledu pojedinog djeteta može biti određen ako to zahtijevaju opravdani interesi djeteta. Kako je uspjeh ove mjere bitno određen načinom njenog provođenja³³, zakonodavac je i ovdje izričito predvidio da će za vrijeme trajanja stalnog nadzora nad vršenjem roditeljskog prava organ starateljstva savjetima i drugim odgovarajućim metodama socijalnog rada pomagati roditelje u vršenju roditeljskog prava, pozivati roditelje radi dogovora o vršenju roditeljskog prava, obilaziti roditelje i djecu, pozivati roditelje i

31 Uz navedene mjere, predviđena je i mjera upozorenja na propuste i pružanje pomoći kao najblaža mjera koja se određuje u slučajevima u kojima su uočeni manji propusti u načinu vršenja roditeljskog staranja ili je potrebno pomoći roditeljima u sređivanju njihovih materijalnih prilika i ličnih odnosa (čl. 151. PZFBiH; čl. 134. PZBD; čl. 95. PZRS). Iako je riječ o najblažoj mjeri, ne smije se podcijeniti njen značaj u smislu preveniranja nastanka većih propusta u odgoju i podizanju djeteta, a time i situacija u kojima će radi zaštite interesa djeteta biti neophodno izreći strožije mjere.

32 S. Bubić, N. Traljić, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 199.

33 Bubić, S.; Traljić, N., *op. cit.*, str. 199.

djecu na redovne periodične sastanke u prostorijama organa starateljstva i slično (čl. 97, st. 2. PZRS).

Pravilno, savjesno i odgovorno izvršavanje sadržaja nadzora može biti od ključnog značaja, jer pružanje odgovarajućih informacija, stručne pomoći i podrške, savjetovanje i edukacija roditelja povećava mogućnost da roditelji spoznaju negativne posljedice njihovih postupaka ili propusta po odgoj i zdravlje djeteta i ujedno unaprijede svoje roditeljske vještine, te steknu znanja o efikasnijim, kvalitetnijim i u konačnici nenasilnim odgojnim metodama.³⁴ S druge strane, ova mjera značajna je za sprečavanje grube zloupotrebe roditeljskih ovlaštenja, odnosno zanemarivanja djeteta u većoj mjeri, što bi moglo rezultirati izricanjem strožih mjera koje u konačnici dovode do odvajanja djeteta od roditelja, odnosno izmještanja djeteta iz porodičnog okruženja.

Ukoliko mjera nadzora odnosno stalnog nadzora nad ostvarivanjem roditeljskog staranja ne rezultira otklanjanjem propusta i eliminiranjem uzroka koji su doveli do njenog izricanja, ili je s obzirom na okolnosti slučaja jasno da izricanje mjere nadzora ne bi polučilo očekivani rezultat, moguće je izreći mjeru oduzimanje roditelju prava da živi sa djetetom (PZFBiH) odnosno oduzimanje djeteta (PZRS) i povjeravanja njegovog čuvanja i odgoja drugoj osobi ili ustanovi. Riječ je o represivnoj mjeri čije je izricanje u nadležnosti suda. Ovu mjeru moguće je izreći jednom ili oba roditelja s kojim dijete živi, a koji ugrožava interes djeteta i *u većoj mjeri zanemaruje* podizanje, odgoj i obrazovanje djeteta ili ne sprečava drugog roditelja ili člana porodične zajednice da se na takav način ponaša prema djetetu. Osim toga, moguće ju je izreći i ako je došlo do većih poremećaja u odgoju djeteta (čl. 153, st. 1. PZFBiH; čl. 135, st. 1. PZBD).

Prema čl. 97, st. 1. PZRS-a, porodičnopravna mjera oduzimanje djeteta i njegovo povjeravanje drugoj osobi ili ustanovi će se izreći roditeljima ili roditelju s kojim dijete živi ako su zlostavljali dijete, ili zanemarili brigu o djetetu, zanemarili odgoj djeteta ili je kod djeteta došlo do poremećaja u odgoju. Za razliku od rješenja predviđenog u PZFBiH, za izricanje ove mjere nadležan je i organ starateljstva, ukoliko ne postoji sudska odluka o povjeravanju djeteta. Ovo rješenje je predmet kritike u domaćoj pravnoj teoriji, a ključni argument je njegova neusklađenost sa zahtjevima koje za države članice proizlaze iz čl. 9. KPD-a. Prema čl. 9, st. 1. KPD-a države članice su dužne osigurati da ni jedno dijete ne bude protiv svoje volje odvojeno od svojih roditelja osim kada nadležni organi na osnovu sudskog postupka, a u skladu sa odgovarajućim zakonom i procedurom, odluče da je razdvajanje nužno i u najboljem interesu djeteta.³⁵ Mišljenja smo da je zbog ozbiljnosti mjere odnosno njene posljedice prvenstveno po dijete, ali i roditelje, nužno *de lege ferenda* normirati isključivu nadležnost suda u Republici Srpskoj za određivanje svih mjera koje za posljedicu imaju razdvajanje djeteta od roditelja.

34 Miković, B., „Pravo djeteta na zaštitu od nasilja u porodici – porodičnopravni aspekti“, *Zbornik radova Dani porodičnog prava „Razvoj porodičnog prava - od nacionalnog do evropskog“*, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2013, str. 231.

35 Opširnije vidjeti u Radić, D., „Najbolji interes djeteta u relaciji djeteta sa roditeljima“, *Zbornik radova Dani porodičnog prava „Najbolji interes djeteta u zakonodavstvu i praksi“*, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“, Mostar, 2014, str. 106 – 108; Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 193.

U pravnoj teoriji se naglašava da je potrebno da dođe do zanemarivanja navedenih roditeljskih odgovornosti i dužnosti „u većoj mjeri“, te da je neophodan poseban oprez prilikom njenog izricanja na način da se za ovom mjerom poseže samo ako je odvajanje djeteta od roditelja neophodno i u djetetovom najboljem interesu.³⁶ Pretpostavka za izricanje ove mjere je široko postavljena što omogućava nadležnom sudu da njome obuhvati raznovrsne životne situacije, činjenice ili okolnosti.³⁷ Kako zakonom nije čak ni *exempli causa* navedeno šta se to može smatrati zanemarivanjem u većoj mjeri pomenutih roditeljskih dužnosti, zadatak suda nije nimalo jednostavan pri tumačenju navedenog pravnog standarda. Potrebno će biti pravilno izbalansirati najbolji interes djeteta s jedne strane koji posredno predstavlja i interes društva u cjelini i pravo roditelja na poštovanje privatnog i porodičnog života sa druge strane. Na temelju mišljenja izraženih u pravnoj teoriji i sudskoj praksi, zanemarivanje u većoj mjeri postoji ako se roditelji dovoljno ne staraju o djetetovoj ishrani, redovnom pohađanju nastave, higijeni, odijevanju, uslovima stanovanja, nekontroliranje djetetovog kretanja i aktivnosti izvan porodičnog okruženja.³⁸

Oduzimanje roditeljskog staranja je najteža porodičnopravna mjera koja se može izreći roditeljima zbog postojanja nepravilnosti u vršenju roditeljskog staranja. Zakonodavac je predvidio razloge uslijed čijeg postojanja je izricanje ove mjere obavezno i razloge zbog kojih je njeno izricanje moguće (ne i obavezno). Sud će izreći mjeru oduzimanja roditeljskog staranja roditelju koji zloupotrebom prava ili grubim zanemarivanjem svojih dužnosti, ili napuštanjem djeteta, ili nestaranjem o djetetu s kojim ne živi očito stavlja u opasnost sigurnost, zdravlje, ili moral djeteta ili koji ne zaštititi dijete od navedenog ponašanja drugog roditelja ili druge osobe (čl. 154, st. 1. PZFBIIH; čl. 136, st. 1. PZBD). Za razliku od prethodne dvije mjere, ovdje je izričito normirano da se pod zloupotrebom prava naročito podrazumijeva provođenje tjelesnog i duševnog nasilja nad djetetom, spolnog iskorištavanja djeteta, navođenja djeteta na društveno neprihvatljivo ponašanje, te grubo kršenje djetetovih prava na drugi način (čl. 154, st. 2. PZFBIIH; čl. 136, st. 2. PZBD). Normirano je i da se pod grubim zanemarivanjem dužnosti naročito podrazumijevaju slučajevi u kojima roditelj ne izvršava obavezu izdržavanja duže od tri mjeseca, ne pridržava se ranije određenih mjera radi zaštite prava i interesa djeteta, ne sprečava dijete u uživanju alkohola, droge ili drugih opojnih sredstava, niti sprečava kasne noćne izlaske djeteta mlađeg od 16 godina (čl. 154., st. 3. PZFBIIH; 136, st. 3. PZBD). Sa druge strane, sud može (ali ne mora) izreći ovu mjeru i u slučajevima u kojima u vrijeme izricanja blaže mjere (oduzimanje prava da živi s djetetom) taj roditelj nije izvršavao dužnosti i prava koja mu tom mjerom nisu prestala (npr. nije izdržavao, nije ostvarivao lične odnose i kontakte s djetetom) i nije stvarao uvjete za vraćanje

36 Bubić, S.; Traljić, N., *op. cit.*, str. 202-203.

37 Čop, M.; Svalina, I., „Obiteljskopравни aspekti izdvajanja djeteta iz obitelji“, *Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja*, vol. 48, no. 98, Udruga Pravnika, Zagreb, 2015, str. 144.

38 Loše higijenske, stambene i materijalne uvjete u kojima djeca žive, nepohađanje škole u školskoj dobi, bavljenje prosjačenjem i skitnjom, nadležni je sud okvalificirao kao zanemarivanje djeteta u većoj mjeri. Vidjeti: Rješenje Općinskog suda u Zenici br. 043-0-V-06-000177 od 15. 11. 2007. godine, navedeno prema Tadić, M. (ur.) *Praksa sudova u Bosni i Hercegovini u pogledu prava na privatni i porodični život, dom i prepisku*, Ustavni sud BiH – The Aire Centre, Sarajevo, 2021, str. 112.

prava da živi s djetetom odnosno ako nije stvarao uvjete za održavanje ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta s drugim roditeljem, ili ih je na različite načine sprečavao odnosno onemogućavao (čl. 154. st. 4. i 5. PZFBiH; čl. 136, st. 4. i 5. PZBD).

Sličnu regulaciju predviđa i PZRS. Shodno čl. 106, st. 1. PZRS, sud će u vanparničnom postupku oduzeti roditeljsko pravo roditelju koji zlostavlja dijete, zlorabljiva roditeljsko pravo, ili je napustio dijete, zanemario brigu o djetetu i zanemario svoje roditeljske dužnosti. Istovremeno je normirano da zlorabljiva roditeljskog prava, pored ostalog, obuhvaća i provođenje fizičkog i psihičkog nasilja nad djetetom (čl. 106, st. 2, t. 1. PZRS).

Prilikom poduzimanja porodičnopravnih mjera, nadležni organi trebaju biti rukovođeni načelom postepenosti.³⁹ Ovaj princip podrazumijeva da se prvo poduzimaju blaže mjere kojima se u manjoj mjeri zadire u pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, odnosno u manjoj mjeri ograničava autonomija volje roditelja i koje ne uključuju izdvajanje djeteta iz porodičnog okruženja. Ako se blažim mjerama ne može djetetu pružiti adekvatna zaštita, poduzimaju se strožije odnosno represivne mjere koje mogu uključivati i izdvajanje djeteta iz porodičnog okruženja.⁴⁰ Represivne mjere oduzimanja roditelju prava da živi sa djetetom i oduzimanja roditeljskog staranja, za osnovnu posljedicu imaju izdvajanje djeteta iz porodične sredine i povjeravanje čuvanja i odgoja djeteta drugoj osobi li drugoj ustanovu. Ključna razlika je u tome što kod oduzimanja roditeljskog staranja prestaju sva prava i obaveze roditelja kojem je ova mjera izrečena, osim obaveze izdržavanja djeteta. Oduzimanje roditelju prava da živi sa djetetom, ne podrazumijeva lišenje svih sadržaja roditeljskog staranja, već i dalje ostaje obaveza zastupanja, izdržavanja, staranja o imovini djeteta (ukoliko je dijete posjeduje), te obaveza održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata sa djetetom⁴¹.

Pregledom porodičnopravnih mjera zaštite djeteta od zlostavljanja i zamerivanja u porodici primjetna je široka upotreba pravnih standarda „zlostavljanje“, „zanemarivanje“, „zanemarivanje u većoj mjeri“ i „grubo zanemarivanje“. Poseban izazov predstavlja tumačenje „zanemarivanja“ i „zanemarivanja u većoj mjeri“, gdje zakonodavaca nije precizirao šta bi ono sve moglo i trebalo obuhvatiti, što čini nužnom primjenu vanpravnih metoda tumačenja uključujući, ali ne ograničavajući se na psihološke, medicinske i sociološke metode.

Sadržaj ovim standardima određuju nadležna tijela procjenjujući različite radnje, ponašanja, i postupanja roditelja. Njihov zadatak je izuzetno zahtjevan i odgovoran, obzirom da ponekad samo nijanse mogu biti odlučujuće da se dijete u određenoj situaciji odvoji od roditelja i povjeri drugoj osobi ili ustanovi. Pravilna primjena mjera ne ovisi isključivo od pravnog okvira već i od kapaciteta tijela i

39 S. Bubić, N. Traljić, op. cit., str. 193.

40 Opširnije vidjeti: O. Cvejić-Jančić, „Zabrana fizičkog kažnjavanja deteta – Prilog diskusiji povodom Prednacrta Građanskog zakonika Srbije“, *Pravni život*, br. 15/2015, Beograd, 2015, str. 14.

41 Održavanje ličnih odnosa i kontakata djeteta sa roditeljem s kojim ne živi je značajno za kontinuitet njihovog odnosa, i posredno može doprinijeti otklanjanju uzroka ili razloga zbog kojih je ova mjera izrečena. Također, sud je ovlašten rješenjem kojim izriče mjeru ove odnose ograničiti ili zabraniti ukoliko procjeni da je njihovo održavanje u većoj ili manjoj mjeri štetno po dijete.

organa koji su ih ovlašteni primjenjivati odnosno stepena educiranosti, znanja i vještina osoba koje postupaju u konkretnim slučajevima.

Može se zaključiti da je u slučajevima u kojima određena ponašanja, radnje, postupci ili propuštanja roditelja predstavljaju visok stepen rizika po djetetov fizički i psihički opstanak i socijalni razvoj, očigledno ukazuju na to da je odvajanje djeteta od roditelja neophodno.⁴² U svim drugim slučajevima, potrebno je izricanjem blažih mjera pokušati zaštititi interes djeteta.

3.2. Porodičnopravne mjere u praksi

Porodično zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini postavlja prilično jasne okvire za izricanje porodičnopravnih mjera zaštite djeteta onda kada su njihova lična prava i interesi u manjoj ili većoj mjeri ugrožena namjernim ili nenamjernim postupanjima i propustima roditelja. Međutim, stvarni domet zakonskih rješenja ovisi o tome u kojoj mjeri organ starateljstva i sud u svojoj praksi posežu za njihovim izricanjem i da li ih pravilno primjenjuju. Uz ranije navedene podatke koje je istražila i objavila institucija Ombudsmena o zastupljenosti različitih oblika nasilja nad djecom u porodici⁴³, čini se na ovom mjestu značajnim kratko osvrnuti na dostupne podatke dostavljene iz centara za socijalni rad iz Mostara i Banja Luke, a s obzorom na odnos prijavljenih slučajeva nasilja nad djecom i izrečenih mjera prema roditeljima u periodu od 2018. do 2021. godine. U navedenom razdoblju, Centar za socijalni rad Banja Luka je evidentirao 405 slučajeva nasilja nad djecom, među kojima dominira psihičko nasilje. Istovremeno, izrečene su svega 22 porodičnopravne mjere zaštite, od čega je u 16 slučajeva izrečena mjera nadzora nad ostvarivanjem roditeljskog prava, u šest slučajeva izrečena je mjera oduzimanja roditeljskog prava i dužnosti, a u četiri slučaja se radilo o izricanju zabrane održavanja ličnih odnosa i kontakata sa djetetom. Na temelju ovih podataka proizlazi da je u praksi najzastupljenija mjera nadzora nad vršenjem roditeljskog staranja, što upućuje na zaključak se poštuje princip postepenosti pri izricanju porodičnopravnih mjera i da je izdvajanje djeteta iz porodice mjera za kojom se poseže izuzetno.

Prema podacima Centra za socijalni rad Mostar, u istom periodu evidentirano je 199 slučajeva nasilja nad djecom. Izrečena su 24 mjere nadzora nad ostvarivanjem roditeljskog staranja, u devet slučajeva je Centar učestvovao u postupku za oduzimanje roditelju prava da živi sa djetetom zbog zanemarivanja djeteta, dok su u 62 slučaja evidentirana pisana upozorenja roditeljima. Interesantno je istaći da je u 137 slučajeva otac je bio počinitelj nasilja, dok je u 50 slučajeva to bila majka, ali da porodičnopravna mjera ni u jednom slučaju nije bila izrečena majci djeteta.

Komparacijom broja evidentiranih slučajeva nasilja nad djecom i broja izrečenih mjera porodičnopravne zaštite, može se zaključiti da je broj izrečenih mjera značajno manji, što ostavlja mogućnost za pretpostavku da se u prijavljenim slučajevima nasilja nad djecom u kojima nije izrečena porodičnopravna mjera, zaštita

42 Obretković, M., „Standardi porodičnopravne zaštite“, *Zaštita deteta od zlostavljanja – Priručnik za centre za socijalni rad i druge službe u lokalnoj zajednici*, Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, 2001, str. 44.

43 Vidjeti *supra* 1. Uvod

djeci pruža putem drugih mehanizama zaštite predviđenih u propisima o zaštiti od nasilja u porodici i/ili krivičnom zakonodavstvu ili putem pružanja pomoći porodici, odnosno roditeljima u sređivanju materijalnih i socijalnih prilika odnosno pomoći u liječenju.⁴⁴

4. Zlostavljanja i zanemarivanje djeteta u krivičnom zakonodavstvu BiH

Prema odredbi čl. 219, st. 1. Krivičnog zakona FBiH krivično djelo Zapuštanje ili zlostavljanje djeteta ili maloljetnika, čini roditelj, usvojitelj, staratelj ili druga osoba koja grubo zanemaruje svoje funkcije zbrinjavanja ili odgoja djeteta ili maloljetnika.⁴⁵ Prvo što uočavamo jeste da učinitelj djela može biti samo roditelj, usvojitelj, staratelj ili neka osoba čija se dužnost staranja zasniva na nekom pravnom osnovu. Radi se, dakle o vlastoručnom krivičnom djelu (*delictum proprium*). Kada govorimo o dužnosti roditelja, usvojitelja ili staratelja o zbrinjavanju i odgoju djece i maloljetnika, tada je jasno da takva obaveza proizilazi iz porodičnopravnih propisa. Međutim, kada govorimo o „osobama čija se dužnost staranja zasniva na nekom drugom pravnom osnovu“, tada takva dužnost može proizilaziti iz nekog drugog pravnog odnosa koji nije porodičnopravni, kao što je ugovor ili radni odnos. Posmatrajući s tog stanovišta, kao učinitelj se može pojaviti i maćeha, očuh, odgajateljica u vrtiću ili bilo koja osoba koja je prihvatila da djetetu pruži porodični smještaj. Ono što je bitno da bismo imali zadovoljen ovaj kriterij kod krivičnog djela Zapuštanje ili zlostavljanje djeteta ili maloljetnika, jeste da između djeteta i druge osobe koja je dužna da se stara o njemu postoji trajniji odnos koji je omogućavao staranje.

Što se tiče radnje učinjenja iz st. 1. čl. 219, ona se sastoji u grubom zanemarivanju dužnosti zbrinjavanja ili odgoja djeteta ili maloljetnika. Zakon, dakle, govori o „grubom“ zanemarivanju, što znači da je pojam „grubost“ sastavni dio bića ovog krivičnog djela, njegov je normativni element, ali ne mora momentalno značiti da je ponašanje učinitelja u takvim situacijama protupravno. Naime, sama grubost ogleda se u ozbiljnijem i težem zanemarivanju dužnosti, ali to ne znači da svako nemarno ili nesavjesno postupanje u svakom slučaju moraju predstavljati grubo zanemarivanje.⁴⁶ Da li i u kojem slučaju postoji takav intenzitet zanemarivanja dužnosti zbrinjavanja i odgoja djeteta ili maloljetnika, predstavlja faktičko pitanje koje sud cijeni u svakom konkretnom slučaju.⁴⁷ I sudska praksa je u tom smislu zauzela sljedeći stav:

44 Iziricanje krivičnih sankcija ne mora nužno istovremeno pratiti i određivanje porodičnopravnih mjera zaštite i obrnuto. To znači da npr. odgovornost roditelja za krivično djelo zapuštanja i zlostavljanja djeteta ne mora da bude praćena mjerom oduzimanja roditeljskog staranja, ukoliko postoje uslovi za rehabilitaciju porodice. Obretković, M.; Simović, I., Odnos između porodičnopravne i krivičnopravne odgovornosti, Žegarac. N. *et al.*, *op. cit.*, str. 75.

45

46 Tomić, Z., *Krivično pravo II, Posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 136.

47 Grubo zanemarivanje dužnosti zbrinjavanja postojalo bi u situacijama kada učinitelj propusti da se obezbijede osnovni uvjeti egzistencije djeteta ili maloljetnika, kao što su ishrana, stanovanje, liječenje, odijevanje ili kada roditelj odbija da radi, kad sav svoj prihod troši na neke druge aktivnosti (npr. na

„Krivično djelo zapuštanja maloljetnika postoji kada jedan roditelj grubo zanemari svoju dužnost zbrinjavanja i vaspitanja maloljetnika, bez obzira što se drugi roditelj stara o maloljetniku, tako da nije došlo do njegove zapuštenosti.“⁴⁸ Prema starijoj literaturi, a i sudskoj praksi⁴⁹, grubo zanemarivanje nije postojalo ako jedan od roditelja napusti porodicu, a svu brigu o maloljetnoj osobi preuzme drugi roditelj. Danas, ovaj oblik krivičnog djela postoji kada se jedan roditelj ne brine o djetetu ili maloljetnoj osobi, već je brigu preuzeo neki drugi roditelj ili organ starateljstva. I sudska praksa to potvrđuje: „Majka, koja je svog četverogodišnjeg sina ostavila njegovom nezaposlenom ocu, je zapustila dijete, zbog čega je ono moralo biti stavljeno pod starateljstvo.“⁵⁰

Ovim krivičnim djelom se ozbiljno ugrožavaju prava djeteta i maloljetnika na odgoj, razvoj, izdržavanje i školovanje.⁵¹ Osobe koje se navode kao učinitelji ovog krivičnog djela mogu prava djeteta ili maloljetnika ugroziti, reducirati na određeni način, kao što su nebriga o ishrani, odijevanju, školovanju, zdravlju djeteta ili maloljetnika. Zanemarivanje može biti objektivno ocijenjeno kao grubo s obzirom na njegov intenzitet, učestalost, posljedice i okolnosti pod kojima se vrši. Ali isto tako, može biti kvalifikovano kao grubo ukoliko učinitelj postupa sa motivima mržnje, sadizma, egoizma ili potpunom nezainteresiranošću za sudbinu djece koja su nezbrinuta ili čije je vaspitanje ugroženo.⁵² Zanemarivanje se može odnositi na zbrinjavanje, tako da se ne vodi briga o prehrani, njezi ili zdravlju djece, ili na odgoj, npr. vršenjem spolnih odnosa s više seksualnih partnera pred djetetom, ili silovanjem supruge na ponižavajući način pred djetetom.⁵³ Dakle, zanemarivanje se mora odnositi na elementarne dužnosti i mora biti ozbiljno i trajno, a ne samo prolazan i bezazlen propust. Mora se raditi o objektivno značajnom odstupanju od onog što se smatra normalnim.⁵⁴ U predmetu koji se vodio pred Općinskim sudom u Mostaru 2020. godine, a prema optužnici Kantonalnog tužilaštva Hercegovacko – neretvanskog kantona⁵⁵, tužilac je na teret optuženima (roditeljima dvogodišnjeg maloljetnog djeteta) stavio na teret krivično djelo Zapuštanje ili zlostavljanje djeteta ili maloljetnika iz čl. 219, st. 1. KZ FBiH, jer su optuženi „kritičnog dana u

izlaske, na kockanje). Grubo zanemarivanje dužnosti odgoja (vaspitanja) bi postojalo u situacijama kada roditelj svojim ponašanjem daje loš primjer djetetu ili maloljetniku (npr. bavi se prostitucijom ili kriminalom), ili kad odobrava asocijalno ponašanje djeteta (skitničenje, bježanje iz škole,...). Babić, M., Marković, I., *Krivično pravo, Posebni dio*, Peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2018, str. 151.

48 Presuda Vrhovnog Suda Jugoslavije, Kz br. 95/64

49 Odluka okružnog suda u zagrebu, Kž-571/82

50 Presuda Općinskog suda u Zagrebu, Kzm- 65/00

51 „Roditelji su grubo zanemarili dužnost zbrinjavanja i vaspitanja i zapustili su svoju maloljetnu djecu na taj način što djecu nisu upisali u osnovnu školu, niti su im obezbijedili zdravstvenu zaštitu jer maloljetnici nemaju zdravstvene knjižice, niti su ikada i bili kod ljekara na redovnom lecarskom pregledu.“; Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 3095/2006

52 Babić, M., Marković, I., *op. cit.*, str. 150 – 151.

53 Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, I Kž-1069/03; *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i prasku*, broj 2/2005, Zagreb, 2005, str. 889 – 892.

54 Novoselec, P., *Posebni dio kaznenog prava*, Drugo neizmjenjeno izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2011, str. 209.

55 Optužnica Kantonalnog tužilaštva HNK, T07 0 KT 0027019 19 od 15. oktobra 2020. godine

jutarnjim satima, u porodičnoj kući u kojoj žive u vanbračnoj zajednici zajedno sa svojim dvogodišnjim djetetom, grubo zanemarili svoju funkciju zbrinjavanja djeteta, na način da su na djetetu dostupnom mjestu ostavili bočicu sa sadržajem metadona, koji oboje koriste kao terapiju propisanu od Centra za prevenciju i izvanbolničko liječenje od ovisnosti, kao ovisnici o heroinu, iako su bili svjesni i pristali na mogućnost da dijete konzumira sadržaj metadona iz bočice. Dijete je popilo ostatak sadržaja metadona iz bočice, uslijed čega nije mogao stajati, povremeno upadao u san, te mu je u KB „Safet Mujić“ Mostar utvrđeno prisustvo metadona u urinu, nakon čega mu je provedena detoksična terapija u vidu ispiranja želuca i davanja antidota.“ Dakle, optuženi su svojim ponašanjem grubo zanemarili svoju ulogu roditelja, na način da nisu brinuli o zdravlju djeteta.

Objekt krivičnopravne zaštite je dijete ili maloljetnik, dakle osoba do navršenih 18 godina života. Pasivni subjekt može biti i osoba starija od 18 godina ukoliko se radi o osobi nad kojom se ostvaruje roditeljsko staranje i nakon punoljetstva.⁵⁶ Za krivičnu odgovornost potreban je umišljaj koji se ogleda u grubom zanemarivanju funkcija zbrinjavanja ili odgoja djeteta ili maloljetnika. Propisana kazna je zatvor od tri mjeseca do tri godine.⁵⁷

Istom kaznom zatvora, od tri mjeseca do tri godine, kaznit će se roditelj, usvojitelj, staratelj ili druga osoba koja zlostavi dijete ili maloljetnika, prisili ga na rad koji ne odgovara njegovoj životnoj dobi ili na pretjerani rad, ili na prosjačenje, ili ga iz koristoljublja navodi na ponašanje koje je štetno za njegov razvoj. Iz navedene zakonske definicije se vidi da se kao učinitelji mogu javiti iste osobe koje su predviđene i st. 1., čl. 219 kao učinitelji djela.

Radnja učinjenja iz st. 2. je postavljena alternativno, dakle kao:

- zlostavljanje;
- prisiljavanje na rad koji ne odgovara životnoj dobi djeteta ili maloljetnika;
- prisiljavanje na pretjerani rad;
- prisiljavanje na prosjačenje i
- navođenje djeteta ili maloljetnika iz koristoljublja na neko ponašanje koje je štetno za njegov razvoj.

Kada se govori o zlostavljanju misli se na postupke kojim se kod djeteta ili maloljetnika nanose fizičke ili psihičke patnje jačeg intenziteta⁵⁸, ali također, se ne mora raditi o nanošenju tjelesnih ozljeda i o narušenju zdravlja. Takvi postupci se ne mogu pravdati na način da se predstave kao disciplinske mjere u odgoju djeteta

⁵⁶ PZ FBiH, čl. 158, st. 1.

⁵⁷ Kaznenim zakonom Republike Hrvatske (Kazneni zakon Republike Hrvatske – KZ RH, Narodne novine, br. 125/11, 144/12), čl. 177, propisano je kazneno djelo Zanemarivanje i zloropaba djetetovih prava. Već pri samom pogledu na naslov člana uočljiva je razlika u odnosu na bosanskohercegovačko krivično zakonodavstvo. Prije svega, hrvatski KZ govori o zloropotrebi djetetovih prava, što smatramo boljim zakonskim rješenjem od našeg, iz razloga jer smo već ranije istakli da se radi o zloropotrebi i roditeljskih prava i obaveza, kao i o zloropotrebi djetetovih zagarantovanih prava.

⁵⁸ “*Optuženi, koji je svog sina, starog 6 godina, udarao nogama i rukama po tijelu i glavi, a zatim uhvativši ga rukama za glavu, njegovom glavom udarao od zid prostorije, pri čemu je oštećeni zadobio teške tjelesne povrede, tj. teški potres mozga i krvarenje između moždane ovojnice, počinio je kazneno djelo zapuštanje i zlostavljanje djeteta ili maloljetne osobe iz čl. 213, st. 1. i 2. Krivičnog zakona Republike Hrvatske.*“; Presuda Vrhovnog suda RH, I Kž-522/1998-5 od 11. septembra 2001. godine

ili maloljetnika.⁵⁹ Tu zapravo dolazi do prekoračenja roditeljskih prava, gdje kao primjer može poslužiti učestalo vrijeđanje djeteta ili maloljetnika koje predstavlja oblik psihičkog zlostavljanja, ili kod prisiljavanja na rad misli se na rad koji ne odgovara životnoj dobi djeteta ili maloljetnika, prije svega noćni rad.⁶⁰ I sudska praksa je po tom pitanju zauzela stav.⁶¹

Dakle, radi se o očigledno grubom postupanju sa djetetom koje ozbiljno prelazi granice dozvoljenog disciplinskog kažnjavanja djeteta ili razumnog postupanja u njegovom odgoju. Obično se za zlostavljanje kaže da prevazilazi prosječne disciplinske mjere, a sastoji se u nanošenju fizičkog ili psihičkog bola (u literaturi se u smislu motivacionog mehanizma razlikuju, pored prekoračenja kažnjavanja kao disciplinske mjere, i afektno stanje i smišljeno i namjerno zlostavljanje). Stoga su predmet krivičnog gonjenja samo ekstremni slučajevi koji se graniče sa sadističkim izživljivanjem ili su doveli do težeg povređivanja djeteta. „Procjena adekvatnosti ‘disciplinskog kažnjavanja’ u doktrini se kreće od zabrane takvog kažnjavanja do stava da djelo postoji samo u ‘prekoračenju’, dok ponašanje u granicama dozvoljenog isključuje protivpravnost djela. Procjena neadekvatnosti rada u odnosu na uzrast ili težinu je faktička (pojedinačna). Posljedica je ugrožavanje standardnog stanja djeteta.“⁶²

Prinudavanje na prosjačenje također, podrazumijeva upotrebu sile ili prijetnje prema djetetu kako bi se ono prinudilo da prosi, bez obzira na kojem mjestu će prositi, da li na semaforima, po stambenim zgradama, trgovima, mostovima, trgovinama, itd.

Pod navođenjem djeteta ili maloljetnika na vršenje nekih radnji iz koristoljublja, kao primjer može poslužiti npr. navođenje djeteta da svira ili pjeva na nekim javnim mjestima ili da pleše u kafanama.

Za krivičnu odgovornost je potreban umišljaj, a kao pasivni subjekt se javlja dijete ili maloljetnik, te učinitelj može biti bilo koja osoba koja je navedena u st. 1., čl. 219 KZ FBiH.

Propisana sankcija je kazna zatvora u trajanju od tri mjeseca do tri godine.

Odredbom st. 3., čl. 219 propisan je kvalificirani oblik ovog krivičnog djela koji postoji ako je krivičnim djelom iz st. 1. i 2. dijete ili maloljetnik teško tjelesno

59 „Dijete staro 12 godina je zlostavljano od oca na taj način što ga je ovaj tukao kablom i pesnicom po glavi, vješao za noge i tako ostavljao da visi, te mu zabranjivao kretanje. Na taj način je okrivljeni učestvovao u zlostavljanju svoga sina primjenjujući prema njenu neadekvatne i surove mjere koje ne odgovaraju svrsi vaspitanja i pravilnog razvoja.“; Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 216/2005
60 Tomić, Z., *op. cit.* str. 137.

61 „Okrivljeni je izvršio tri krivična djela zapuštanja i zlostavljanja maloljetnog lica tako što je troje svoje maloljetne djece u periodu njihovog maloljetstva, a počev od njihove osme godine života kao njihov otac zlostavljao i prinudavao na pretjerani rad koji nije odgovarao njihovom uzrastu na taj način što je sve troje dece primoravao da rade u krečani gde je on unaprijed za novac dogovarao poslove, pa su tako oštećeni obavljali razne teške i po zdravlje štetne fizičke poslove kao što su: loženje peći, grijanje kamena, vađenje i skladištenje kreča od ranog jutra do večeri, a često i tokom noći. Pri tome se nije obazirao na to što je jedna njegova kćerka od ranog djetinjstva oštećenog sluha, a sin je kao dijete doživio dječji frasi i od tada je redovno koristio lijekove, a novac od poslodavca krečane je lično naplaćivao i zadržavao.“; Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž. 5590/2011

62 Žegarac, M. *et al.*, Zaštita djeteta od zlostavljanja, priručnik za Centre za socijalni rad i druge službe u lokalnoj zajednici, Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, str. 56.

ozlijeđen, ili mu je teško narušeno zdravlje, ili se zbog krivičnog djela iz st. 1. ili 2. ovog člana djeteta ili maloljetnik odao prosjačenju, prostituciji ili drugim oblicima asocijalnog ponašanja ili delikvenciji. Radnja kvalificiranog oblika krivičnog djela Zapuštanje ili zlostavljanje djeteta ili maloljetnika je alternativno postavljeno. Dovoljno je da je dovršena bilo koja od ovih radnji da bi djelo bilo dovršeno. U ovim situacijama pojam teške tjelesne ozljede ili teškog narušenja zdravlja treba tumačiti u skladu sa tumačenjem krivičnog djela teške tjelesne povrede.⁶³ Kod kvalificiranog oblika ovog krivičnog djela potrebno je tumačiti pojedine alternativne radnje učinjenja djela. Tako bi se pod pojmom „drugi oblici asocijalnog ponašanja“ mogla podvesti sljedeća ponašanja djeteta ili maloljetnika: neredovno pohađanje nastave u školi, izbjegavanje rada, posjećivanje određenih mjesta koja su neprimjerena za djecu ili maloljetnike, skitničenje, kao i svako drugo ponašanje koje predstavlja odstupanje od uobičajenog u datoj društvenoj sredini. Kao primjer kvalificiranog oblika može se navesti „*očevo zlostavljanje koje je dovelo do psihotraumatizacije djeteta u vidu emocionalne reakcije tipa tjeskobe i depresije, patološkog straha od oca, osjećaja ljutnje i srama, poremećaja spavanja, niskog samopouzdanja i osjećaja manje vrijednosti, što predstavlja teško narušenje zdravlja.*“⁶⁴

S obzirom da je djelo kvalificirano težim posljedicama, potreban je i drugačiji pristup u vezi krivične odgovornosti. Tako ovaj kvalificirani oblik djela može biti učinjen i umišljajno i nehatno. Ako se radi o teškoj tjelesnoj ozljedi i teškom narušenju zdravlja onda na strani učinitelja postoji nehat, a ako se radi o odavanju prosjačenju, prostituciji ili drugim oblicima asocijalnog ponašanja, onda kod učinitelja može postojati umišljaj ili nehat.

Propisana sankcija za ovaj oblik djela prema KZ FBiH je kazna zatvora u trajanju od tri mjeseca do pet godina.⁶⁵

U Krivičnom zakoniku Republike Srpske, čl. 187 propisano je krivično djelo Zapuštanje i zlostavljanje djeteta. Ovo krivično djelo u Republici Srpskoj u odnosu na djelo popisano KZ-om FBiH se razlikuje samo u nazivu djela (gdje je izostavljen pojam maloljetnika), te u sankciji koja je propisana za teži, kvalificirani oblik djela.

63 Babić, M., Marković, I., *op. cit.*, str. 152.

64 Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, I KŽ-1069/03, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, broj 2/2005, Zagreb, 2005, str. 889 – 892.

65 Nešto drugačije rješenje nalazimo u komparativnom pravu Republike Hrvatske gdje je za ovaj oblik djela propisana sankcija kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina. Odmah se uočava razlika u pogledu kaznene politike, jer je propisana teža sankcija u odnosu na naše krivično zakonodavstvo. Također, ova odredba hrvatskog KZ-a sadrži i generalnu klauzulu koja se odnosi na to da učinitelj „na bilo koji drugi način može zloupotrijebiti djetetova prava“, što je dakle ostavljeno sudu da u svakom konkretnom slučaju procijeni koji su to drugi načini zloupotrebe djetetovih prava. Ono što je naročito važno istaći jeste i odredba st. 4. čl. 177, hrvatskog KZ-a, kojom je propisano da ukoliko roditelj, usvojitelj, skrbnik ili druga osoba prouzrokuje smrt djeteta, kažnjava se kaznom zatvora od tri do petnaest godina. Dakle, za razliku od našeg krivičnog zakonodavstva predviđa se i najteža kvalifikatorna okolnost, a to je kada nastupi smrt djeteta, što smatramo dobrom odredbom koju je hrvatsko krivično zakonodavstvo unijelo u svoj Kazneni zakon zadnjim izmjenama i dopunama.

U RS-u propisana kazna za kvalificirani oblik djela Zlostavljanje i zapuštanje djeteta je zatvor u trajanju od jedne do osam godina.⁶⁶

Krivični zakon Brčko Distrikta BiH⁶⁷ u čl. 216 sadrži identičnu odredbu kao i KZ FBiH.

5. Zaključak

Analiza pravnih mehanizama zaštite djeteta od zlostavljanja i zanemarivanja u porodici uspostavljenih u porodičnom i krivičnom zakonodavstvu je pokazala da je postojeći pravni okvir u velikoj mjeri usklađen sa standardima zaštite ljudskih prava odnosno prava djeteta, te da nema većih odstupanja u odnosu na rješenja sadržana u dijelu uporednog zakonodavstva. Kada je riječ o porodičnom zakonodavstvu, postoji potreba za određenim korekcijama u Porodičnom zakonu RS, a tiču se jasnog propisivanja isključive nadležnosti suda u određivanju mjere oduzimanja djeteta, obzirom da prema postojećem rješenju to može biti i nadležnost organa starateljstva u slučajevima kada o tome ne postoji odluka suda. Time bi se postojeći pravni okvir u potpunosti uskladio sa članom 9. KPD na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine. Obzirom da nisu ustanovljene veće manjkavosti pravnog okvira, čini se da uzroke visoke stope zlostavljanja i zanemarivanja djece u praksi treba tražiti u njegovoj neblagovremenoj, nepotpunoj ili nepravilnoj primjeni i shodno tome preduzeti odgovarajuće aktivnosti u pravcu preveniranja ovih slučajeva, odnosno jačanju kapaciteta centara za socijalni rad, kao i edukaciji svih osoba koje u okviru odgojno-obrazovnog procesa rade sa djecom kako bi bili u stanju prepoznati zanemareno ili zlostavljano dijete i pravovremeno reagovati.

Kada je riječ o krivičnopravnoj zaštiti djece od zlostavljanja i zanemarivanja, bosanskohercegovačko zakonodavstvo ne zaostaje za zakonodavstvima Evropske unije. Međutim, dobar pravni okvir, kako u domenu porodičnopravne, tako i u domenu krivičnopravne zaštite ne znači da nema slučajeva zlostavljanja i zanemarivanja djece. Naprotiv, štetnost i raširenost krivičnog kažnjavanja djece danas globalno u svijetu su dokazani. Najučinkovitiji način rješavanja problema zlostavljanja unutar porodične zajednice jeste primarna prevencija koja se može ostvariti na način da se radi na konstantnom uklanjanju društvenih normi koje generalno nasilje u porodici i zlostavljanje predstavljaju kao nešto legitimno. Smatramo da je jako važno senzibilizirati društvo na način da svi, a posebno profesionalci koji rade s djecom, obraćaju više pažnje na simptome i rizične faktore zlostavljanja i zanemarivanja djece. Svako dijete ima jedinstveno iskustvo zlostavljanja i shodno tome potrebno je da ima i individualan tretman, prilagođen samo njemu, kao i adekvatnu podršku.

66 Odredba st. 3. čl. 177 KZ-a RH je ista kao i odredba st. 3. čl. 187 KZ RS-a, čak i u pogledu krivične sankcije.

67 Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – KZ BD, Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 10/03, 6/05, 21/10, 47/11, 52/11, 33/11, 9/13, 33/13, 47/14, 26/16, 13/17 i 50/18

Ramajana Demirović, LL. D., Associate Professor
Pravni fakultet Univerziteteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Sunčica Hajdarović, LL. D., Assistant Professor
Pravni fakultet Univerziteteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

CHILD ABUSE AND NEGLECT IN THE FAMILY - FAMILY LAW AND CRIMINAL LAW ASPECT

Summary: Starting from international documents on the protection of human rights and children's rights, the authors analyze the Bosnian legal framework for regulating the issue of protecting children from abuse and neglect in the family environment. Despite the numerous international and domestic legal acts affirming the rights of the child and the obligation of their special protection, the presence of abuse or neglect of children by parents, guardians or other family members in practice is confirmed by various reports of competent bodies and authorities that in their practice encounter this issues, as well as reports of non-governmental organizations that deal with the promotion and protection of children's rights. In addition, a special problem is represented by the so-called the "dark figure" of committed crimes that often remain undetected. In this work, the scientific treatment of child abuse and neglect in the family is based on the analysis of family and criminal legislation and practice. Through a comprehensive analysis of family law measures and criminal acts of child abuse and neglect, the authors try to determine their overall contribution to the actual protection of children in the family, the degree of their mutual compliance, identify possible reasons for the discrepancy between the proclaimed and codified protection of children's rights and the presence of various forms of abuse and neglect, and offer proposals for improving the child protection system through the relevant legal framework, as well as through its application in practice.

Key words: child rights, child neglect, deprivation of parental care, corporal punishment, violence against children, Convention on the Rights of the Child.

PRETHODNO SAOPĆENJE

LEGAL STATUS OF SAME-SEX PARTNERS IN ADOPTION PROCEDURE: RECENT DEVELOPMENTS IN SLOVENIAN LAW

Abstract: In June 2022, the Constitutional Court of the Republic of Slovenia delivered two landmark decisions with major implications for the non-discrimination of same-sex partners. The existing regulation that defined marriage as a union of two persons of different sex and prevented same-sex partners from jointly adopting a child was found to be inconsistent with the Slovenian Constitution, and the legislator was ordered to remedy the established unconstitutionality within six months. In the meantime, marriage is now considered to constitute a life union of two persons regardless of their sex, and same-sex partners living in a formal civil union may jointly adopt a child under the same conditions as spouses. The paper discusses these decisions with a focus on the rights of same-sex couples in the adoption procedure. It presents the legal background, analyses the reasoning, and explains the expected consequences.

Keywords: joint adoption, same-sex civil union, the right to equal treatment, the best interest of a child, review of constitutionality.

1. Introduction

In the Republic of Slovenia (hereinafter: RS), legal regulation of same-sex unions has been gradually but steadily developing in the direction of equal treatment, eventually reaching a point where same-sex partners in formal and non-formal civil unions were recognised the same rights as married or cohabiting partners of different sex, respectively, with some notable exceptions that have long been subject to controversy. The remaining differences were mainly a result of a parallel system established by the Civil Union Act (*Zakon o partnerski zvezi*, hereinafter: ZPZ),¹ which explicitly banned same-sex partners from jointly adopting a child (no such prohibition applied for the so-called unilateral adoption, see below), and the Infertility Treatment and Procedures of Medically-Assisted Reproduction Act (*Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo*, hereinafter: ZZNPOB),² which likewise explicitly banned same-sex partners from accessing medically-assisted reproduction procedures. On 16 June 2022, the Constitutional Court of the RS delivered two decisions concerning the (un)equal treatment of same-sex partners in proceedings to review the constitutionality of the existing regulation, with decisive consequences for the first of these issues, the joint adoption. As this was arguably the most impactful recent step in the prevention of

1 Official Gazette of the RS, No. 33/16 and 94/22 – odl. US.

2 Official Gazette of the RS, No. 70/00 and 15/17 – DZ.

discrimination in the RS, the paper will focus on the analysis of these decisions by presenting the status and rights of same-sex partners under legal regulation prior to the delivery of decisions, the content of decisions and arguments presented by all sides participating in respective proceedings, reasoning and arguments provided by the Constitutional Court to justify their decision, as well as the expected outcome of subsequent legislative procedure and the impact of analysed decisions.

2. Regulation of Same-Sex Adoption in Slovenia

The first legal act regulating same-sex unions in the RS was the Same-Sex Civil Partnership Registration Act (*Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti*, hereinafter: ZRIPS),³ which was adopted on 22 June 2005 and applied since 23 July 2006. ZRIPS regulated the so-called registered same-sex civil partnerships (i.e. a union of two women or two men who registered their union before the competent authority, Article 2 of ZRIPS) and legal consequences arising from such unions but failed to address non-registered same-sex partnerships. Partners in registered same-sex civil partnerships were granted certain rights and obligations (e.g. maintenance, joint property, housing, succession, information about partner's health, visiting rights in hospitals) but not to the same extent as married spouses, and they were not allowed to adopt. ZRIPS did not state this explicitly, but as the issue of adoption was also not expressly regulated within this act, general family-law legislation applied. Under the Marriage and Family Relations Act (*Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih*, hereinafter: ZZZDR),⁴ which was valid at the time, only married spouses were allowed to adopt a child together, or one spouse was allowed to unilaterally adopt a child of the other spouse (Articles 135 and 138 of ZZZDR). Neither cohabiting partners of different sex nor same-sex partners in a union of any kind were allowed to adopt a child.

In 2011, the National Assembly of the RS adopted a new Family Code, which was a result of several years of preparations, discussions and coordination between various shareholders, with the aim of reforming and modernising Slovenian family law and bringing it in line with international trends and developments (e.g. introducing the principle of the best interest of a child, redefining family as a community of a child and parent(s) or other adult(s) taking care of the child, establishing a new system of measures to protect the best interest of the child). It also introduced the new regulation of same-sex union and same-sex cohabitation and allowed for one partner in a same-sex union or same-sex cohabitation to unilaterally adopt the child of the other partner. On the other hand, it still prohibited same-sex partners from jointly adopting a child.⁵ Nevertheless, this was enough for a large-scale outrage, especially

³ Official Gazette of the RS, No. 65/05, 55/09 – odl. US, 18/16 – odl. US, 33/16 – ZPZ and 68/16 – ZPND-A.

⁴ Official Gazette of the RS, No. 69/04 – official consolidated text, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US, 15/17 – DZ and 30/18 – ZSVI.

⁵ For more on the most important changes accompanying the reform, see the documents and explanations by the Ministry of Labour, Family and Social Affairs, available at <<http://web.archive>.

by the more conservative parties, which opposed several changes, although the focus of contention was definitely on provisions regulating the rights of same-sex partners, especially those related to adoption. On 25 March 2012, a referendum was held, where 45.45% of participating voters voted for the adoption of the new Family Code, while 54.55% voted against (with only 30.31 % of eligible voters actually voting at the referendum altogether).⁶ As a result, the law was repealed.

In 2015, an act amending ZZZDR was adopted by the National Assembly of the RS as the second attempt to define marriage as a legally regulated life union of two persons (instead of a husband and a wife). The amendment would allow same-sex partners to enter into marriage under the same conditions as different-sex partners and grant them equal rights and obligations arising from the such union, including those concerning adoption. Following another major backlash, led by (mostly) the same opposing parties, which rested heavily on the argument that same-sex adoption would be detrimental to the best interest of a child, another referendum was held on 20 December 2015 on whether the amending act should be adopted or not. The referendum was once again successful, and the amending act was repealed, with 36.49% of participating voters voting for and 63.51% voting against the adoption of the amending act (with only 36.38 % of eligible voters voting at the referendum altogether).⁷

With ZRIPS not keeping up with contemporary legal and social developments, it was replaced on 24 February 2017 by ZPZ,⁸ which regulated two forms of same-sex unions: formal civil unions and non-formal civil unions. Under Article 2 of ZPZ, a (formal) civil union is a domestic community between two women or two men and has the same legal consequences as marriage in all legal spheres unless otherwise provided by ZPZ. The third paragraph of Article 2 then further stated that civil union partners cannot adopt children together and shall not have the right to bio-medically assisted procreation. Instead of listing and defining each right recognised to same-sex partners in civil unions, ZPZ thus opted to refer to the general act regulating marriage⁹ and listed exceptions instead. Consequently, the formal civil union was brought much closer in substance to marriage, with said exceptions and with a different designation. Furthermore, unlike ZRIPS, ZPZ also regulated a non-formal civil union, i.e. a long-term domestic community between two women or two men who have not formalised a civil union, but there are no reasons for the civil union between them to be invalid.¹⁰ Such union has the same legal consequences for

org/web/20110926104357/www.mddsz.gov.si/si/delovna_podrocja/druzina/zakonska_zveza_in_druzinska_razmerja/druzinski_zakonik1/ (accessed on 10 September 2022).

⁶ For more, see the State Election Commission's report and statistics concerning referendum, available at <https://www.dvk-rs.si/volitve-in-referendumi/referendumi/volitve-referenduma/zakonodajni-referendum-o-druzinskem-zakoniku/> (accessed on 10 September 2022).

⁷ For more, see the State Election Commission's report and statistics concerning referendum, available at <https://www.dvk-rs.si/volitve-in-referendumi/referendumi/volitve-referenduma/referendum-o-zzzdr-d/> (accessed on 10 September 2022). The report on the results of referendum was also published in the Official Gazette of the RS, No. 13/16.

⁸ ZPZ was adopted on 21 April 2016 and became applicable on 24 February 2017.

⁹ When ZPZ came into force, marriage and family relations were still regulated by ZZZDR.

¹⁰ The decision on the existence of non-formal civil union can only be issued in a procedure where

partners as if they had formalised their civil union and the same legal consequences as cohabitation in those legal spheres where cohabitation has legal consequences unless otherwise provided by ZPZ (Article 3 of ZPZ). Again, ZPZ explicitly provided in the fourth paragraph of Article 3 that partners living in a non-formal civil union cannot adopt children together, nor do they have the right to bio-medically assisted procreation.

The currently valid Family Code (*Družinski zakonik*, hereinafter: DZ)¹¹ applies from 15 April 2019, when it replaced ZZZDR as a general act regulating rights and obligations related to family and family life.¹² To avoid another referendum but to still address other pertinent legal issues, especially those related to the protection of children and their best interest, the legislator avoided the most controversial issues and retained definitions of marriage and cohabitation as a union of a man and a woman;¹³ however, it expanded the circle of potential adoptive parents to include cohabiting partners (of different sex). Under Article 213 of DZ, spouses or cohabitants may adopt a child only jointly, except in cases where one of them adopts the child of their spouse or cohabitant. By exception, a single person who is not married or cohabiting may adopt a child in cases where this is in the child's best interests. Applicants wishing to apply for adoption (spouses, cohabitants or individuals) are required to lodge with a social work centre a written application in which they express their wish to adopt (Article 223 of DZ). Both articles purposefully omit same-sex partners when listing possible candidates for adoptive parents.

Even though Slovenian legislation evidently contains no provisions that would permit the adoption of a child by same-sex partners and even explicitly bans joint adoption by such couples, some deviations from the general prohibition of adopting have already developed in Slovenian case law, and some more permissible solutions are advocated for in literature. In 2010, the Supreme Court of the RS upheld a decision delivered by the District Court in Ljubljana on the recognition of the US court (New Jersey) decision, by which the latter finalised the adoption of a girl by same-sex partners holding Slovenian and American citizenship. The Supreme Court emphasised that the decision under review was not a decision concerning the adoption of a child by same-sex partners but merely a decision concerning the recognition of a final foreign decision, which was already enforced in the state of origin (the girl lived with adoptive parents since her birth and they were solely responsible for her care). It argued that while it would be possible to reject the recognition of a foreign judgement on the grounds of public order, such conditions were not met.

a decision on a right or obligation depends on the existence of such union, with legal effect only in the matter in which the issue was resolved. See the third paragraph of Article 3 of ZPZ.

11 Official Gazette of the RS, No. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C, 200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US and 94/22 – odl. US.

12 DZ comprehensively regulates marriage, cohabitation, relations between parents and their children, assistance provided by the state in cases of difficulties in cohabitation and family life, measures to protect the best interests of the child and maintenance obligations, adoption, granting of parental responsibility to a relative, foster care and guardianship for children and other adult persons requiring special protection.

13 See Articles 3 and 4 of DZ.

The fact that Slovenian regulation of adoption prevents two same-sex partners from adopting a child does not suffice for a conclusion that the effects of such foreign judgement contravene international public order as established by international law and European values (especially the European Convention on Human Rights, hereinafter: ECHR); Slovenian courts cannot reject the recognition of foreign judgements that contravene Slovenian public order if such rejection would not be justified from the “European perspective”.¹⁴ Accordingly, joint adoptions by same-sex partners were already possible for those couples who adopted a child abroad and applied for the recognition of such judicial decision before Slovenian courts. Furthermore, Slovenian legal doctrine already established that the provision of DZ (and previously of ZZZDR) regulating a unilateral adoption of a child should be interpreted in a way that does not limit the possibility of such adoption on the grounds of sexual orientation. There are two types of unilateral adoption; the first refers to the exceptional adoption of a child by an individual when that is in the child’s best interest (e.g. when a suitable couple cannot be found), while the second refers to the adoption of a child by their parent’s partner (the adoption of a stepchild).¹⁵ As there are far fewer children in Slovenia in need of adoptive parents than potential parents seeking to adopt, the first option is basically theoretical, whereas the adoption of the partner’s child is always allowed, as long as it is in the child’s best interest.¹⁶ Therefore, under the established interpretation, which is also being adhered to by Slovenian state authorities, joint parenthood of same-sex partners was already possible, as long as one of them unilaterally adopted the other partner’s child.¹⁷

14 For more details, see the Supreme Court of the RS decree No. II Ips 462/2009 of 28 January 2010. See also Kogovšek Šalamon, N., Je posvojitev, izvedena v tujini, lahko v nasprotju z javnim redom RS?, *Pravna praksa*, Vol. 28, No. 42, 2009, p. 13-15; Weber, N., Priznavanje tujih sodnih odločb o posvojitvi otroka s strani istospolnih partnerjev, *Pravna praksa*, Vol. 29, No. 27, 2010, p. 16-17.

15 For more, see Kraljić, S., *Družinski zakonik s komentarjem*, Poslovna založba Maribor, Maribor, 2019, p. 742.

16 See Novak, B., Možnosti, da istospolni partnerji v slovenskem pravnem redu postanejo starši, *Podjetje in delo*, Vol. 42, No. 6/7, 2016, p. 1054-1065.

17 See also Kogovšek Šalamon, N., Iskanje pravnih razlogov za priznanje enakih pravic istospolnim partnerjem in njihovim družinam, *Socialno delo*, Vol. 49, No. 5/6, 2010, p. 319-330; Sobočan, A. M., Enostranske posvojitve v istospolnih družinah v praksi socialnega dela, *Socialno delo*, Vol. 50, No. 6, 2011, p. 369-378; Weber, N., Posvojitev partnerjevega otroka, *Pravna praksa*, Vol. 33, No. 29/30, 2014, p. 17-18; Novak, B., *Družinsko pravo*, 2nd edition, Uradni list RS, Ljubljana, 2017, p. 270; Novak, B., Možnosti, da istospolni partnerji v slovenskem pravnem redu postanejo starši, *Podjetje in delo*, Vol. 42, No. 6/7, 2016, p. 1054-1065. See also ECtHR, *E.B. v. France*, no. 43546/02 of 22 January 2008, in which ECtHR found that refusal to authorise an adoption application by a woman in a same-sex relationship, on the basis of her sexuality, amounted to a violation of Articles 14 and 8 of the European Convention on Human Rights. The applicant in the case, who had been in a stable relationship with another woman, was denied authorisation to adopt a child, despite French legislation expressly granting single persons a right to adopt, on the ground that the child’s best interests would not be served due to the lack of a paternal role model (paternal referent) and her partner’s ambivalence or lack of commitment to the adopted child.

3. Intervention by the Constitutional Court of RS

On 16 June 2022, a momentous step forward in achieving the equal treatment of persons regardless of their sexual orientation was taken by the Constitutional Court of the RS, which delivered two landmark decisions concerning discrimination against same-sex partners.

By the first decision, No. U-I-486/20, Up-572/18,¹⁸ the Constitutional Court established that the statutory regulation determining that marriage may only be entered into by two persons of different sex is inconsistent with the Slovenian Constitution.¹⁹ It argued that Slovenian legislation treats same- and different-sex partners differently by regulating different types of unions (marriage and formal civil union), which differ in both their names and their consequences. As such different treatment is based solely on the personal circumstance of sexual orientation, the challenged regulation interferes with the right to non-discriminatory treatment of same-sex partners from the first paragraph of Article 14 in relation to Article 53 of the Slovenian Constitution. Such discrimination cannot be justified by referring to the traditional concept of marriage as a union of husband and wife or by stating that it is supported by the majority of the population. Protection of the family may constitute a constitutionally permissible goal, but denying same-sex partners the possibility of marriage is not an appropriate means of achieving this goal. Within the reasoning, the Constitutional Court further emphasised that the decision neither diminishes the importance of the traditional institution of marriage as a life union between husband and wife nor does it alter the conditions or consequences of marriage between persons of different sexes. It merely means that same-sex partners may now enter into marriage in addition to different-sex partners. Until the unconstitutional regulation is remedied,²⁰ a marriage shall be deemed to constitute a life union of two persons regardless of their sex.²¹ Therefore, as a consequence of this decision, same-sex partners are not only granted equal rights as different-sex partners when entering into a legally recognised union²² but are also no longer compelled to use different terminology, which implied that such union is not, in fact, equal to marriage.²³

18 Constitutional Court of the RS decision No. U-I-486/20, Up-572/18 of 16 June 2022, available at <<https://www.us-rs.si/odlocitev/?q=+U-I-486%2F20-20&caseId=&df=&dt=&af=&at=&pri=1&vd=&vo=&vv=&vs=&ui=&va=&page=1&sort=&order=&id=117906>> (accessed on 10 September 2022).

19 *Ustava Republike Slovenije*, Official Gazette of the RS, No. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a and 92/21 – UZ62a.

20 The Constitutional Court held that the unconstitutionality must be remedied within six months.

21 See also the Constitutional Court's Press Release of 23 June 2022, available at <<https://www.us-rs.si/decision/?lang=en&q=U-I-91%2F21-19+Up-675%2F19-32&caseId=&df=&dt=&af=&at=&pri=1&vd=&vo=&vv=&vs=&ui=&va=&page=1&sort=&order=&id=117934>> (accessed on 10 September 2022).

22 With the exception of procedures for medically assisted reproduction.

23 The first same-sex marriages have already been concluded following the Constitutional Court's decision. See, for example, news article of 3 August 2022 covering the first two same-sex marriages in the RS, available at <<https://www.rtvlo.si/slovenija/na-podlagi-odlocbe-ustavnega-sodisca-sta-se-porocila-prva-dva-istospolna-para/636170>> (accessed on 10 September 2022).

Even though the presented decision is arguably even more critical from the perspective of same-sex partners and their status, this paper focuses on the second decision, No. U-I-91/21, Up-675/19,²⁴ which complemented the first one in the pursuit of equal treatment by addressing the issue of a joint adoption by same-sex couples, with very similar results. In a like manner, the Constitutional Court thus found that the existing regulation determining that same-sex partners living in a formal civil union may not jointly adopt a child is inconsistent with the Slovenian Constitution and established that until this unconstitutionality is remedied, it shall be deemed that same-sex partners living in a formal civil union may jointly adopt a child under the same conditions as spouses.²⁵ Reasoning and arguments used to justify this decision, as well as its implications for the status of same-sex couples in Slovenian adoption procedures, are analysed below.

a. Background

The Constitutional Court decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022 was delivered as a result of proceedings to review the constitutionality of statutory provisions at issue, initiated after a same-sex couple – the applicants – filed a constitutional complaint against the final judgement of the Administrative Court, which denied their request to be entered into the register of potential candidates for joint adoption.²⁶ Their application for obtaining the status of candidates for adoptive parents was first rejected by the Social Work Centre and dismissed by the Ministry of Labour, Family, Social Affairs and Equal Opportunities for failing to fulfil legal requirements. The applicants subsequently brought an action before the Administrative Court against the Ministry's decision, claiming the violation of their right to non-discriminatory treatment²⁷ and the infringement of the principle of equality before the law.²⁸ The Administrative Court dismissed their action upon assessing that the Ministry's decision was correct, given that the applicants lived in a registered same-sex civil partnership at the time the application was submitted and that applicable legislation explicitly stated that no one could be jointly adopted unless

24 Constitutional Court of the RS Decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022, available at <<https://www.us-rs.si/odlocitev/?q=U-I-91%2F21-19+Up-675%2F19-32&caseId=&df=&dt=&af=&at=&pri=1&vd=&vo=&vv=&vs=&ui=&va=&page=1&sort=&order=&id=117905>> (accessed on 10 September 2022).

25 See also the Constitutional Court's Press Release of 23 June 2022, available at <<https://www.us-rs.si/decision/?lang=en&q=U-I-91%2F21-19+Up-675%2F19-32&caseId=&df=&dt=&af=&at=&pri=1&vd=&vo=&vv=&vs=&ui=&va=&page=1&sort=&order=&id=117934>> (accessed on 10 September 2022).

26 Administrative Court judgement I U 1497/2016-17 of 17 January 2019.

27 As referred to in the first paragraph of Article 14 of Slovenian Constitution (in conjunction with Articles 34, 35, 53 and 56 of Slovenian Constitution), Article 14 of Slovenian Constitution in conjunction with Article 8 of ECHR, and Article 1 of Protocol No. 12 to the ECHR. The first paragraph of Article 14 of Slovenian Constitution states that everyone shall be guaranteed equal human rights and fundamental freedoms irrespective of national origin, race, sex, language, religion, political, or other conviction, material standing, birth, education, social status, disability, or any other personal circumstance.

28 As referred to in the second paragraph of Article 14 of Slovenian Constitution, which simply states that all are equal before the law.

the adoptive parents were spouses.²⁹ It argued that (1) there can be no violation of the right to equal treatment, as the alleged discriminatory treatment does not concern the exercise of any of the human rights (the right to adopt is not protected under the Slovenian Constitution or the ECHR); (2) there is no violation of the principle of equality before the law since the status of partners in registered same-sex civil partnerships is not comparable to that of married spouses as far as joint adoption is concerned (the legislator's supposed aim was to recreate a traditional family for children without parents; the importance of marriage lies in the conception of family, which is why it is granted a special status); and (3) the right to adopt is not protected under applicable statutory provisions.³⁰

The National Assembly of the RS and the Government of the RS³¹ submitted replies to the ensuing constitutional complaint³² in support of the Administrative Court's position and further argued, *inter alia*, that joint adoption by spouses and cohabiting partners is in the best interests of a child (whereas the best interests of a child outweigh the best interests of parents),³³ adoption is not a right of adoptive parents but the right of a child; only marriage and cohabitation of a man and a woman are granted special protection under Article 53 of Slovenian Constitution; international human rights law does not guarantee equal rights to same-sex partners in the context of marriage and the creation of family, the regulation of which remains within the discretion of each state (as long as the differences are not arbitrary and without justified reasons);³⁴ the ability to conceive a child is a real, reasonable and non-arbitrary justification for unequal treatment of same-sex and different-sex partners; defining marriage as a union of two (or even more) persons regardless of

29 The applicants applied for joint adoption under the previously valid ZZZDR, which was later replaced by the Family Code. As already explained above, relevant provisions of both acts stipulated similar requirements and, therefore, both acts prevented same-sex couples from adopting (with ZZZDR also excluding the possibility of joint adoption by non-married cohabiting partners). For that reason, the decision of 16 June 2022 found both ZZZDR (Articles 135 and 138) and DZ (first paragraph of Article 213 and Article 223) unconstitutional and the reasoning of decision refers to both acts.

30 For more, see Administrative Court judgement I U 1497/2016-17 of 17 January 2019 and Constitutional Court decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022.

31 The respective 14th Government of the RS (in office from 13 March 2020 to 1 June 2022) consisted of parties on the more conservative side of political spectrum that consistently advocate for traditional values. Some of these parties also played a major role in both referendums against attempts to introduce the more inclusive definition of marriage.

32 Alleging the same violations of constitutional provisions as in the above-mentioned action.

33 The Government of the RS supported this claim by citing several studies either stating that the best environment for the successful development of a child is with married father and mother or cautioning that there is no consent amongst experts concerning the welfare of children living with same-sex parents. For more, see Constitutional Court decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022, points 16, 23-29.

34 The Government of the RS supported this claim by referring to several international treaties, including Article 16 of the Universal Declaration of Human Rights (hereinafter: UDHR), Article 23 of the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter: ICCPR), and Article 12 of the ECHR, as well as to several ECtHR decisions (e.g. *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04 of 24 June 2010, *Vallianatos and Others v Greece*, no. 29381/09 and 32684/09 of 7 November 2013, *Hämäläinen v Finland*, no. 37359/09 of 16 July 2014, *Schwizgebel v Switzerland*, no. 25762/07 of 10 June 2010, etc.).

gender would deprive the union of a woman and a man of the special status arising from the ability of conceiving a child; the right of a child to know their parents would have no meaning if the child grew up with same-sex partners who would not reveal the child's origin; voters had already rejected such proposals of equal treatment in past referendums; the issue under consideration falls within the competence of the legislature, not the Constitutional Court.³⁵

The applicants defended their standpoint by arguing that the Constitutional Court of the RS already adopted the position that registered same-sex civil partnerships are comparable to marriage in their factual and legal elements;³⁶ registered same-sex civil partnerships are formalised to the extent that can only be compared to marriage; in terms of parenting, no significant differences exist between partners of same or different sex; the reduction of the importance of marriage to the natural reproductive capacity of spouses denies the legitimacy of marriages with no children; some same-sex couples have the biological capacity to conceive and there are already families in the Republic of Slovenia with same-sex parents registered in the child's birth certificate; the ability to conceive a child cannot be a decisive factor in the regulation of joint adoption, considering that only a child who had already been born can be adopted; Slovenian legal order already allows for the adoption of a stepchild (i.e. unilateral adoption) regardless of the adoptive parent's sexual orientation and recognises same-sex adoptions established abroad; studies confirmed that sexual orientation of parents does not adversely affect the child's development.³⁷ They also disputed the interpretation of the ECtHR case law as understood by the Administrative Court and the Government of the RS,³⁸ as well as the credibility of studies and expert opinions presented by the latter. In their view, less favourable treatment of same-sex partners in the context of joint adoption is based solely on the circumstances of gender or sexual orientation, and there are no constitutionally justified reasons for such unequal treatment.

After carefully considering all opposing arguments, the Constitutional Court decided that (1) Articles 135 and 138 of ZZZDR were inconsistent with the Slovenian Constitution; (2) the first sentence of the third paragraph of Article 2 of ZPZ is repealed; (3) the first paragraph of Articles 213 and Article 223 of DZ are inconsistent with the Slovenian Constitution; (4) the National Assembly of the RS must remedy the established non-compliance within six months; (5) until the non-compliance with the Constitution is remedied, the same rules shall apply for joint adoption by same-sex partners in a civil union as those currently regulating joint adoption by married

35 For more details and arguments, see Constitutional Court decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022.

36 See Constitutional Court of the RS decisions no. U-I-425/06 of 2 July 2009 and no. U-I-212/10 of 14 March 2013.

37 The applicants also supported their claims by citing several studies and expert opinions stating that sexual orientation of parents has no negative effect for the child's welfare or that children of same-sex parent have even less psychological issues than children growing up with parents of different genders. See Constitutional Court decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022, point 22.

38 See Constitutional Court decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022, point 21. The applicants maintained that cited cases were either obsolete, irrelevant, different in essential facts or otherwise misinterpreted.

spouses; (6) the appealed judgement of the Administrative Court is set aside, and the case is referred back to the Social Work Centre for reconsideration; and (7) the applicants shall bear their own costs.³⁹ It also provided extensive and comprehensive reasoning to justify the decision, the most important parts of which are discussed below.

b. Reasoning

In accordance with its established practice in similar cases, the Constitutional Court of the RS addressed the following questions when assessing the complaint concerning discriminatory treatment: (1) whether the asserted unequal treatment relates to the exercise of a human right or fundamental freedom; (2) if so, whether the applicant was treated differently than the person with whom they are being compared; (3) if so, whether the compared factual circumstances are essentially the same, meaning that the unequal treatment is based on a personal circumstance referred to in the first paragraph of Article 14 of the Slovenian Constitution; and (4) if so, whether such interference with the right to non-discriminatory treatment is constitutionally admissible.⁴⁰

(1) First, the Constitutional Court of the RS rejected the applicants' claim that the constitutional right to family life (Article 53 of the Slovenian Constitution) also guarantees them the right to establish family life through adoption. The right to adopt a child is not a human right or fundamental freedom granted by either the Slovenian Constitution or applicable international treaties.⁴¹ However, for the applicants to invoke discriminatory treatment in the exercise of their right to family life, it suffices that Slovenian legislation already allows for the possibility to establish joint parenthood of same-sex partners through unilateral adoption, but not through joint adoption. Furthermore, while same-sex partners do not have the right to jointly adopt a (particular) child – bearing in mind that the same applies to married and cohabiting partners – they may still be entitled to be entered into the register of potential candidates for joint adoption. Since the applicants claimed that the Social Work Centre did not include them on the list solely because of their sexual orientation, even though they were otherwise suitable adoptive parents (which is obvious, given that they are already taking care of the adopted child), Article 1 of Protocol No 12 to the ECHR also applies. Therefore, the Constitutional Court concluded that the conditions are met for further assessment of the applicants' complaint.

(2) There is no doubt that the treatment of applicants (same-sex partners living in a formal civil union) is indeed different from the treatment of those with whom they are being compared (married partners of different sex) in the area of joint adoption. ZPZ expressly states that same-sex partners living in a civil union cannot

39 See the operative part of Constitutional Court decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022.

40 See Constitutional Court decisions No. U-I-425/06 of 2 July 2009, No. U-I-212/10 of 14 March 2013 and No. U-I-68/16, Up-213/15 of 5 May 2015.

41 Neither the Convention on the Rights of the Child (hereinafter: UNCRC) nor the Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption require signatory states to grant individuals or couples the right to adopt. See also ECtHR, *E.B. v. France*, no. 43546/02 of 22 January 2008.

adopt a child together, while both ZZZDR and DZ clearly stipulate that only partners of different sex (married partners in the case of ZZZDR, married and cohabiting partners in the case of DZ) may adopt a child. The contested judgement denying the applicants the possibility to become candidates for adoptive parents reflects such regulation.

(3) In its previous decisions,⁴² the Constitutional Court already established that factual circumstances concerning the compared forms of civil unions (different-sex and same-sex) do not differ in a way that would justify unequal treatment. However, since previous cases concerned other rights of same-sex couples (the right to succession or international protection for a family member), the Constitutional Court had not yet assessed the key issue in the case at hand; namely, whether marriage (or cohabitation) is comparable to the most formalised form of civil union available to same-sex partners in terms of the right to be entered into the register of candidates for joint adoption. In this regard, the Constitutional Court agreed that marriage is indeed a constitutional concept under Article 53 of the Slovenian Constitution, as well as a social institution that provides security and stability to the partnership and plays an important role in creating a family. However, Article 53 does not imply that this formal type of partnership is available only to partners of different sex.⁴³ The constitutional concept of marriage is semantically open and allows for different interpretations, taking into account contemporary social realities. The assumption that the legislator intended to limit constitutional protection only to partners of different sex is not supported by the constitution, which contains no provision that would grant special protection or require more favourable treatment of marriage as opposed to other types of unions. Had there been such intention, the constitution would explicitly define marriage as a legally recognised domestic community between a man and a woman, but it does not. Furthermore, while some binding international treaties indeed state that “a man and a woman” are entitled to marry and start a family,⁴⁴ these treaties are also living instruments to be interpreted in light of the current situation.⁴⁵ Recognising that same-sex partners also create loving and lasting relationships, many legal systems (including Slovenian) protect these

42 Including those cited by the applicants; i.e. Constitutional Court decisions No. U-I-425/06 of 2 July 2009, No. U-I-212/10 of 14 March 2013 and No. U-I-68/16, Up-213/15 of 5 May 2015.

43 Article 53 only covers the following requirements: marriage is based on the equality of spouses, it shall be solemnised before competent state authority, legal relationships arising from marriage and family shall be regulated by law. Similarly, it only states that cohabitation of non-married partners shall be regulated by law, without imposing any limits concerning the cohabiting partners' gender. See the first and the second paragraph of Article 53 of Slovenian Constitution.

44 Including ECHR in Article 12, UDHR in Article 16 and ICCPR in Article 23.

45 ECtHR has already adopted the position that Article 12 of ECHR can no longer be restricted to persons of different sex and that it cannot be interpreted to prohibit signatory states from extending the concept of marriage to same-sex partners. See ECtHR *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04 of 24 June 2010, *Vallianatos and Others v Greece*, no. 29381/09 and 32684/09 of 7 November 2013, *Oliari and Others v. Italy*, no. 18766/11 and 36030/11 of 21 July 2015. Compare with Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (OJ C 326, 26.10.2012), which has deliberately abandoned the reference to a man and a woman when determining the right to marry and start a family. See ECtHR, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, no. 28957/95 of 11 July 2002.

stable partnerships (either formal or de facto) with legislation that is increasingly approaching the legal regulation of marriage. Both the Constitutional Court of the RS and the European Court of Human Rights maintain that such partnerships also enjoy the right to respect for family life (under the third paragraph of Article 53 of the Slovenian Constitution and Article 8 of ECHR).⁴⁶

In light of the above, the Constitutional Court dismissed the argument that the compared situations are not comparable because of the special importance of the institution of marriage or due to the biological capacity of different-sex partners to conceive a child.⁴⁷ Considering that factual circumstances are essentially the same in the case of married (or even cohabiting) different-sex partners and same-sex partners living in a formal civil union, differences in the regulation of joint adoption are not based on some distinctive impersonal circumstance but on sexual orientation, which is one of the personal circumstances referred to in the first paragraph of Article 14 of the Slovenian Constitution (even if it is not explicitly mentioned).⁴⁸ Even though sexual orientation is not explicitly stated as the criterion of distinction concerning joint adoption under ZZZDR and DZ, the requirement referring to a certain type of domestic community (i.e. marriage or cohabitation) affects only same-sex partners who are not eligible to enter into such union. Therefore, the examined provisions constitute indirect (bordering on direct) discrimination and thus interference with the right to non-discriminatory treatment. Furthermore, ZPZ, which expressly states that partners in a same-sex civil union cannot adopt a child together, directly interferes with the right to equal treatment.

(4) The last question to be answered by the Constitutional Court was whether the established interference with the right to equal treatment is constitutionally admissible. Under the third paragraph of Article 15 of the Slovenian Constitution, human rights may only be restricted with the rights of others and in cases provided for by the Constitution, i.e. in order to protect the public interest. A prerequisite for the admissibility of interference with human rights is, therefore, the assessment that the interference pursues a constitutionally admissible objective (the so-called test of legitimacy or constitutional admissibility), which is then followed by the assessment that the interference is not excessive (the so-called test of proportionality, which considers three aspects of interference; appropriateness, necessity and proportionality in the narrower sense). Only if the interference with human rights and fundamental freedoms passes both tests is it considered admissible.⁴⁹

46 ECtHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04 of 24 June 2010, *X and Others v. Austria*, no. 19010/07 of 19 February 2013, Constitutional Court of the RS, No. U-I-68/16, Up-213/15 of 5 May 2015.

47 The Constitutional Court unceremoniously dismissed all claims referring to the importance of differences in the biological capacity to conceive a child, and fully accepted the applicants' arguments. Constitutional Court decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022, point 51.

48 Constitutional Court of the RS, No. U-I-425/06 of 2 July 2009.

49 See Kerševan, E. in Avbelj, M. et al., *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, Nova Gorica, 2019, p. 127; Kresal, B. in Šturm, L. (ed.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana, 2002, p. 55–56; Constitutional Court of the RS decision No. U-I-238/06 of 7 December 2006.

In the case at hand, the Constitutional Court found that the statutory regulation of joint adoption, which distinguished between married spouses and partners in a same-sex civil union, indeed pursues a constitutionally admissible objective: the best interest of a child. In the third paragraph of Article 56, Slovenian Constitution mandates special protection of the state for children and minors who are not cared for by their parents, who have no parents or who are without proper family care, which is realised, *inter alia*, through adoption.⁵⁰ Moreover, the best interest of a child is a fundamental guideline in all activities and procedures relating to a child, which applies not only to the child's parents but to all national authorities and public authority holders, local authorities and other natural and legal persons (the fourth paragraph of Article 7 of DZ).

Considering that the assessed interference with the human right of same-sex partners to equal treatment is not inadmissible in terms of pursuing a constitutionally admissible objective, the Constitutional Court continued to assess whether it also complies with the general principle of proportionality, starting with the criterion of appropriateness (i.e. whether the assessed interference is appropriate to achieve the pursued objective in the sense that this objective can actually be achieved by the said interference with the human right). The Government of the RS argued that the best interest of a child could only be guaranteed by limiting the availability of joint adoption to partners of different sex and cited several studies, opinions and other sources supposedly proving that growing up with same-sex parents is detrimental to the child's development. The Constitutional Court examined all these studies in detail⁵¹ and, based on the evidence provided, finally determined that the Government failed to prove that only a traditional family can ensure the best interest of a child. Furthermore, the view that same-sex partners should be excluded from joint adoption in order to protect the best interest of a child is inconsistent with the fact that the Slovenian legal system already allows for joint parenthood of same-sex partners through the institute of unilateral adoption and the recognition of foreign court decisions on the adoption of a child. It also permits the adoption of a child by a single person,⁵² which obviously does not involve the recreation of a traditional family. The existing regulation can even result in a situation where a homosexual person is already recognised as a suitable adoptive parent as an individual, whereas entering into the same-sex civil union would deprive this same person of the opportunity to become an adoptive parent together with their partner. The Constitutional Court proceeded to establish that denying the possibility of joint adoption to same-sex couples in a civil union actually contradicts the very essence of adoption, which consists in providing

50 Adhering to Article 21 of UNCRC, which also states that the best interests of the child shall be the paramount consideration in the system of adoption. See also Novak, B., *Družinsko pravo*, 2nd edition, Uradni list RS, Ljubljana, 2017, p. 263.

51 And commented on the credibility of each of the proposed sources, see Constitutional Court decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022, points 61–64.

52 Under ZZZDR, this type of adoption was considered an equivalent alternative to joint adoption, while DZ favours joint adoption by two parents, but still allows adoption by a single person as an exception. For more, see, for example, Kraljić, S., *Družinski zakonik s komentarjem*, Poslovna založba Maribor, Maribor, 2019, p. 740.

a stable, loving and supportive environment for the child's development, considering that there are no differences between same-sex and different-sex partnerships from the perspective of creating such relationships.

In conclusion, the Constitutional Court determined that the aim of protecting the best interests of a child cannot justify the reviewed regulation of joint adoption, as altogether preventing same-sex partners from being included in the register of candidates for joint adoption is not an appropriate measure for achieving this aim.⁵³ The best interests of a child can only be assessed in the context of individual adoption procedures, in which the most suitable adoptive parents for a particular child are selected from among all potential candidates for joint adoption.⁵⁴ A general *a priori* exclusion of same-sex partners from the possibility of being entered in the register of candidates for joint adoption merely results in a reduction in the number of possible candidates and, therefore, cannot constitute a measure that would increase the likelihood of a decision being made in accordance with the best interests of a child.⁵⁵

c. Implications and conclusions

The analysed Constitutional Court decision No. U-I-91/21, Up-675/19 of 16 June 2022 is undoubtedly the most significant legal step towards achieving the equality of same-sex partners in recent years, especially when considered together with decision No. U-I-486/20, Up-572/18 concerning the definition of marriage. While the status of same-sex partners living in a civil union was already very similar to that of married spouses, some notable differences had a major impact on the quality of their lives, especially concerning their right to family life. The differences concerning adoption and medically-assisted reproduction procedures were explicitly regulated by the applicable legislation and thus the most obvious; however, one should not overlook other inconveniences. As the same-sex civil union was regulated in a separate law that merely referred to the use of DZ provisions when appropriate, there were ongoing cases where a question arose regarding the extent of the partners' rights and how the latter should be interpreted. Interpretations provided by courts (especially by courts of lower instances) were not always consistent with recent legal and societal developments, meaning that same-sex partners often had to

53 Following that conclusion, the Constitutional Court did not need to examine other aspects of the principle of proportionality; the assessed interference did not pass the first aspect of the test of proportionality and is therefore not constitutionally admissible.

54 Whether a particular couple (of same or different sex) will actually be selected as the most suitable joint adoptive parents is, therefore, subject to assessment in administrative and judicial proceedings. First, the competent social work centre carries out individual assessment in the procedure for determining the suitability of the adoptive parent (see Articles 224 and 225 of DZ) and then another individual assessment in the selection of the most suitable candidate for the adoption of a specific child (Article 226 of DZ). Social work centre submits its proposal of the most suitable adoptive parent to the court, which conducts the final individual assessment in court proceedings concerning a particular adoption (Article 229 of DZ).

55 See also Constitutional Court's Press Release of 23 June 2022, available at <<https://www.us-rs.si/decision/?lang=en&q=U-I-91%2F21-19+Up-675%2F19-32&caseId=&df=&dt=&af=&at=&pri=1&vd=&vo=&vv=&vs=&ui=&va=&page=1&sort=&order=&id=117934>> (accessed on 10 September 2022).

take the case to courts of higher instance, to the Supreme Court of the RS or even to the Constitutional Court. Naturally, that not only delayed the resolution of their legal problem but also significantly reduced the legal certainty of their position.

The decision allowing same-sex partners to enter into marriage should eliminate situations where various state authorities got to provide their own interpretations of whether the concept of same-sex civil union is similar enough to that of marriage to allow the partners of the former to exercise a certain right. After all, DZ provisions referring to marriage and married spouses will already apply to anyone entering into marriage, regardless of their sexual orientation. Technically speaking, this decision alone should have sufficed for the same-sex partners to be eligible to apply for adoption, as long as they entered into marriage and not into a civil union under the parallel system established by the ZPZ. However, it was the second decision, No. U-I-91/21, Up-675/19, that fully eliminated the possibility of some creative interpretation by the legislator that would nonetheless exclude same-sex partners from the joint adoption procedure by clearly establishing that same-sex partners living in a formal civil union may henceforth jointly adopt a child under the same conditions as different-sex spouses.

The successful and timely implementation of the Constitutional Court's decisions should be greatly facilitated by the timing of their delivery, given the composition of the current Government of the RS and the National Assembly of the RS (elected in 2022). The government coalition of liberal and progressive parties, which had already been advocating for the equality of same-sex couples at prior opportunities (and which also hold a large majority of seats in the National Assembly), welcomed both decisions in their public statements⁵⁶ and promptly initiated fast-track legislative procedure. The proposal for the Act Amending the Family Code⁵⁷ provides an amended definition of marriage and cohabitation by replacing the phrasing “a man and a woman” with “two persons” in the first paragraph of Article 3⁵⁸ and the first paragraph of Article 4 of DZ.⁵⁹ As a result of this amendment, same-sex and different-sex partners in these unions will be equal in all legal consequences regulated by DZ,

56 See, for example, RTV news article of 8 July 2022 with statements by representatives of major political parties at <<https://www.rtvlo.si/slovenija/prepoved-posvajanja-otrok-istospolnim-parom-ni-ustavna-mesec-zakon-je-ze-v-pripravi/633638>> (accessed on 10 September 2022).

57 See Proposal for the Act Amending the Family Code, available at <<https://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/319c0d9411719ad68ea26f9a700996809c6259f53cef0817b3baf2661600393e>> (accessed on 10 September 2022). At the time of writing of this paper, the Proposal already underwent the second reading in the fast-track legislative procedure and given the current political situation in Slovenia, no major delays are expected concerning its adoption. Furthermore, under Article 90 of Slovenian Constitution, no referendum is allowed against such law that remedies the unconstitutionality in the area of human rights or any other unconstitutionality.

58 Definition repealed by the Constitutional Court reads as follows: “Marriage is a domestic community of one man and one woman, the formalisation, legal consequences and termination of which shall be regulated by this Code.”

59 Definition repealed by the Constitutional Court reads as follows: “Cohabitation is a long-term domestic community of a man and woman who are not married but there are no reasons for marriage between them to be invalid. Such community shall have the same legal consequences for the relationship between them under this Code as if the partners had formalised their marriage, and this community shall have legal consequences in other areas if so provided by an Act.”

including adoption, without needing further changes to the act. Furthermore, because the amended definition already covers both constitutionally recognised forms of civil unions for heterosexual and same-sex partners alike, separate regulation of same-sex unions under ZPZ is no longer necessary. Accordingly, the termination of ZPZ is also proposed, with existing formal and non-formal civil unions converting to marriage or cohabitation. With the realisation of the proposed amendment, the only difference in the legal status of same-sex and different-sex couples remains the availability of medically-assisted reproduction procedures, which continue to be accessible only to a man and a woman living in marriage or cohabitation.⁶⁰ As this restriction is stipulated in a separate act that has not yet been subject to the constitutionality review by the Constitutional Court, it remains unaffected by the developments analysed within this paper.

Nevertheless, despite the undeniable importance of the above-discussed decisions, it is worth keeping in mind that legal regulation promoting equality does not necessarily also result in *de facto* equality. As the Constitutional Court was careful to emphasise, its decision did not introduce the right to adoption, but merely determined that same-sex couples are legally entitled to be entered in the register of potential candidates for joint adoption under the same conditions as partners of different sex. The choice of the most suitable adoptive parents for a particular child will still be made by a social work centre, upon whose proposal a court will decide on adoption, taking into account the best interests of the child. This means that in the end, it will still be up to state authorities and their representatives in adoption procedures to interpret and decide whether it is indeed in the child's best interest to be adopted by same-sex adoptive parents, leaving open the possibility of personal convictions and values affecting the outcome. The same arguments as those presented by the previous Government of the RS in proceedings before the Constitutional Court might potentially still be brought into play, albeit at the level of a particular case instead of general legal acts, thus effectively preventing same-sex partners from adopting or making it more difficult for them to do so.

60 Under Article 5 of ZZNPOB, only a man and a woman who are married or cohabiting and who, according to the experience of medical science, cannot expect to achieve pregnancy through sexual intercourse or other infertility treatment procedures, are eligible for such procedures. Thus, single individuals are also excluded. In 2001, the amending act was adopted that would allow single women to benefit from medically-assisted reproduction procedures, but it was rejected at a referendum with 72.36 % of participating voters voting against such amendment (35.66 % of eligible voters actually voted). See the State Election Commission's report and statistics concerning referendum, available at <<https://www.dvk-rs.si/volitve-in-referendumi/referendumi/volitve-referenduma/naknadni-zakonodajni-referendum-o-zdravljenju-neplodnosti-in-postopkih-oploditve-z-biomedicinsko-pomocjo/>> (accessed on 10 September 2022).

Dr. sc. Katja Drnovšek, asistentica
Pravni fakultet Univerziteta u Mariboru

PRAVNI STATUS ISTOSPOLNIH PARTNERA U POSTUPKU ZASNIVANJA POSVOJENJA: NOVINE U SLOVENAČKOM PRAVU

Sažetak: Ustavni sud Republike Slovenije je u lipnju 2022 donio dvije značajne odluke s važnim posljedicama za uklanjanje diskriminacije istospolnih partnera. Odlučilo je da postojeća regulativa, koja definira brak kao zajednicu dviju osoba različitog spola i koja je onemogućavala istospolnim partnerima zajedničko posvajanje djeteta, nije u skladu s Ustavom Republike Slovenije, te odredila rok od šest mjeseci da zakonodavac ukloni otkrivene neusklađenosti. Do ispravljanja neustavnosti smatra se da je brak životna zajednica dviju osoba bez obzira na spol i da istospolni partneri koji žive u partnerskoj vezi mogu zajedno posvojiti dijete pod istim uvjetima kao i bračni parovi. Članak se bavi navedenim odlukama, s posebnim naglaskom na prava istospolnih parova u postupku posvojenja. U radu autorica objašnjava pravnu pozadinu, analizira obrazloženja i obrazlaže očekivane posljedice.

Ključne riječi: zajedničko posvojenje, istospolna zajednica, pravo na jednak tretman, najbolji interes djeteta, ocjena ustavnosti.

PRAVNA ZAŠTITA DJECE IZBJEGLICA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE I MEĐUNARODNI OKVIR ZAŠTITE

Sažetak: Oružani konflikti na Bliskom Istoku i u Evropi posljednjih godina aktualizirali su pitanje pravne zaštite djece izbjeglica. Prema statističkim podacima u Bosni i Hercegovini je krajem 2019. godine bilo oko 8 000 izbjeglica/migranata i tražitelja azila, od čega je 33% porodica sa djecom i 7% djece bez pratnje. Prava djece izbjeglica, kao najranjivije kategorije društva, zagarantovana su kako propisima međunarodnog prava, počev od Konvencije o pravima djeteta, tako i nacionalnim propisima država. Cilj ovog rada jeste dati prikaz zakonskih rješenja o pravnoj zaštiti djece izbjeglica u nacionalnom pravu Bosne i Hercegovine i postojećih instrumenata zaštite, ukazati u kojoj mjeri su isti usklađeni sa međunarodnim pravom i pravom Evropske unije, te dati prijedloge *de lege ferenda*.

Ključne riječi: djeca izbjeglice, pravna zaštita, migracije, prava djece

1. Uvod

Prema definiciji migracija predstavlja seobu stanovništva sa jednog geografskog područja na drugi, a nastaje kao posljedica ekonomskih, društvenih i političkih uzroka, ratova i prirodnog priraštaja stanovništva¹. Kao globalni fenomen, prisutan u svim zemljama, ima veliki uticaj na cijeli svijet². Migracije mogu biti unutar granica jedne države, kao preseljenje ljudi iz jednog mjesta ili regije u drugu i međunarodne migracije, kada se ljudi premještaju izvan granica države porijekla u drugu državu, te tranzitne – kada se prelaze granice više država s ciljem dolaska u željenu, odnosno ciljnu državu. Najčešća podjela migracija je ona izvršena s obzirom na motiv migracije, pa se tu razlikuju dobrovoljne od prisilnih migracija. Dobrovoljne migracije zasnovane su na slobodnoj volji i inicijativi, te mogućnosti izbora. Najjači faktori koji utiču na dobrovoljno kretanje ljudi su želja za boljim uslovima života i mogućnosti zaposlenja. S druge strane, prinudne migracije su negativan oblik migracije i rezultat su progona, razvoja ili eksploatacije. Većina, pak, migracije uzrokovana je nizom faktora, te najčešće predstavljaju kombinaciju različitih vrsta migracija.

1 Pojam migracija u: Mala enciklopedija, 4. Izdanje, Knjiga 2, Prosveta, Beograd 1986, str. 660.

2 Lalić-Novak G; Kraljević R, *Priručnik za edukatore*, „Zaštita izbjeglica i ranjivih skupina migranata”, Hrvatski Crveni križ, Zagreb 2014, str. 30.

Kada je u pitanju pojam migranta, ne postoji jedna globalno prihvaćena definicija. Međunarodna organizacija za migracije³ definiše pojam migranta kao bilo koju osobu koja migrira ili je migrirala preko međunarodne granice ili unutar države daleko od njenog uobičajenog mjesta boravišta, bez obzira na (1) pravni status te osobe; (2) da li je selidba dobrovoljna ili nevoljna; (3) koji je uzrok migracije ili (4) koja je dužina trajanja preseljenja⁴. U kontekstu Evropske unije migrantom se smatra osoba koja je ili 1) ustanovila svoje uobičajeno mjesto boravišta na području države članice EU/EFTA-e u razdoblju koje je, ili se očekuje da će trajati najmanje 12 mjeseci, nakon što su prethodno obično boravili u drugoj državi članici EU/EFTA-e ili trećoj zemlji ili je 2) nakon što je prethodno imala uobičajeno mjesto boravišta na području države članice EU/EFTA-e, prestane imati svoje uobičajeno boravište u državi članici EU/EFTA-e u razdoblju koje je, ili se očekuje, da će trajati najmanje 12 mjeseci⁵. U globalnom smislu, pod pojmom migranta podrazumijeva se osoba koja se nalazi izvan teritorija države čiji je državljanin ili građanin i koja boravi u stranoj zemlji duže od jedne godine, bez obzira na razloge migracije, da li je ista voljna ili nevoljna, kao i sredstva korištena za migraciju, zakonita ili nezakonita⁶. Ipak, najšire je prihvaćeno shvatanje da pojam migranta obuhvata sve one slučajeve u kojima osoba slobodnom voljom donosi odluku o migraciji iz razloga vlastitog uvjerenja i bez intervencije vanjskog faktora. To znači da se odnosi na osobe i članove porodica koji se sele u drugu zemlju ili regiju u cilju poboljšanja svojih materijalnih ili socijalnih uvjeta ili radi bolje budućnosti⁷.

Iako se pojam migranta i izbjeglice u običnom govoru često izjednačava, između navedene dvije kategorije postoji značajna razlika. Za razliku od migranata, koji svojom voljom migriraju, izbjeglice predstavljaju osobe koje su izvan svoje zemlje porijekla zbog osnovanog straha od progona zbog rasnih, vjerskih, nacionalnih razloga, te zbog pripadnosti određenoj društvenoj grupi, ili zbog političkog uvjerenja, ne mogu ili zbog tog straha, ne žele dobiti zaštitu svoje države ili osobe bez državljanstva koje se nalaze izvan zemlje prethodnog trajnog prebivališta, a koja se ne mogu ili se zbog straha ne žele vratiti u tu državu⁸. Izbjeglice su, dakle, prisiljene pobjeći zbog straha od progona i zato što nemaju zaštitu vlastite zemlje koja je odgovorna za zaštitu osnovnih ljudskih prava svojih građana⁹. Budući da, po

3 International Organization for Migration (IOM). O tome: [Who We Are | International Organization for Migration, IOM](#), pristup 01.10.2022. godine.

4 <https://www.un.org/en/global-issues/migration#:~:text=The%20UN%20Migration%20Agency%20%28IOM%29%20defines%20a%20migrant,%284%29%20what%20the%20length%20of%20the%20stay%20is>. (pristup 31.08.2022.)

5 https://home-affairs.ec.europa.eu/pages/glossary/migrant_en (pristup 31.08.2022.)

6 https://home-affairs.ec.europa.eu/pages/glossary/migrant_en (pristup 31.08.2022.) Ova definicija se razlikuje od definicije koju daje IOM, koja propisuje da migrant može biti i osoba unutar vlastite države ili jedne države, bez prelaska granične linije.

7 https://home-affairs.ec.europa.eu/pages/glossary/migrant_en (pristup 31.08.2022.)

8 Član IA(2) Konvencije o statusu izbjeglica iz 1951. godine, <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47135edd2> (pristup 31.08.2022. godine)

9 The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol, UNHCR, Ženeva 2011, 3. https://www.palestineportal.org/wp-content/uploads/2016/10/UNHCR_QA_1951ConventionRefugees_1967Protocol.pdf#:~:text=The%201951%20Convention%20

definiciji, izbjeglice ne štite vlastite vlade, međunarodna zajednica se uključuje kako bi osigurala njihovu sigurnost i zaštitu¹⁰.

Posebno ranjivu skupinu migranata i izbjeglica predstavljaju djeca. Ona u procesu migracija nerijetko postaju žrtve trgovine ljudima, prinudnog rada ili drugog oblika zlostavljanja¹¹. Međunarodne organizacije koje zastupaju i štite prava djece, djecu migrante označavaju kao djeca u pokretu. Ne postoji jedna općeprihvaćena definicija djece u pokretu. Tako npr *Global Movement for Children* pod djecom u pokretu smatra „osobe mlađe od osamnaest godina koje su napustile mjesto uobičajenog boravka i/ili su na putu ka novoj destinaciji, ili su na novu destinaciju stigle“, pri čemu djeca mogu biti „u pratnji roditelja, vršnjaka i drugih, ili sama na primjer – interno raseljena i izbjegla, tražitelji azila, drugi migranti, žrtve trgovine ljudima ili djeca-vojnici”.¹² S druge strane „Save the Children, djecu u pokretu definiše kao “djecu koja iz različitih razloga, dobrovoljno ili prisilno, u okviru svoje zemlje ili zemalja, sa ili bez roditelja ili staratelja migriraju, koju pokret čini potencijalno izloženim rizicima od neadekvatne brige, ekonomske i seksualne eksploatacije, zlostavljanja, zanemarivanja, nasilja.”¹³ Ova definicija obuhvata, ali nije ograničena, sljedeće grupe djece u pokretu: djeca izbjeglice i interno raseljena, tražitelji azila, ekonomski migranti, djeca u tzv. iregularnim migracijama, žrtve trgovine ljudima, djeca uključena u život i /ili rad na ulici, djeca povratnici iz procesa readmisije.¹⁴”

S obzirom da bi istraživanje pravne zaštite svih skupina djece u pokretu daleko prevazilazilo okvire ovog članka, te imajući u vidu aktuelnost i specifičnost zaštite prava izbjeglica, u ovom radu baviti ćemo se isključivo pravnom zaštitom djece izbjeglica. Pri tome ćemo prvo izložiti koji su to međunarodni instrumenti zaštite djece izbjeglica, a zatim nacionalni okvir zaštite, te u konačnici ćemo ukazati u kojoj mjeri je pravo Bosne i Hercegovine usklađeno sa međunarodnim principima i dati prijedloge *de lege ferenda*, kako bi se osigurala što bolja zaštita ovoj skupini djece u pokretu.

[is%20the%20only%20global%20legal,that%20are%20of%20particular%20relevance%20in%20specific%20regions.](#) (pristup 31.08.2022. godine)

10 The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol, UNHCR, Ženeva 2011, 2. https://www.palestineportal.org/wp-content/uploads/2016/10/UNHCR_QA_1951ConventionRefugees_1967Protocol.pdf#:~:text=The%201951%20Convention%20is%20the%20only%20global%20legal,that%20are%20of%20particular%20relevance%20in%20specific%20regions. (pristup 31.08.2022. godine)

11 Lalić-Novak G; Kraljević R, str. 30.

12 A. Galonja et.al., *Deca u pokretu: Položaj i programi podrške i zaštite dece u pokretu u Republici Srbiji*, Udruženje građana za borbu protiv trgovine ljudima i svih oblika nasilja nad ženama - Atina, Beograd 2013, 71. <https://nwb.savethechildren.net/sites/nwb.savethechildren.net/files/library/Deca%20u%20pokretu.pdf>

13 *Studija o zaštiti djece u pokretu u Crnoj Gori*, Centar za prava djeteta Crne Gore, Podgorica, 2013, str. 67.

14 Ibid, 67. Isto tako A. Galonja et.al., str. 71.

2. Međunarodni pravni okvir zaštite djece izbjeglica

Prekretnica u razvoju međunarodne zaštite izbjeglica bio je Drugi svjetski rat, kada se u Evropi pojavio veliki broj migracija, zbog čega su Ujedinjeni narodi¹⁵ 1951. godine uspostavili Međunarodnu organizaciju za migracije¹⁶. Kada je međunarodna zajednica shvatila da problem izbjeglica nije privremenog karaktera, te kada se osim izbjeglica u Evropi pojavio i veliki broj tražitelja azila iz istočno-evropskih zemalja koji su zaštitu tražili u zapadnoj Evropi, Ekonomsko i socijalno vijeće UN otvorilo je raspravu o budućem angažmanu UN-a u odnosu na izbjeglice,¹⁷ te je 1950. godine osnovan Ured visokog povjerenika Ujedinjenih naroda za izbjeglice (UNHCR)¹⁸. Njihov cilj bio je pružanje međunarodne zaštite izbjeglicama i pronalaženje trajnog rješenja za njihove probleme,¹⁹ a na osnovu Konvencije o pravima izbjeglica iz 1951. godine i Protokola uz Konvenciju iz 1967. godine.

2.1. Zaštita prava djece izbjeglica u okviru UN

Međunarodnu zaštitu djece izbjeglica pružaju, ne samo konvencije i deklaracije koje se odnose na prava djeteta,²⁰ nego i svi drugi univerzalni dokumenti koji pružaju zaštitu svim ljudskim bićima.²¹ Tako, međunarodnu zaštitu²² ove kategorije društva pruža Opća deklaracija o ljudskim pravima²³ i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.²⁴ Deklaracija određuje da svako pred progonom ima pravo tražiti i dobiti utočište u drugom zemljama.²⁵

Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine definisala je izbjeglicu, prava izbjeglica te obaveze država ugovornica konvencije.²⁶ Ova konvencija sadrži ključne

15 Dalje: UN.

16 IRO- International refugee organization. Ova privremena i specijalizirana organizacija UN imala je za cilj da reguliše status izbjeglica iz drugog svjetskog rata O tome vidi: R. Ristelhueber, *The International Refugee Organization, Int'l Conciliation* 29, 1951, str. 167.

17 Lalić-Novak G; Kraljević R, str. 20.

18 Više o tome: Grandi F; Coutroubas S.; Naderi S., *United Nations High Commissioner for Refugees*, 2013.

19 Vidi npr. Helton A.C., *What is refugee protection. Int'l J. Refugee L.*, 2, 1990, str. 119.

20 O tome Pobjoy J. M., *A child rights framework for assessing the status of refugee children, Contemporary issues in refugee law*, Edward Elgar Publishing, 2013.

21 Studija o zaštiti djece u pokretu u Crnoj Gori, str.17.

22 O zaštiti izbjeglica vidi: Helton A.C., str. 29-44.

23 To je prvi sveobuhvatni instrument zaštite ljudskih prava koji je usvojila Generalna skupština UN, i to 10. decembra 1948. godine. Ova deklaracija je sastavni dio ustavnog sistema Bosne i Hercegovine. O tome vidi: Dijanić Pleško D., *Poučavanje o ljudskim pravima: Opća deklaracija o ljudskim pravima*, Povijest u nastavu, 2019, 30.1, str. 63-70; Kapo V., *Temeljni međunarodni dokumenti o zaštiti kulturnih prava kao ljudskih prava II generacije*, Bosniaca, 2013, (18), str. 31-34.

24 Zaključena u Rimu 1950. godine. Konvencija predstavlja sastavni dio ustavnog sistema Bosne i Hercegovine ista ima primat nad svim zakonima u Bosni i Hercegovini. O konvenciji vidi npr. Vitori A., *Prava djece kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava (Doktorska disertacija)*, Univerzitet u Rijeci, Pravni fakultet, 2019. godina, Rijeka.

25 Član 14. Opće deklaracije.

26 Usvojena na konferenciji ambasadora pri UN o statusu izbjeglica i osoba bez državljanstva. O definiciji izbjeglice vidi član 1. Konvencije. Tekst dostupan na <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/>

principe za djecu i odrasle, te definiše pojam djeteta izbjeglice, na način da dijete koje ima osnovani strah od progona zbog svoje rase, vjere, nacionalnosti, pripadnosti nekoj socijalnoj grupi ili svojih političkih mišljenja, i koje ne želi ili zbog toga straha, neće da traži zaštitu te zemlje; ili koje, ako nema državljanstvo a nalazi se izvan zemlje u kojoj je imalo svoje stalno mjesto boravka usljed takvih događaja, ne može ili, zbog straha, ne želi da se u nju vrati, smatraće se izbjeglicom. Konvencija zabranjuje prisilni povratak djeteta koje ima status izbjeglice u zemlju porijekla,²⁷ te propisuje da se ne može praviti razlika u pogledu socijalne zaštite i zakonom utvrđenih prava između djece i odraslih u ovoj populaciji.²⁸ Takvo regulisanje socijalne zaštite i socijalne pomoći, prema članu 20. Konvencije obavezuje države potpisnice trebale isti sistem socijalne zaštite primijeniti i na izbjeglice.

Dva dokumenta koja su podigla svijest o statusu djece, posebno u kriznim situacijama su Deklaracija o pravima djeteta i Konvencija o pravima djeteta,²⁹ pri čemu je Deklaracija o pravima djeteta bila formalno neobavezujući dokument koji se sveobuhvatno bavio pravima djeteta sve do donošenja Konvencije o pravima djeteta.³⁰

Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine³¹ zajedno sa tri protokola³² predstavlja najrelevantniji međunarodni dokument u oblasti prava djeteta,³³ odnosno predstavlja osnov međunarodne zaštite prava djeteta.³⁴ Osim toga, to je prvi dokument u kojem se djetetu pristupa kao subjektu s pravima, a ne samo kao osobi koja treba

[vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47135f802](#), pristup 05.09.2022. godine.

27 Načelo zabrane vraćanja djeteta u zemlju iz koje prijeti progon (*non-refoulement*). Ovo opće međunarodnopravno načelo, koje je danas običajno pravno pravilo, odnosi se na sve izbjeglice, ne samo na osobe do 18. godina života.

28 Vidi tekst Konvencije na [Microsoft Word - 1951 Convention and 1967 Protocol.doc \(msb.gov.ba\)](#), (pristup 05.09.2022. godine); *Refugee Children - Guidelines on Protection and Care*, United Nations High Commissioner for Refugees, Reprint 2001, str.18, Studija o zaštiti djece u pokretu, str. 27.

29 O tome npr vidi: Fagen P.W., *Protecting refugee women and children, International Migration*, 41(1), 2003, str. 75-86.

30 Deklaracija ima moralnu snagu i nalaže zaštitu djece od svih oblika zapostavljanja, okrutnosti ili iskorištavanja i zabranjuje diskriminaciju djeteta. O tome: Veble A., *Djeca bez pratnje, diplomski rad*, Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet, Univerzitet u Zagrebu, 2019.

31 Na osnovu sukcesije, odnosno notifikacijom Generalnom sekretaru UN o sukcesiji Bosna i Hercegovina je preuzela međunarodne obaveze iz ovog usgovora, te je ista sastavni dio pravnog sistema Bosne i Hercegovine. Tako: Trnka K., *Ustavno pravo, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Fakultet za javnu upravu Sarajevo, 2006, str. 136.

32 Opcioni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta UN o prodaji djece, dječijoj prostituciji i dječijoj pornografiji, Rezolucija Generalne skupštine UN A/RES/54/263 od 25. maja. 2000. godine, Protokol stupio na snagu 18. januara 2002. godine; Opcioni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta UN o učešću djece u oružanim sukobima, Rezolucija Generalne skupštine UN A/RES/54/263 od 25. maja 2000. godine, Protokol stupio na snagu 12. februara 2002. godine; Treći Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta, koji se odnosi na postupak podnošenja pritužbe UN-ovom Odboru za prava djeteta, stupio na snagu u aprilu 2014. godine.

33 O tome: Radina A., *Dijete izbjeglica u svjetlu Konvencije o pravima djeteta*, Pravnik, Law & Society Review, 2009, 88, str. 44.

34 A. Galonja et.al., str. 33.

posebnu zaštitu.³⁵ Konvencija sadrži univerzalne standarde koje država stranka mora garantovati svakom djetetu, te govori o obavezama odraslih osoba prema djeci, kao i o obavezama brojnih društvenih činilaca u pogledu zaštite djece.³⁶ Zaključenjem Konvencije, države su se obavezale da djetetu izbjeglici osiguraju jednaku zaštitu kao i drugoj djeci koja su iz bilo kojeg razloga privremeno ili trajno lišena svoje porodične okoline.³⁷ To pretpostavlja da se prema djeci stranim državljanima moramo ponašati kao prema djeci vlastitim državljanima.³⁸ Države stranke su dužne poduzeti odgovarajuće mjere da osiguraju zaštitu djeteta od svih oblika diskriminacije ili kazne na osnovu statusa³⁹. Djetetom se, u smislu Konvencije, smatra svako ljudsko biće mlađe od 18. godina života.⁴⁰ Definisane niza građanskih i socijalnih prava djece zasniva se na četiri principa koja su osnov primjene Konvencije,⁴¹ i djetetu osigurava građanska, ekonomska, politička, socijalna i kulturna prava. Zabrana diskriminacije (član 2)⁴², najbolji interes djeteta (član 3), pravo na život, opstanak i razvoj (član 6), te pravo na participaciju kao mogućnost uvažavanja mišljenja djeteta (član 12) predstavljaju osnovne elemente ovog međunarodnog instrumenta.⁴³

Prema vrsti prava koje tretiraju, članovi Konvencije mogu se razvrstati u četiri kategorije, i to: prava preživljavanja, razvojna prava, zaštitna prava i prava sudjelovanja.⁴⁴

Načelo zabrane diskriminacije je posebno važno kada su u pitanju djeca izbjeglice. Iako konvencija garantira svakom djetetu određeni nivo zaštite, te posebno ne tretira prava djece izbjeglica, u članu 22. sadrži odredbe koje djeci izbjeglicama pružaju visok nivo zaštite. Naime, Konvencija obavezuje države stranke da poduzmu odgovarajuće mjere da obezbijede da dijete koje traži status izbjeglice ili koje se smatra izbjeglicom prema međunarodnom i domaćem pravu, dobije, bez obzira da li je u pratnji roditelja, odgovarajuću zaštitu i humanitarnu pomoć u očuvanju primjenjivih prava koje garantuje Konvencija, ili koje garantuju drugi međunarodni

35 <https://www.unicef.org/croatia/konvencija-o-pravima-djeteta>, (pristup 02.09.2022. godine).

36 Khan E., Djeca Palestine u svjetlu Konvencije o pravima djeteta, *Novi Muallim*, 10(40), 2009, str. 77.

37 O tome: Happold M., *Excluding Children From Refugee Status: Child Soldiers and Article 1F of the Refugee Convention*, *American University International Law Review*, Volume 17, 6, 2002, str. 1131-1173.

38 Ured pravobraniteljice za djecu Republike Hrvatske u saradnji sa Save the Children, Zbornik radova sa tematskog sastanka Mreže pravobranitelja za djecu jugoistočne Evrope *Djeca u pokretu*, 2014, 6. Zabrana diskriminacije propisana je članom 2. Konvencije.

39 Član 2. Konvencije.

40 Član 1. Konvencije o pravima djeteta.

41 Galonja A. et.al., str. 33.

42 O tome vidi npr. Vasiljević S., *Slično i različito: Diskriminacija u Europskoj uniji i Republici Hrvatskoj*, Zagreb: Tim Press, 2011.

43 Studija o zaštiti djece u pokretu u Crnoj Gori, str. 19-20.

44 Prava preživljavanja podrazumijevaju pravo na život, odgovarajući životni standard, na smještaj, ishranu i odgovarajuću zdravstvenu pomoć, dok su razvojna prava pravo na obrazovanje, pravo na igru, slobodno vrijeme, kulturne aktivnosti, pravo na informisanje i pravo na slobodu izražavanja. Zaštitna prava su ona koja djecu štite od zloupotrebe, izrabljivanja, zabrana dječijeg rada, zaštita djece izbjeglica i zaštita djece u oružanim sukobima. Prava sudjelovanja su ona koja djeci omogućuju aktivno učestvovanje u životu, počev od slobode izražavanja -misli. O tome više: Khan, E., str. 77-78.

instrumenti ljudskih prava koje je ta država potpisala.⁴⁵ Radi ispunjenja ove obaveze iz Konvencije, države mogu saradivati sa UN-om i drugim organizacijama koje saraduju sa UN-om da se pomogne takvom djetetu u smislu traženja roditelja djeteta ili drugog člana porodice kako bi se dijete ponovo ujedinilo sa porodicom. Ukoliko pronalazak roditelja ili članova porodice nije moguć, Konvencija garantuje zaštitu takvog djeteta kao i bilo kojem drugom djetetu koje je privremeno ili stalno lišeno porodičnog okruženja, iz bilo kog razloga.⁴⁶

Najbolji interes djeteta, osim što je garantovan Konvencijom kao temeljno načelo iz oblasti prava djeteta,⁴⁷ pojačano je principom iz Komentara broj 6 Komiteta za prava djeteta, koji potvrđuje da mjere na trajnom rješenju problema treba preduzeti odmah, odnosno da se najbolji interes djeteta određuje u najranijoj fazi migratornog ciklusa.⁴⁸ U tom smislu, UNHCR je donio smjernice koje imaju za cilj podizanje nivoa prava koje garantuje Konvencija o pravima djeteta, te se djetetu treba omogućiti što veća blizina sa prirodnom sredinom i mjestom stanovanja, radi uticaja svih faktora na uključenje djeteta u obrazovni, kulturni i društveni život.⁴⁹ Osim ovih, UNHCR je donio i posebne smjernice koje se tiču djece izbjeglica, te im je cilj da se na sistemski način pristupi sagledavanju svih važnih aspekata položaja takve djece.⁵⁰ Smjernice, u prvom poglavlju⁵¹ daju direktnu vezu sa standardima međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava, te navode principe Konvencije o pravima djeteta u okviru trougla koji čini najbolji interes djeteta, nediskriminacija i participacija.⁵²

Djeca imaju pravo da budu obaviještena o svim postupcima vezanim za njihov život, te imaju pravo na svoje mišljenje, te u konačnom da zahtijevaju posebnog skrbnika.⁵³ Konvencija o pravima djeteta propisuje da dijete ima pravo na život, rast i razvoj,⁵⁴ odnosno pravo na optimalan razvoj u skladu sa potencijalima svakog

45 Član 22. stav 1. Konvencije.

46 Član 22. stav 2. Konvencije.

47 Evropski sud za ljudska prava je, u predmetu El Ghatet protiv Švicarske od 08.11.2016. godine, zauzeo stav da se najbolji interes djeteta, mora odražavati u obrazloženju odluka nadležnih nacionalnih tijela, prilikom odlučivanja o pravima djece izbjeglica. Presuda dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-168377%22%5D%7D>, pristup 01.10.2022. godine.

48 Studija o zaštiti djece u pokretu, str. 23.

49 Guidelines for the Alternative Care of Children, A/RES/64/142, 24 februar 2010.

50 UNHCR - Refugee Children: Guidelines on Protection and Care, Ženeva, 1994.

51 Glava II, Dijete izbjeglica i prava djeteta.

52 U okviru participacije navode se tri jako bitna elementa, i to pravo na informacije kao input, dijalog kao metod saznanja o problemima i participacija u odlučivanju na odgovarajućem uzrastu i onda kada je njihov stav dominantan u formulisanju njihovog najboljeg interesa. Vidi: Studija o zaštiti djece u pokretu, 25.

53 Ova ideja je istaknuta tek u Evropskoj konvenciji o ostvarivanju dječijih prava koja je donesena 1996. godine. 1999. godine usvojena je Konvencija o zabrani i trenutnim djelovanjima za ukidanje najgorih oblika dječijeg rada od strane Međunarodne organizacije rada. Tokom 2020. godine UN je donio niz protokola i konvencija koji se tiču najboljeg interesa djeteta, kao npr. Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji, Konvencija protiv transnacionalnog organiziranog kriminala, Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebno ženama i djecom te Protokol o zabrani krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom. O tome: Veble A., str. 6.

54 Vidi član 6. Konvencije o pravima djeteta.

djeteta.⁵⁵ Korpus prava na participaciju, kao četvrti princip iz Konvencije sadrži u sebi pravo na mišljenje i izražavanje mišljenja (član 12), pravo na izražavanje (član 13), na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti (član 14), na slobodu udruživanja (član 15), privatnost (član 16) i pristup odgovarajućim informacijama (član 17).⁵⁶

Pored gore navedenih prava, Konvencija o pravima djeteta sadrži i odredbe koje se odnose i na djecu izbjeglice, pa tako propisuje zaštitu djece⁵⁷ od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, povrede ili zlostavljanja, zanemarivanja, zloupotrebe ili eksploatacije, uključujući i seksualno zlostavljanje,⁵⁸ propisuje obavezu poduzimanja odgovarajućih mjera da dijete koje traži status izbjeglice ili se smatra izbjeglicom da dobije odgovarajuću zaštitu i humanitarnu pomoć u očuvanju prava koje garantuje Konvencija,⁵⁹ te drugi međunarodni instrumenti ljudskih prava,⁶⁰ garantuje zaštitu djeteta od ekonomske eksploatacije i od bilo kakvog eventualno opasnog rada, koje može ometati dječije obrazovanje, ili naškoditi dječijem zdravlju ili fizičkom, mentalnom ili društvenom razvoju,⁶¹ propisuje zaštitu djece od svih oblika seksualne eksploatacije i seksualne zloupotrebe,⁶² određuje mjere da bi se spriječilo otimanje, prodaja i trgovina djecom za bilo kakve svrhe, u bilo kom obliku,⁶³ sprječavanje da dijete bude podvrgnuto mučenju ili drugom okrutnom, nehumanom ili ponižavajućem postupku ili kazni,⁶⁴ kako poštovati pravila međunarodnog humanitarnog prava i zaštitu djece u oružanim sukobima,⁶⁵ kako unaprijediti fizički i psihički oporavak djeteta koje je žrtva bilo kojeg oblika zanemarivanja, eksploatacije ili zlostavljanja, mučenja ili bilo kojeg drugog oblika okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupka ili kazne, odnosno koje je posljedica oružanih sukoba,⁶⁶ te na koncu posebna prava djece u sukobu sa zakonom.⁶⁷

Krajem 2011. godine usvojen je Fakultativni protokol o postupku po pritužbi radi efikasnije primjene Konvencije, jer je u nacionalnim zakonodavstvima postojao problem primjene UN konvencija, ali i radi ostvarivanja zaštite djeteta na međunarodnom nivou. Cilj protokola je da omogućiti djeci, koja smatraju da su njihova prava prekršena, da njihovi staratelji i pravni zastupnici podnesu pritužbu

55 Galonja A. i drugi, str. 33.

56 Ibid.

57 O tome: Cohen C.P., *The United Nations convention on the Rights of the Child: implications for change in the care and protection of refugee children*, Int'l J. Refugee L., 3, 1991, str. 675.

58 Član 19. Konvencije o pravima djeteta.

59 O tome: Pobjoy J. M., *A child rights framework for assessing the status of refugee children*, Contemporary issues in refugee law Edward Elgar Publishing, 2013.

60 Član 22. Konvencije.

61 Član 32. Konvencije.

62 Član 34. Konvencije.

63 Član 35. Konvencije.

64 Član 37. Konvencije.

65 Član 38. Konvencije.

66 Član 39. Konvencije.

67 Član 40. Konvencije. O tome vidi: Studija o zaštiti djece u pokretu, str. 26.

Komitetu za prava djeteta,⁶⁸ uz uslov da su već iscrpljeni pravni lijekovi u domaćem zakonodavstvu.⁶⁹

Iako se direktno ne odnose na pravnu zaštitu djece izbjeglica, jer ne regulišu samo tu ranjivu kategoriju društva, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, koji su usvojeni 1966. godine, sadrže pravila zaštite, kao što je garancija poštovanja dostojanstva ličnosti i zabrane diskriminacije u uživanju i zaštiti prava.⁷⁰ U ovim dokumentima uspostavljeni su određeni mehanizmi zaštite ovih sloboda i prava, odnosno garantuju ljudska prava druge generacije.⁷¹

Osim navedenih deklaracija i konvencija, u okviru UN-a usvojeni su i drugi dokumenti, principi i smjernice koji se odnose na pravnu zaštitu djece izbjeglica. Tako je tokom 1993. godine UNHCR usvojio Politiku za djecu izbjeglice,⁷² a nakon toga dokument Djeca izbjeglice: Smjernice za zaštitu i brigu 1994. godine.⁷³

2.2. Vijeće Evrope i zaštita djece izbjeglica

U okviru Vijeća Evrope zaključen je ključni instrument zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, koji se odnosi i na zaštitu prava djece izbjeglica, a to je Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,⁷⁴ a koja je kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava⁷⁵ postala neizostavan i autoritativan dio ljudskih prava.⁷⁶ Konvencija daje zaštitu i ovoj ranjivoj kategoriji društva kroz garancije prava na život, zaštitu od torture, slobodu i sigurnost ličnosti, pravo na pravično suženje, zaštitu privatnog i porodičnog života, te zabranu diskriminacije.⁷⁷ Posebni značaj ove Konvencije ogleda se u tome što je razvila međunarodne mehanizme za zaštitu prava navedenih u Konvenciji, te se građani država stranaka

68 Bierwirth C., *The Protection of Refugee and Asylum-Seeking Children, The Convention on the Rights of the Child and the Work of the Committee on the Rights of the Child*, Refugee Survey Quarterly, 24(2), 2005, str. 98-124.

69 Protokol su potpisale Srbija i Hrvatska. O tome: Galonja A. et.al, 36.

70 Ibid, str. 36.

71 Trnka K., str. 17.

72 Policy on Refugee Children, UNHCR 1993, EC/SCP/82. O tome vidi Ramasubramanian R; Sastry T.S.N., *The Policy Perspectives of UNHCR in Protecting and Promoting the Rights of Refugee Children*, ISIL YB Int'l Human. & Refugee L., 5, 2005, str. 118; Lewis C., *UNHCR and international refugee law: from treaties to innovation*, Routledge, 2012.

73 Refugee Children: Guidelines on Protection and Care, UNHCR, 1994.

74 O Konvenciji vidi Dijk V; Hoof P; Van Hoof G.J; *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998. Kasnijim Protkolima je proširen krug prava i sloboda koje garantuje Konvencija. Prvi protokol garantuje nesmetano uživanje imovine, pravo na obrazovanje, slobodne izbore i tajno glasanje; Četvrti protokol zabranjuje lišavanje slobode zbog toga što neko nije u stanju da izvrši ugovornu obavezu, garantuje slobodu kretanja i zabranu protjerivanja vlastitih državljana; Protokol broj 7 proširuje prava stranaca. Vidi: Trnka K., str. 119.

75 Vidi npr. Presude Soering protiv Ujedinjenog kraljevstva Velike Britanije (1989), Cruz Varas protiv Švedske (1991), Nasri protiv Francuske (1995) itd, N. Mole, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, CoE Publishing, Strasbourg 2003, str. 25-26.

76 O pravima djeteta kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava vidi Vitori A., *Prava djece kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet u Rijeci, 2019.

77 Studija o zaštiti djece u pokretu, str. 33.

mogu neposredno pozivati na ovu konvenciju, te se obratiti evropskim institucijama za zaštitu ljudskih prava – Evropskoj komisiji⁷⁸ i Evropskom sudu za ljudska prava.⁷⁹ Pored toga, Vijeće Evrope usvojilo je Evropsku socijalnu povelju⁸⁰, Konvenciju o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja,⁸¹ Evropsku konvenciju o ostvarivanju prava djeteta,⁸² Evropsku konvenciju o državljanstvu,⁸³ Evropsku konvenciju o mjerama protiv trgovine ljudskim bićima i Evropsku konvenciju o repatrijaciji maloljetnika.⁸⁴

Komitet ministara Vijeća Evrope donio je strateški dokument sa ciljem implementacije programa Izgradnja Evrope za i sa djecom,⁸⁵ čiji je cilj implementacija načela prava djeteta koja treba da bude ostvarena, te usvaja koncept eliminisanja svih oblika nasilja protiv djece i garantovanja prava djeteta u rizičnim situacijama.⁸⁶

78 Ova institucija prestala je sa radom 1998. godine.

79 Trnka K., str. 118-119.

80 Usvojena 1961. godine, a revidirana 1996. godine. Povelja je dio pravnog sistema Bosne i Hercegovine, vidi “Sl.glasnik RBiH” 25/93. U članu 7. Povelje propisana su prava djece, pa tako pravo na zaštitu od fizičkih i moralnih rizika kojima su izloženi, u članu 17. pravo na zaštitu od nasilja i iskorištavanja, te posebnu pomoć ako su lišeni porodične podrške. O tome: Galonja A. et. al., str. 38.

81 Konvenciju je izradio komitet eksperata Vijeća Evrope, zaključena je 2007. godine. Bosna i Hercegovina je potpisala i ratifikovala konvenciju. Vidi “Sl.glasnik Bosne i Hercegovine/Medunarodni ugovori“ br. 11/12. Konvencija ima dva osnovna cilja, a to je prevencija i borba protiv seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja djece i zaštita prava djece žrtava. O tome: Galonja A. et. al., 39; Studija o zaštiti djece u pokretu, 35-36; Neralić V., *Zaštita djece od seksualnog iskorištavanja u skladu sa Fakultativnim protokolom o prodaji djece, dječijoj prostituciji i dječjoj pornografiji uz Konvenciju o pravima djeteta*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Rijeci, 2020; Mirković M., *Usklađenost krivičnog zakonodavstva Federacije Bosne i Hercegovine sa Konvencijom Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualne zloupotrebe uz kratak osvrt na relevantne odredbe Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Pravna misao, 2021.

82 Usvojena 1996. godine, a stupila na snagu 2000. godine. Cilj ove konvencije je obezbijediti lakše ostvarivanje prava informisanjem i učestvovanjem djece u pravosudnim postupcima koji se na njih odnose, kao što su pravo na izražavanje stavova, na informisanost o mogućim posljedicama odluka, imenovanje predstavnika itd. Vidi: član 1. Konvencije, tekst dostupan na [Evropska konvencija o ostvarivanju dječijih prava - Hrvatsko zakonodavstvo \(poslovna.hr\)](http://www.european-council.europa.eu/media/111000/EN/Convention%20on%20the%20Rights%20of%20the%20Child.pdf), (pristup 09.09.2022. godine); Galonja A. et. al., 38.

83 Članom 6. Evropske konvencije o državljanstvu propisano je da svaka država ugovornica treba da predvidi u svom unutrašnjem pravu da njeno državljanstvo mogu da steknu djeca rođena na njenoj teritoriji koja pri rođenju ne steknu neko drugo državljanstvo. Takvo državljanstvo treba da se da, između ostalih i licima bez državljanstva i priznatim izbjeglicama koje imaju zakonito prebivalište na njenoj teritoriji. Bosna i Hercegovina je potpisala i ratifikovala ovu konvenciju.

84 Studija o zaštiti djece u pokretu, 34.

85 U okviru švedskog predsjedanja Vijećem Evrope, Švedska vlada je u saradnji s Vijećem Evrope i uz podršku Nordijskog vijeća ministara u Stockholmu tokom 2008. godine organizovala Konferenciju “Izgradnja Evrope za djecu i s djecom: prema strategiji 2009.-2011.” U rad konferencije aktivno su se uključila djeca i mladi, pored međunarodnih organizacija, nevladinih organizacija, ombudsmena, sudija i drugih. Program je pokrenut 2006. godine, te je ovom konferencijom završen trogodišnji program Izgradnja Evrope za djecu i sa djecom. Cilj ovog programa je uvrstiti prava djece u sve odgovarajuće politike Vijeća Evrope. Program Konferencije predstavlja načine za iskorjenjivanje svih oblika nasilja nad djecom, pravosuđe prilagođeno djeci i pravo na odgovarajuće učešće djece u pitanjima koja ih se tiču. Više o konferenciji i ciljevima vidi: [Konferencija “Izgradnja Evrope za djecu i s djecom” u Stockholmu – Pravobranitelj za djecu \(dijete.hr\)](http://www.childhub.org), (pristup 09.09.2022. godine); [2011cm171final \(childhub.org\)](http://www.childhub.org), pristup 09.09.2022. godine.

86 Studija o zaštiti djece u pokretu, str. 36.

U okviru ovog programa, naglašena je potreba osnaživanja zaštite djece migranata⁸⁷ i djece u pokretu, uključujući tražitelje azila, izbjeglice, djecu bez pratnje, djecu odvojenu od porodice, interno raseljena lica i djecu bez državljanstva.⁸⁸

2.3. Instrumenti zaštite djece izbjeglica u Evropskoj uniji

EU je, još u osnivačkim ugovorima promovisala koncept opštih vrijednosti kao što je poštovanje ljudskog dostojanstva, slobode, demokratije, jednakosti, vladavine prava i poštovanje ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina.⁸⁹ U članu 78. Ugovora o funkcionisanju EU propisano je da EU razvija zajedničku imigracionu politiku koja ima za cilj da se u svim fazama obezbijedi efikasno upravljanje migracionim tokovima, pravedno postupanje prema državljanima trećih zemalja sa zakonitim prebivalištem u državama članicama i sprečavanje i unapređenje mjere za borbu protiv ilegalne imigracije i trgovine ljudima.⁹⁰ U Ugovoru je propisano da EU razvija zajedničku politiku azila, supsidijarne zaštite i privremene zaštite čiji je cilj svakom državljaninu treće zemlje kojem je potrebna međunarodna zaštita ponuditi odgovarajući status i osigurati poštovanje načela zabrane prisilnog udaljenja ili vraćanja imigranta (*non-refoulement*).⁹¹ Ta politika mora biti u skladu sa Ženevskom konvencijom od 28. srpnja 1951. i Protokolom od 31. januara 1967. o statusu izbjeglica te s drugim odgovarajućim ugovorima.⁹²

87 Vijeće Evrope je, radi ostvarivanja prava migranata, donio veći broj rezolucija i preporuka, i to: Rezolucija Parlamentarne skupštine 28 (1953) o promociji evropske politike za pomoć izbjeglicama, Preporuka Parlamentarne skupštine 434 (1965) o odobravanju azila evropskim izbjeglicama, Rezolucija Komiteta ministara 14 (1967) o davanju azila osobama u riziku od progona, Preporuka Parlamentarne skupštine broj 773 (1976) o de facto izbjeglicama, Preporuka Parlamentarne skupštine broj 817 (1977) o pravu na azil, Preporuka Komiteta ministara broj R (81) 16 o harmonizaciji nacionalnih procedura koje se odnose na azil, Preporuka Parlamentarne skupštine broj 1016 (1985) o životnim i radnim uslovima izbjeglica i tražilaca azila, Preporuka Parlamentarne skupštine broj 1211 (1993) o nezakonitim migracijama: krijumčarima i poslodavcima nezakonitih migranata, Preporuka Parlamentarne skupštine broj 1236 (1994) o pravu na azil, Preporuka Komiteta ministara broj R (98) 13 o pravu na efikasan pravni lijek protiv odluke po zahtjeva za azil i odluku o protjerivanju u kontekstu člana 3 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, Preporuka Komiteta ministara broj R (99) 12 o povratku lica kojima je odbijen zahtjev za azil, Preporuka Parlamentarne skupštine broj 1440 (2000) o ograničenjima u pogledu azila u zemljama članicama Vijeća Evrope i Evropske unije. Vidi: Studija o zaštiti djece u pokretu, str. 37.

88 Strategija upućuje na implementaciju preporuke Vijeća Evrope CM/Rec(2007)9 o životnim projektima za djecu migrante bez pratnje, preporuku CM/Rec(2008)4 o jačanju integracije djece migranata i djece sa imigrantskim porijeklom i preporuku CM/Rec(2009)13 o državljanstvu djece. Vidi: *Building a Europe for and with children Strategy for 2012-15*, CM(2011)171 final na [2011cm171final \(childhub.org\)](https://www.refworld.org/docid/5d111111.html), (pristup 09.09.2022. godine) i Studija o zaštiti djece u pokretu, str. 36.

89 Studija o zaštiti djece u pokretu, str. 37.

90 Tekst Ugovora dostupan na [EUR-Lex - 12016ME/TXT - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12016ME/TXT), (pristup 10.09.2022. godine).

91 Načelo nevraćanja je “kamen temeljac zaštite izbjeglica”, koje pretpostavlja da se ne smiju vraćati izbjeglice u države iz kojih im prijeti progon. Vidi: *Priručnik o europskom pravu u području azila, zaštite granica i imigracije*, Agencija Evropske unije za temeljna prava, Vijeće Evrope, 2014, dostupno na [Priručnik o europskom pravu u području azila, zaštite granica i imigracije – Izdanje prosinac 2014 \(refworld.org\)](https://www.refworld.org/docid/5d111111.html), (pristup 10.09.2022. godine).

92 Vidi član 78. Ugovora.

Prava djeteta su se ekspanzivnije razvijala tek od devedesetih godina 20. stoljeća, pa je tako Povelja o osnovnim pravima EU⁹³ prvi dokument koji u cjelosti definiše garantovana politička i socijalna prava, kada je EU počela politički djelovati⁹⁴ i u sferi prava djece izbjeglica.⁹⁵ Povelja⁹⁶ je dokument u kojem su sadržana sva glavna lična, građanska, politička, ekonomska i socijalna prava koja su sadržana u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, ustavima država članica, EU i mnogim drugim međunarodni konvencijama o osnovnim pravima. Uprkos činjenici da su porodični odnosi u većoj mjeri i dalje bili nadležnost država članica, prava djeteta⁹⁷ se ekspanzivno razvijaju kao dio standarda unutar institucija EU.⁹⁸

EU ima jasnu nadležnost donošenja propisa u području migracija i azila.⁹⁹ Posebna pažnja posvećena je potrebama djece bez pratnje,¹⁰⁰ uključujući pravne aspekte poput zakonskog starateljstva i pravnog zastupanja, procjene dobi, traganja za porodicom i spajanje sa njima, postupaka azila, zadržavanja i protjerivanja, kao i aspekte povezane sa životnim uslovima djece,¹⁰¹ uključujući smještaj, zdravstvenu zaštitu, obrazovanje i osposobljavanje, vjeroispovijest, kulturu i slobodno vrijeme.¹⁰²

U svrhu zaštite prava djeteta, usvojeni su mnogi dokumenti počev od Smjernica za promociju i zaštitu prava djeteta, Evropski konsenzus o razvoju, EU agenda za prava djeteta, Strategija Evropa 2020, Uredba Savjeta Dablin II, te Kvalifikaciona

93 O Povelji vidi: Hofmajster F., *Povelja o osnovnim pravima*, u: Evropa od A do Š: Priručnik za evropsku integraciju, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2010.; Simas L., *Protection of Fundamental Rights in the EU Post-Lisbon*, E-International Relations Students, 1.12.2013; Dostupno na <http://www.e-ir.info/2013/12/01/the-protection-of-fundamental-rights-post-lisbon/>, (pristup 10.09.2022. godine); Diter- Borhart K., *Abeceda prava Evropske unije*, Kancelarija za publikaciju Evropske unije, Luksemburg, 2013; Čorić Eric V; Rabrenović A; *Utvrdjivanje oblasti primene osnovnih prava u Evropskoj uniji*, Revija za evropsko pravo, 14, 2,3, 2012, str.117-135;

94 Slično: Galonja A. et. al., 39.

95 Član 24. Povelje odnosi se i na prava djeteta, jer navodi pravo na zaštitu i njegovu potrebnu za dobrobit djeteta, pravo na izražavanje mišljenja, kao i obavezu prvenstvenog značaja najboljeg interesa djeteta, u skladu sa UN Konvencijom. Vidi: Galonja A. et. al., str. 39; Lamont R., *Article 24*, u: Peers S. et.al., *The EU Charter of Fundamental Rights: A commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, str. 209.-215.

96 Povelja tada nije ugrađena u ugovor ali se postovilo pitanje njenog statusa. Uprkos tome što je postojala namjera da bude pravno obavezujući dokument, njen pravni status ostao je neriješen i nejasan. Tako: Vujačić M., *Zaštita ljudskih prava u Evropskoj uniji – prvih 60 godina*, u Babić J. (ur.), *Godišnjak UEF Srbija 2011*, Službeni glasnik i Unija evropskih federalista Srbija, Beograd, 2012, str. 10.

97 Vidi i González Bou E. et.al., *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Marcial Pons, 2010.

98 Hervey T. K.; Kenner J, *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights - a legal perspective*, Oxford 2003, str. 105.

99 Priručnik o pravima djeteta u evropskom pravu, Agencija Evropske unije za temeljna prava i Vijeće Europe, 2015, str. 156.

100 Vidi i Breen C., *The emerging tradition of the best interests of the child in the European Convention on Human Rights*, u: Breen C., *The standard of the best interest of the child*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2002.

101 Vidi McGlynn C., „*Rights for children?: The potential impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*“, *European Public Law*, 2002, 8, 3, str. 387-400.

102 Priručnik o pravima djeteta u evropskom pravu, str. 157.

direktiva, Direktiva o procedurama azila kojima se stiže ili gubi status izbjeglice i Direktiva o uslovima prihvata tražitelja azila.

Saopštenje Evropske komisije iz 2006. godine predstavlja osnov za zaštitu i promociju prava djeteta u okviru unutrašnje i vanjske politike EU, koje predviđa razvoj dugoročne strategije EU u odnosu na prava djeteta i zaštitu djeteta, te veće učešće institucija EU da se bave pitanjima djeteta.¹⁰³

Smjernice za promociju i zaštitu prava djeteta¹⁰⁴ naglašavaju važnost ključnih međunarodnih i *acquis communautaire* standarda, kao i političkih obaveza u promociji i zaštiti prava djeteta, te se posmatraju kao dio unutrašnjih aktivnosti EU, ali i osnov djelovanja i saradnje sa trećim zemljama.¹⁰⁵ Ove smjernice iz 2007. godine su revidirane 2017. godine,¹⁰⁶ te se u uvodnom dijelu oslanjaju na Konvenciju o pravima djeteta,¹⁰⁷ a sve zbog zaštite prava djeteta.¹⁰⁸ Operativni dio Smjernica utvrđuje način i sredstva za što veću zaštitu prava djeteta u partnerskim zemljama te korake EU u tom smjeru, te EU očekuje od država članica da uzimaju u obzir pun spektar prava djeteta radi zaštite svih prava svakog djeteta, a posebno najranjivije djece, kao što su raseljena djeca ili djeca migranti i izbjeglice.¹⁰⁹ EU je preuzela veliku ulogu radi promicanja svih prava djeteta radi sveukupne zaštite, a posebno prava djece izbjeglica, jer je uzela u obzir najranjiviju kategoriju društva, kao što su ta djeca.

Sljedeći korak u razvoju prava djece izbjeglica bilo je donošenje Evropskog konsenzusa o razvoju¹¹⁰, koji predstavlja zajedničku izjavu tri organa EU (Parlamenta, Vijeća i Komisije) kao novi okvir za razvojnu saradnju EU i njenih država članica. Cilj ovog konsenzusa je povećanje snage EU za savladavanje izazova današnjice,

103 Galonja A. et. al., str. 40.

104 Smjernice nisu pravno obavezujuće, ali ih je jednoglasno usvojilo Vijeće EU, te zbog toga predstavljaju politički signal prioriteta EU, te vodič za unapređenje ljudskih prava van EU. Vidi: Ibid.

105 Studija o zaštiti djece u pokretu, str.39.

106 Razlog za revidiranje je činjenica da se od donošenja Smjernica iz 2007. godine mnogo toga promijenilo u kontekstu prava djece na globalnom nivou i evolucije politike EU. Kao jedan od razloga navode i da je tokom 2016. godine Opća skupština UN-a prvi put sazvala sastanak na vrhu na nivou šefova država ili vlada na temu masovnih kretanja izbjeglica i migranata. "Završni dokument sa sastanka, Njujorška deklaracija, podstiče zaštitu ljudskih prava svih izbjeglica i migranata bez obzira na status, a što obuhvata osiguravanje pristupa obrazovanju svoj djeci izbjeglicama i migrantima u roku od nekoliko mjeseci nakon njihova dolaska, prevenciju seksualnog i rodno uvjetovanog nasilja te odgovor na njega, rad na ukidanju prakse zadržavanja djece radi utvrđivanja njihova migrantskog statusa, kao i zaštitu prava žena i djevojčica te promicanje njihova potpunog, ravnopravnog i konstruktivnog sudjelovanja u pronalasku rješenja. Vidi: Revizija Smjernica EU-a za promicanje i zaštitu prava djeteta (2017.) – Ne zaboravimo nijedno dijete", 4, dostupno na [pdf \(europa.eu\)](https://www.europa.eu), (pristup 11.09.2022. godine).

107 Vidi „Revizija Smjernica EU-a za promicanje i zaštitu prava djeteta (2017.) – Ne zaboravimo nijedno dijete”, dostupno na [pdf \(europa.eu\)](https://www.europa.eu), (pristup 11.09.2022. godine).

108 Djeca u ranjivom položaju, kao što su djeca koja žive u siromaštvu, djeca koja žive u području sukoba i osjetljivim situacijama, djeca s invaliditetom, djeca koja su lišena slobode ili su u sukobu sa zakonom, djeca migranti i izbjeglice (skoro 50 miliona djece diljem svijeta migriralo je preko granica ili je prisilno raseljeno, a polovicu svih izbjeglica danas čine djeca), djeca bez pratnje i djeca bez obitelji suočavaju se s posebnim rizicima i izložena su diskriminaciji, marginalizaciji, institucionalizaciji i isključenosti. Vidi: Ibid, str. 4.

109 Ibid, str. 18.

110 Prvi konsenzus je usvojen 2006. godine, a isti je izmijenjen novim konsenzusom iz 2017. godine.

promicanje održivog razvoja i iskorjenjivanje siromaštva širom svijeta.¹¹¹ Evropski konsenzus daje odgovor na program UN-a za održivi razvoj do 2030. godine, te isti stavlja akcenat na mjere u području vladavine prava, ljudskih prava, migracija i mobilnosti. EU Agenda za prava djeteta iz 2011. godine¹¹² ukazuje na potrebu za sveobuhvatnim okvirom zaštite djece izložene seksualnoj eksploataciji i trgovini, djece koja traže azil, djece iz trećih zemalja koja dolaze bez pratnje u EU i djece koja su odbačena, odnosno nestala.¹¹³

Evropska komisija je 24. marta 2021. godine donijela Strategiju EU o pravima djeteta te Prijedlog preporuke Vijeća o uspostavi evropskog jamstva za djecu, koji predstavljaju ključne elemente koji imaju za cilj osnažiti prava djece u Evropi. Sastoji se od šest tematskih područja¹¹⁴ u kojima predlaže mjere koje će poduzeti Evropska komisija te mjere na čije poduzimanje poziva države članice. U Strategiji se posebno naglašava potreba za podršku partnerskim zemljama radi zaštite djece, posebno zaštitu djeci migrantima, izbjeglicama i prisilno raseljenu djecu te djecu koja pripadaju manjinama. EU će nastaviti davati podršku u slučajevima međunarodne zaštite u EU u kojima je potrebno preseljenje djece i drugih ranjivih osoba.¹¹⁵

Uredba Savjeta Dublin II, koja je kasnije zamijenjena Uredbom Dublin III, predstavlja jedan od najznačajnijih dokumenata kojom se uspostavljaju kriteriji za utvrđivanje odgovornosti država članica prilikom razmatranja zahtjeva za azil¹¹⁶ koji su podneseni unutar EU od državljanina trećih zemalja.¹¹⁷

111 [Vijeće usvojilo novi Evropski konsenzus o razvoju - Consilium \(europa.eu\)](#), (pristup 12.09.2022. godine).

112 Communication from the Commission to the European parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - An EU Agenda for the Rights of the Child, COM(2011) 60 final, Brisel, 2011; M. Tuite The way forward: the implementation of the EU Agenda for the rights of the child. In *ERA Forum*, Springer Berlin Heidelberg, 2013, 14, 4, str. 543-556.

113 Galonja A. et. al., str. 41.

114 Participacija djece u političkom i demokratskom društvu, borba protiv dječijeg siromaštva, suzbijanje nasilja nad djecom, pravosuđe prilagođeno djeci, sigurnost u digitalnom okruženju i prava djece na svjetskom nivou. Vidi na: [EU Strategija o pravima djeteta i Europsko jamstvo za djecu – Pravobranitelj za djecu \(dijete.hr\)](#), (pristup 12.09.2022. godine).

115 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0142&from=en#footnote63>, (pristup 12.09.2022. godine).

116 Vidi Presudu Evropskog suda pravde u spojenim predmetima C-297/17, C-318/17, C-319/17 i C-438/17 a u vezi tumačenja člana 33. stav 2. tačka (a) i člana 52. stav 1. Direktive 2013/32/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o zajedničkim postupcima za priznavanje i oduzimanje međunarodne zaštite (SL 2013., L 180, str. 60.) (kao i članova 4. i 18. Povelje EU o temeljnim pravima. Zahtjevi su upućeni u okviru četiri spora između Bashara Ibrahima (predmet C-297/17), Mahmuda Ibrahima, Fadwe Ibrahim, Bushre Ibrahima, maloljetne djece Mohammada i Ahmada Ibrahima (predmet C-318/17), kao i Nisreen Sharqawi i njezine maloljetne djece Yazana i Hosama Fattayrjija (predmet C-319/17), s jedne strane, i Savezne Republike Njemačke, s druge strane, kao i između Savezne Republike Njemačke i Tausa Magamadova (predmet C-438/17), u vezi s odlukama Saveznog ureda za migraciju i izbjeglice, Njemačka, kojima im je odbijeno pravo na azil.

117 Uredba (EU) br. 604/2013 Evropskog parlamenta i Vijeća od 26. juna 2013. o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva (2013, L 180, 31) stavila je van snage i zamijenila Uredbu Vijeća (EZ) br. 343/2003 od 18. februara 2003. o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za azil koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje, 2013, L 50, 1.

Direktiva 2011/95/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. decembra 2011. o standardima za kvalifikaciju državljana trećih zemalja ili osoba bez državljanstva za ostvarivanje međunarodne zaštite, za jedinstveni statusa izbjeglica ili osoba koje ispunjavaju uvjete za supsidijarnu zaštitu te sadržaj odobrene zaštite,¹¹⁸ ima za cilj osigurati da države članice primjenjuju zajedničke kriterije za utvrđivanje osoba kojima je zaista potrebna međunarodna zaštita i, s druge strane, osigurati da minimalni nivo pogodnosti bude dostupan tim osobama u svim državama članicama, te uskladiti propise o priznavanju i sadržaju statusa izbjeglica¹¹⁹ i supsidijarne zaštite. EU smatra da bi usklađivanje propisa trebalo pomoći u ograničavanju sekundarnih kretanja tražilaca međunarodne zaštite između država članica.¹²⁰

Prema pravu EU, tokom određivanja postojanja uvjeta za izbjegličku ili privremenu zaštitu, važno je razmotriti da li bi u zemlji u koju se predlaže povratak podnositelj bio zaštićen od zlostavljanja. Osim toga, izbjeglice čiji je status priznat, kao i one sa supsidijarnom zaštitom, imaju pravo pristupa zdravstvenoj zaštiti kao i državljani država članica, a sve prema članu 30. Direktive o kvalifikaciji. Prema članu 32. Direktive o kvalifikaciji države članice obavezuju se osigurati da korisnici izbjegličkog statusa ili statusa supsidijarne zaštite imaju pristup smještaju jednak uvjetima koji se primjenjuju na druge državljane trećih zemalja koji na području države članice borave legalno.¹²¹ Član 26. stav 1. i 3. Direktive o kvalifikaciji priznaje pravo izbjeglicama i onima kojima je dodijeljena supsidijarna zaštita da se zaposle i budu samozaposleni. Također im je potrebno na jednak način kao i državljanima omogućiti pristup postupcima priznavanja kvalifikacija. Dalje, član 28. Direktive o kvalifikaciji omogućuje pristup mjerama za procjenu ranije obuke u slučaju da pojedinac nije u mogućnosti dostaviti dokaznu dokumentaciju o prethodnoj osposobljenosti. Ove odredbe oslanjaju se na članove 17, 18, 19 te

118 Službeni list EU 248, L 337/9, dostupna na [EUR-Lex - 32011L0095 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](http://eur-lex.europa.eu), pristup 12.9.2022. godine, dalje: Kvalifikaciona direktiva.

119 Primjenom ove direktive, u slučaju Salahadin Abdulla i drugi, Evropski sud pravde je naglasio kako „recitali 3., 16. i 17. uvoda u Direktivu potvrđuju kako Ženevska konvencija predstavlja međunarodni pravni režim zaštite izbjeglica te da su odredbe Kvalifikacione direktive i njihov sadržaj donesene kako bi se nadležnim tijelima država članica dale smjernice za provedbu te Konvencije na temelju zajedničkih koncepata i kriterija.” Vidi Presude Evropskog suda pravde, povezani slučajevi C-175/08, C-176/08, C-178/08 i C-179/08, Aydin Salahadin Abdulla i ostali protiv Savezne Republike Njemačke, 2. marta 2010, 52; Presuda Evropskog suda pravde C-31/09 iz 2010. godine, Nawras Bolbol protiv Bevándorlási és Állampolgársági Hivata, 17. juna 2010, 37; Presuda Evropskog suda pravde povezani slučajevi C57/09 i C101/09, 2010, Bundesrepublik Deutschland protiv B. i D., 77. Međutim, ni član 33. Ženevske konvencije iz 1951. godine ni članovi 17. i 21. Kvalifikacione direktive ne zabranjuju apsolutno takvo vraćanje. Naime, udaljenje izbjeglice je dopušteno u izuzetnim slučajevima kao što je npr. opasnost te osobe za sigurnost države domaćina ili u slučaju počinjenja teškog krivičnog djela. Vidi: Priručnik o europskom pravu u području azila, zaštite granica i imigracije, Agencija Evropske unije za temeljna prava, Vijeće Evrope, 2014, dostupno na [Priručnik o europskom pravu u području azila, zaštite granica i imigracije – Izdanje prosinac 2014 \(refworld.org\)](http://refworld.org), 61 (pristup 10.09.2022. godine).

120 Vidi tačke 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 i 20. Preambule Direktive.

121 U predmetu Khlaifia i drugi protiv Italije Evropski sud za ljudska prava je postavio temeljna načela u pogledu životnih uvjeta u prihvatilištima za migrante i izbjeglice. Ti uvjeti podrazumijevaju: dovoljno ličnog prostora, pristup prirodnom svjetlu, zraku i vježbanju na otvorenom, dostupnost ventilacije i poštovanje osnovnih sanitarnih i higijenskih zahtjeva. Presuda od 15.12.2016. godine, dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170054%22%5D%7D>, pristup 01.10.2022. godine.

22. stav 2. Konvencije o statusu izbjeglica. Direktiva obavezuje države članice da djeci izbjeglicama osigura osposobljavanje pod jednakim uslovima kao i za njene državljane.¹²² Također, u preambuli, navodi da je potrebno da se korisnicima međunarodne zajednice pruža, bez diskriminacije, primjerena socijalna pomoć i sredstva izdržavanja, te da se detalji i načini pružanja povlastica korisnicima međunarodne zaštite trebaju urediti nacionalnim pravom. Međutim, iako ne propisuje minimalan iznos socijalne pomoći, Kvalifikaciona direktiva upućuje države članice da ovaj pojam pokriva barem minimum prihoda, te u onoj mjeri u kojoj su takve povlastice omogućene državljanima te države.¹²³ EU je omogućila i spajanje djece izbjeglica sa porodicom u evropskim državama, u situacijama kada se djeca ne mogu vratiti u državu porijekla radi nastavka porodičnog života.¹²⁴

Direktiva o procedurama azila kojima se stiče ili gubi status izbjeglice¹²⁵ je direktiva minimalne harmonizacije, koja jer garantuje minimum standarda unutar država članica u postupcima dobijanja statusa djece izbjeglica. Osobama kojima je priznat status izbjeglica i osobama pod supsidijarnom zaštitom moraju se, u skladu s propisima EU-a, izdati dokumenti kojima se potvrđuje njihov identitet kao i putni dokumenti.

EU već decenijama, donoseći relevantne propise iz ove oblasti, osigurava znatna finansijska sredstva u pružanju pomoći državama radi zaštite prava izbjeglica, odnosno radi osiguranja njihovih prava.¹²⁶ Na primjer, Program Evropske komisije za vanredne situacije obično je namijenjen za pomoć siromašnim i zonama zahvaćenim sukobima u Africi i na Bliskom istoku. Međutim, EU je dodjeljivala finansijska sredstva i članicama EU koje su pogođene izbjegličkom krizom. Osim toga, EU je, primjera radi, Bosni i Hercegovini krajem 2021. godine dodijelila 2,5 miliona eura humanitarne pomoći za podršku ugroženim izbjeglicama i migrantima u Bosni i Hercegovini, a radi pružanja veće zaštite istima.¹²⁷ Ovi svi podaci pokazuju da EU, radi zaštite prava djece izbjeglica, ne samo da donosi odgovarajuće propise iz ovih oblasti, nego pruža i finansijsku pomoć ne samo državama članicama EU koje su pogođene krizom, nego i drugim državama, kako u Evropi, tako i u svijetu.

122 O tome Priručnik o europskom pravu u području azila, zaštite granica i imigracije.

123 Vidi tačku 45. Preambule Kvalifikacione direktive.

124 Vidi Direktivu 2003/86/EZ o pravu na spajanje sa porodicom, L 251/12, dostupno na [EUR-Lex - 32003L0086 - HR - EUR-Lex \(europa.eu\)](#), pristup 13.09.2022. godine. U slučaju *Osman protiv Danske* Evropski sud za ljudska prava je, u predmetu broj 38058/09, od 14.06.2011. godine, razmatrao slučaj u kojem je tinejdžerku školske dobi porijeklom iz Somalije, koja je sa svojom porodicom bila na dugotrajnom legalnom boravku u Danskoj, otac preselio iz Danske radi pružanja pomoći svojoj baki u izbjegličkom kampu u Keniji. Nakon dvije godine, kada se djevojčica prijavila za novu dozvolu boravka, danski nadležni organi odbili su taj zahtjev. Sud je utvrdio da je riječ o povredi člana 8. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

125 Službeni list EU L 326/13, dostupna na [LexUriServ.do \(europa.eu\)](#), (pristup 13.09.2022. godine).

126 Tematsko izvješće, Instrument za izbjeglice u Turskoj: korisna potpora, no potrebna su poboljšanja kako bi se ostvarivala veća vrijednost za uloženi novac, Evropski revizorski sud, <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/refugees-turkey-27-2018/hr/>, (pristup 13.09.2022. godine).

127 <https://www.slobodnaevropa.org/a/evropska-unija-bosna-i-hercegovina-migranti/31592108.html>, (pristup 13.09.2022. godine).

3. Sistem zaštite djece izbjeglica u pravu Bosne i Hercegovine

Ustav Bosne i Hercegovine, kao najviši pravni akt u državi ne sadrži definiciju djeteta niti posebno proklamuje prava djeteta, izuzev prava na porodični život, koje pravo nije specifično za djecu, ali svakako da pripada i djeci. Kada su u pitanju izbjeglice, Ustav Bosne i Hercegovine u članu II/5 sadrži odredbu kojom su regulisana prava izbjeglica i raseljenih lica koji su napustili svoje domove u Bosni i Hercegovini uslijed ratnih dešavanja.¹²⁸ Odredbom člana III/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine propisana je isključiva nadležnost institucija Bosne i Hercegovine u oblasti politike i regulisanja pitanja imigracija, izbjeglica i azila. Međutim, o pravu na azil, kao i o drugim pravima izbjeglica i migranata iz drugih država u Bosnu i Hercegovinu u Ustavu nema riječi.¹²⁹ Ipak, Bosna i Hercegovina stranka je niza međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I Ustava Bosne i Hercegovine, kojima su garantovana ljudska prava i slobode. U kontekstu teme ovog rada, najznačajniji međunarodni dokumenti iz Aneksa I Ustava su: Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica i Protokol iz 1966. godine te Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine. Ove Konvencije imaju rang ustavnih prava, te se neposredno primjenjuju, ukoliko su po svom sadržaju podobne za neposrednu primjenu, te obavezuju zakonodavca da svoje akte uskladi sa pravima iz Konvencije.¹³⁰ Osim toga, Bosna i Hercegovina je potpisujući Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju Evropskoj uniji preuzela obavezu usklađivanja svog prava sa *acquis communautaire*-om.

Obzirom da je Bosna i Hercegovina federalno uređena država, ustavi entiteta, kao i ustavi kantona moraju biti usklađeni sa državnim Ustavom. U Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine kao jedno od garantovanih ljudskih prava navodi se zaštita porodice i djece, pri čemu se posebno ne obrazlaže šta podrazumijeva navedeno pravo, kao i pravo na azil.¹³¹

Kao i Ustav Bosne i Hercegovine, i Ustav Federacije Bosne i Hercegovine u aneksu sadrži pobrojane međunarodne sporazume za zaštitu ljudskih prava, među kojima su i Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica i Protokol iz 1966. godine

128 Ovim članom propisano je: "Sve izbjeglice i raseljena lica imaju pravo da se slobodno vrate u svoje domove. Oni imaju pravo, u skladu sa Aneksom 7 Opsteg okvirnog sporazuma, da im se vrati imovina koje su bili liseni za vrijeme neprijateljstava od 1991. i da dobiju kompenzaciju za svu takvu imovinu, koja im ne može biti vraćena. Sve obaveze ili izjave u vezi sa takvom imovinom, koje su date pod prisilom, ništave su."

129 Članom III.1. Ustava propisano je samo da politika i regulisanje pitanja imigracije, izbjeglica i azila spada u nadležnost institucija Bosne i Hercegovine

130 Marković G., *Ustavopravni osnov ostvarivanja prava djeteta u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova „Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog“, 2012, str. 252. Isto tako Trnka K., *Ustavno pravo*, str. 119-120. Ima i drugačijih mišljenja, tj. da ove konvencije nisu neposredno primjenjive u Bosni i Hercegovini, ali da država Bosna i Hercegovina i oba entiteta imaju obavezu da zakonodavnim, sudskim i upravnim mjerama obezbijede prava koja su u njima sadržana Nowak M., *Shortcomings of Effective Enforcement of Human Rights in Bosnia and Herzegovina, Human Rights in Bosnia and Herzegovina after Dayton: From Theory to Practice* (eds. W. Benedek et al.), The Hague 1999, 97. Navedeno prema: Marković G., 250.

131 Član II. A.2.1) i. član II. A.2.1) j.

te Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine, koji nesporno, budući da isto proizilazi iz samog naslova aneksa, imaju pravnu snagu ustavnih odredaba.

Za razliku od Ustava Bosne i Hercegovine i Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, Ustavom RS detaljnije su uređena prava djeteta. Tako se u članu 36. Ustava RS garantuje posebna zaštita porodice, majke i djeteta. Roditelji imaju pravo i dužnost da brinu o podizanju i vaspitanju djece. Vanbračna djeca imaju ista prava i dužnosti kao i djeca rođena u braku. Čovjek ima pravo da slobodno odlučuje o rađanju djece. Djeca su dužna brinuti o roditeljima kojima je potrebna pomoć. Maloljetnici o kojima se roditelji ne brinu imaju pravo na posebnu zaštitu. Osim ovih prava, djeca uživaju i pravo na zdravstvenu zaštitu iz javnih prihoda,¹³² pravo na školovanje pod jednakim uslovima, te posebno pravo na besplatno osnovno obrazovanje koje je obavezno.¹³³ Ustavom je zabranjen prinudni rad, te je propisano da omladina, žene i invalidi imaju posebnu zaštitu. Kako shodno zakonu o radu i maloljetnici od 15 godina mogu zasnovati radni odnos, onda se može reći da je i posebna zaštita na radu pravo djeteta.¹³⁴ Konačno, djeca kao zaposlenici ili članovi porodica zaposlenih imaju i pravo na socijalnu zaštitu i socijalno osiguranje.¹³⁵ Ustavom RS su ljudska prava i slobode utvrđene ustavom i druga prava utvrđena zakonom i međunarodnim ugovorima izričito garantovana i strancima.¹³⁶ Stoga se može zaključiti da prethodno navedena prava djeteta pripadaju i djeci izbjeglicama.

Osnovni zakon kojim su regulisana prava djece izbjeglica je Zakon o azilu Bosne i Hercegovine.¹³⁷

Zakonom o azilu data je definicija izbjeglice prema kojoj se izbjeglicom smatra stranac ili lice bez državljanstva kojem je Ministarstvo sigurnosti Bosne i Hercegovine priznalo izbjeglički status u skladu sa Konvencijom o statusu izbjeglica iz 1951. godine i Protokolom o statusu izbjeglica iz 1967. godine i ovim zakonom. Izbjeglički status se odobrava strancu koji se zbog osnovanog straha od progona zbog svoje rase, vjere, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili političkog mišljenja nalazi van zemlje svog državljanstva a ne može ili se zbog takvog straha ne želi staviti pod zaštitu te zemlje, kao i licu bez državljanstva koje se nalazi van zemlje svog prethodnog uobičajenog mjesta boravka a ne može se ili se, zbog takvog straha, ne želi vratiti u tu državu.¹³⁸ Iz navedenog proizilaze uslovi pod kojima se nekome može odobriti status izbjeglice, a to je: 1) da se radi o strancu ili licu bez državljanstva, 2) da postoji osnovan strah; 3) progon; 4) po osnovu rase, vjere, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili političkog mišljenja, te da se 5) nalazi se van zemlje svog porijekla ili uobičajenog boravka i 6) ne može se, ili se, zbog takvog straha, ne želi staviti pod zaštitu te države.¹³⁹

132 Član 37 Ustava RS.

133 Član 38 Ustava RS.

134 Marković G., 254.

135 Član 43. Ustava RS .

136 Član 44. Ustava RS.

137 Službeni glasnik Bosne i Hercegovine 11/16, 16/16.

138 Član 19. Zakona o azilu.

139 Detaljnije o svakom od pojedinih uslova vidjeti u priručniku: *Međunarodna zaštita – azil u praksi u Bosni i Hercegovini*, Udruženje Vaša Prava Bosne i Hercegovine 2016, 17-24.

Navedeni uslovi za sticanje izbjegličkog statusa u potpunosti su usaglašeni sa uslovima propisanim Konvencijom o statusu izbjeglica iz 1951. godine i Protokolom o statusu izbjeglica iz 1967. godine.

Zakonom o azilu propisana su osnovna prava djece izbjeglica, a to su: pravo na nediskriminaciju, pravo na identifikacioni dokument i putnu ispravu, pravo na informisanje, pravo na slobodu kretanja i smještaj, pravo na socijalnu pomoć i starateljstvo, pravo na spajanje sa porodicom, održavanje porodičnog jedinstva, pravo na rad, obrazovanje i zdravstvenu zaštitu, te pomoć pri uključivanju u bh. Društvo.¹⁴⁰ U svim postupcima koji se tiču djeteta, kao i prilikom ostvarivanja svih navedenih prava djece izbjeglica, Ministarstvo i ostala nadležna tijela u Bosni i Hercegovini dužna su prvenstveno voditi računa o najboljem interesu djeteta, odnosno osigurati da su sva prava djeteta zaštićena u skladu s Konvencijom o pravima djeteta i propisima u Bosni i Hercegovini koji se odnose na brigu i zaštitu djece.¹⁴¹

U cilju detaljnijeg regulisanja načina ostvarivanja navedenih prava, Ministarstvo za ljudska prava donijelo je niz podzakonskih akata i to: Pravilnik o načinu ostvarivanja zdravstvenog osiguranja osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini,¹⁴² Pravilnik o smještaju, načinu rada, funkcioniranju i kućnom redu u Izbjegličko-prihvatnom centru "Salakovac" u Mostaru,¹⁴³ Pravilnik o načinu ostvarivanja prava na obrazovanje osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini,¹⁴⁴ Pravilnik o načinu ostvarivanja prava na socijalnu pomoć osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini,¹⁴⁵ Pravilnik o načinu ostvarivanja prava na rad osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini¹⁴⁶ i Pravilnik o načinu ostvarivanja pomoći pri uključivanju u bosanskohercegovačko društvo izbjeglica i stranaca pod supsidijarnom zaštitom u Bosni i Hercegovini.¹⁴⁷

Osim toga, budući da je Bosna i Hercegovina potpisnica Konvencije o pravima djeteta to je ista obavezna dostavljati Komitetu za prava djeteta UN-a periodične izvještaje o provođenju navedene Konvencije,¹⁴⁸ te u cilju postupanja po Preporukama

140 Član 9,10,11,12,13,14 78. Zakona o azilu.

141 Član 11. Zakona o azilu.

142 „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, broj 16/17.

143 Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, broj 29/17.

144 ”Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, broj 42/17.

145 Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, broj 43/17.

146 ”Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, broj 52/17.

147 ”Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, br. 19/2022.

148 Prvi periodični izvještaj Bosne i Hercegovine (Inicijalni) o provođenju Konvencije o pravima djeteta urađen je u skladu s Generalnim smjernicama u vezi sa strukturom i sadržajem periodičnih izvještaja koje države strane dostavljaju prema članu 44, stavu 1. (b) Konvencije. Komitet za prava djeteta je razmatrao Kombinovani drugi, treći i četvrti periodični izvještaj Bosne i Hercegovine o provođenju Konvencije o pravima djeteta (CRC/C/BiH/2-4) na 1730. sjednici (pogledati CRC/C/SR. 1730 i CRC/C/SR. 1731) održanoj 19. septembra 2012. godine, a na 1754. sjednici održanoj 5. oktobra 2012. godine usvojio je zaključna zapažanja. Također, Komitet za prava djeteta je razmatrao Kombinovani peti i šesti izvještaj Bosne i Hercegovine o provođenju Konvencije o pravima djeteta na 2404. i 2405. sjednici (CRC/C/SR. 2404 i 2405), koje su održane 10. i 11. septembra 2019. godine, a na 2430. sjednici održanoj 27. septembra 2019. usvojio je zaključna zapažanja. Navedeno prema: Program praćenja provođenja Preporuka Komiteta za prava djeteta u Bosni i Hercegovini za period 2020-2024.

Komiteta za prava djeteta sačinjava četverogodišnje programe praćenja provođenja Preporuka.

Bosna i Hercegovina je također potpisnica i Konvencije o statusu izbjeglica iz 1951. godine, iz čega proizilazi obaveza Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice da sačinjava godišnje izvještaje o zbrinjavanju izbjeglica i stranaca pod supsidijarnom zaštitom u Bosni i Hercegovini.

U nastavku ćemo ukazati na to kako je ostvarivanje prava djece izbjeglica regulisano u pravnom sistemu Bosna i Hercegovina te ista uporediti sa međunarodnim pravnim pravilima i praksom, kako bismo mogli utvrditi u kojoj mjeri je naše zakonodavstvo o pravima djece izbjeglica usaglašeno sa normama međunarodnog prava.

3.1. Pravo na nediskriminaciju

Jedno od osnovnih prava svih ljudi je pravo na nediskriminaciju, koje predstavlja *ius cogens*, odnosno peremptornu normu općeg međunarodnog prava. Opće načelo jednakosti svih ljudi proklamovano je u samom Ustavu Bosne i Hercegovine gdje se navodi da uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I Ustava, osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status. Ovo pravo je dalje detaljno regulisano Zakonom o zabrani diskriminacije.¹⁴⁹ U članu 2. stav 1. navedenog Zakona propisano je da će se diskriminacijom „smatrati svako različito postupanje uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica i onima koji su s njima u rodbinskoj ili drugoj vezi na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, invaliditet, starosna dob, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i spola, seksualne orijentacije, rodnog identiteta, spolnih karakteristika, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemogućiti ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi, prava i sloboda u svim oblastima života“. Kao posebne oblasti primjene ovog zakona navodi se, između ostalog, oblast zapošljavanja, rada i radnih uslova, oblast obrazovanja, nauke i sport, gdje se posebno naglašava da dostupnost obrazovanja ne bi trebalo da zavisi od useljeničkog statusa djece ili njihovih roditelja; zatim oblast socijalne zaštite, zdravstvene zaštite i stanovanja.

Ovakvo zakonodavno rješenje u potpunosti je u skladu sa međunarodnim normama propasnim Konvencijom o pravima djeteta i Konvencijom o statusu izbjeglica iz 1951. godine,¹⁵⁰ kao i sa EU Direktivom o kvalifikaciji.

Zaključna su zapažanja Odbora za prava djeteta pravno neobavezujuća za države stranke Konvencije, u čemu leži njihova manjkavost.

149 "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" broj 59/09,66/16.

150 Više o tome vidjeti u poglavlju Međunarodni pravni okvir zaštite djece izbjeglica u ovom radu.

Svakako je zanimljivo istaći da je ovim zakonom kao izuzetak od principa jednakog postupanja, a u cilju zaštite pripadnika ranjivih skupina, među kojima su i djeca, izbjeglice i azilanti, i omogućavanja njihovog punog učešća u svim oblastima života dozvoljena tzv. pozitivna diskriminacija. Ona podrazumijeva provođenje ili donošenje privremenih posebnih mjera osmišljenih bilo da se spriječe ili nadoknade štete koje lica trpe a koje su određene osnovama navedenim u članu 2. ovog zakona. Uslovi pod kojima se navedene mjere neće smatrati diskriminacijom su: da se njima ostvaruje legitiman cilj i da postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se nastoji realizirati.¹⁵¹

Jedna od takvih mjera predstavlja olakšana naturalizacija izbjeglica, naročito djece izbjeglica, u pravu Bosne i Hercegovine. Naime, izbjeglice shodno Zakonu o državljanstvu Bosne i Hercegovine, te zakonima o državljanstvu entiteta, mogu pod povoljnijim uslovima nego je to slučaj sa ostalim strancima steći državljanstvo Bosne i Hercegovine. Takve mjere je Vijeće Evrope još u svojoj Preporuci iz 1969. godine¹⁵² navodilo kao primjere dobre prakse, dok je Preporukom iz 1984. godine izričito navedeno da se olakšavanjem naturalizacije izbjeglica ne vrši diskriminacija stranaca, koji za razliku od izbjeglice uživaju zaštitu države porijekla.¹⁵³

Primjena prava na nediskriminaciju odnosi se na postupanje svih javnih tijela na nivou države, entiteta, kantona i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskih institucija i tijela, te pravnih lica s javnim ovlaštenjima, kao i na postupanje svih pravnih i fizičkih lica, a isto se posebno primjenjuje u oblastima zapošljavanja, rada i radnih uslova; obrazovanja, nauke i sporta, pri čemu se naglašava da dostupnost obrazovanja ne bi trebalo da zavisi od useljeničkog statusa djece ili njihovih roditelja; zatim socijalne zaštite i načina postupanja prema korisnicima socijalne zaštite; zdravstvene zaštite; pravosuđa i uprave, uključujući aktivnosti policije i drugih službenika za provođenje zakona, te stanovanja.¹⁵⁴

Kao što možemo vidjeti, pravo na nediskriminaciju predstavlja jedno od osnovnih načela na kojima počiva pravni sistem Bosne i Hercegovine. Pa ipak, iz Izvještaja Misije OSCE-a u Bosni i Hercegovini, a na osnovu provedenog istraživanja u august 2019. godine, proizilazi da se migranti i izbjeglice kao grupa suočavaju sa rastućom diskriminacijom, da je 72,9 % ispitanika/ca potvrdilo da je diskriminacija migranata/tica u Bosni i Hercegovini široko rasprostranjena, te da je čak 78,1 % ispitanika/ca reklo da ne želi da se migranti/tice naseljavaju u Bosni i Hercegovini.¹⁵⁵

Komitet za prava djeteta u Preporuci 44, nakon što je razmotrio Kombinovani peti i šesti izvještaj Bosne i Hercegovine¹⁵⁶ o provođenju Konvencije o pravima

151 Član 5. Zakona o zabrani diskriminacije.

152 Preporuka 564 (1969) o sticanju državljanstva u zemlji boravka izbjeglice, Evropska konsultativna skupština,

30.09.1969. godine. Navedeno prema: Međunarodna zaštita – azil u praksi u Bosni i Hercegovini, 58.

153 Preporuka 984 (1984) o sticanju državljanstva u zemlji boravka izbjeglice, Evropska konsultativna skupština,

11.05.1984. godine. Navedeno prema: Međunarodna zaštita – azil u praksi u Bosni i Hercegovini, 59.

154 Član 6. Zakona o zabrani diskriminacije.

155 Diskriminacija u Bosni i Hercegovini: percepcije, stavovi i iskustva javnosti, OSCE Misija u Bosni i Hercegovini, 43. [448855.pdf \(osce.org\)](https://www.osce.org/files/document/448855.pdf) (pristup 10.09.2022. godine).

156 Komitet za prava djeteta je razmatrao Kombinovani peti i šesti izvještaj Bosne i Hercegovine o

djeteta pozvao je Bosnu i Hercegovinu da u cilju suzbijanja diskriminacije izbjeglica i migranata, izradi kampanje za borbu protiv govora mržnje prema tražiteljima azila i izbjeglicama, a naročito djeci, te osigura istragu, gonjenje i sankcioniranje počinitelaca.

3.2. Pravo na identifikacioni dokument i putnu ispravu

Zakonom o azilu propisano je da stranac kojem bude odobren zahtjev za azil i dodijeljen status izbjeglice ima pravo na identifikacioni dokument. Zahtjev za izdavanje identifikacionog dokumenta podnosi lice sa priznatim statusom izbjeglice ili njegov punomoćnik, te ako se radi o djeci njihov zakonski ili dodijeljeni staratelj. Zahtjev se podnosi Ministarstvu sigurnosti Bosne i Hercegovine.¹⁵⁷ Identifikacioni dokument izbjeglice u našem pravnom sistemu predstavlja izbjeglički karton. Rok valjanosti izbjegličkog kartona je 3 godine, a isti se može i produžavati. Svaku promjenu mjesta boravišta, izbjeglica je dužna dostaviti Ministarstvu sigurnosti radi unošenja iste u evidencije.

Posjedovanje izbjegličkog kartona uslov je za ostvarivanje svih drugih prava izbjeglica propisanih Zakonom o azilu od prava na smještaj, socijalnu zaštitu, prava na obrazovanje, zdravstvenu zaštitu itd., budući da ovim kartonom izbjeglica dokazuje svoj status.

U prethodnim godinama izbjeglice su imale problem oko ostvarivanja navedenih prava upravo iz razloga što su institucije tražile od izbjeglica da dostave identifikacione dokumente iz zemlje porijekla – ličnu kartu ili pasoš, dok se izbjeglički karton nije priznavao kao identifikacioni dokument.

Problem je posebno bio evidentan u slučajevima podnošenja zahtjeva za upis novorođene djece priznatih izbjeglica u matične knjige, u kojim slučajevima su matični uredi odbijali ovakav upis zbog nedostatka identifikacionih dokumenata roditelja kojim se dokazuje njihovo državljanstvo. Također, zbog odbijanja uposlenih u matičnim uredima da u rubriku “državljanstvo” upišu državljanstvo roditelja navedeno u izbjegličkom kartonu, uz obrazloženje da je potrebno pribaviti dokumente iz zemlje porijekla roditelja, dešavalo sa djeca priznatih izbjeglica ne mogu da ostvare status izbjeglice.¹⁵⁸

Za rješavanje navedenih problema od posebnog značaja bilo je donošenje Pravilnika o ličnom stanju i upisu u matične knjige činjenice rođenja, vjenčanja i smrti osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini¹⁵⁹ i Uputstva o načinu vođenja matičnih knjiga FBiH¹⁶⁰, kojima je propisano da prilikom upisa u matične knjige izbjeglice svoj status i identitet dokazuju izbjegličkim kartonom¹⁶¹ te da se u matične knjige upisuje državljanstvo roditelja pri čemu to

provođenju Konvencije o pravima djeteta na 2404. i 2405. sjednici (CRC/C/SR. 2404 i 2405), koje su održane 10. i 11. septembra 2019. godine, a na 2430. sjednici održanoj 27. septembra 2019. usvojio je zaključna zapažanja.

157 Član 74. Zakona o azilu Bosne i Hercegovine.

158 Međunarodna zaštita – azil u praksi u Bosni i Hercegovini, 50.

159 “Sl. glasnik Bosne i Hercegovine”, br. 54/2010.

160 “Službene novine FBiH”, br. 51/2013, 55/2013, 82/2013 i 6/2015.

161 Član 85 Uputstva o načinu vođenja matičnih knjiga FBiH.

državljanstvo važi samo za ostvarivanje prava na ostvarivanje onih prava djeteta za čije ostvarenje je značajna činjenica državljanstva, kao što su određivanje JMB ili izdavanje izbjegličkog kartona i sl.¹⁶²

Osim prava na identifikacioni dokument, izbjeglica također ima pravo i na putnu ispravu radi putovanja u inozemstvo i povratka u Bosni i Hercegovini. U uvodnim odredbama Zakona o azilu navodi se da putna isprava izbjeglice predstavlja putnu ispravu donesenu u skladu sa Konvencijom o statusu izbjeglica iz 1951. godine.¹⁶³ Putnu ispravu za izbjeglice, na zahtjev izbjeglice, njegovog punomoćnika ili staratelja, ukoliko se radi o djeci, izdaje Ministarstvo sigurnosti Bosne i Hercegovine u skladu sa odredbama Zakona o putnim ispravama Bosne i Hercegovine.¹⁶⁴ Rok valjanosti ove putne isprave je 2 godine. U samu putnu ispravu navodi se izričito da se ista izdaje po osnovu Konvencije od 28. jula 1951.

Prema ranije važećim odredbama Zakona o kretanju i boravku stranaca i azilu¹⁶⁵ uslov za sticanje prava na putnu ispravu za izbjeglice bilo je to da izbjeglica nema važeću putnu ispravu ili je ne može pribaviti iz zemlje uobičajenog boravka.¹⁶⁶ Ovakvo rješenje nije bilo u skladu sa odredbom člana 28. stav 1. Konvencije o pravima izbjeglica, budući da ovaj uslov nije predviđen navedenom Konvencijom. Naime, u Konvenciji se samo navodi da će država ugovornica biti posebno blagonaklona razmotriti pitanje izdavanje putne isprave za izbjeglice ako je u pitanju izbjeglica na njenom teritoriju koji nije u mogućnosti dobiti putnu ispravu od zemlje pravnog prebivališta, a ne da navedena činjenica predstavlja uslov za izdavanje predmetne putne isprave.¹⁶⁷

3.3. Pravo na slobodu kretanja i smještaj

Pravo na slobodu kretanja i prebivališta je Ustavom Bosne i Hercegovine zagarantovano pravo svim licima na teritoriji Bosne i Hercegovine.¹⁶⁸ Slobodu kretanja i slobodan izbor mjesta boravka u Bosni i Hercegovini uživaju i stranci koji su iskazali namjeru za podnošenje zahtjeva za azil, tražitelji azila, te izbjeglice i lica pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom. Ovo pravo može biti djelimično ili potpuno ograničeno samo pod zakonom propisanim uslovima.¹⁶⁹

Pristup pravu na smještaj izbjeglicama u Bosni i Hercegovini osigurava Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice u Izbjegličko-prihvatnom centru „Salakovac“ u Mostaru¹⁷⁰ u skladu s Pravilnikom o smještaju, načinu rada,

162 Ibid.

163 Član 1. Stav 2. tačka cc) Zakona o azilu.

164 “Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” broj: 4/97, 1/99, 9/99, 27/00, 32/00, 19/01, 47/04, 53/07, 33/08, 39/08 i 60/13).

165 „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 36/08 i 87/12.

166 Član 121. Zakona o kretanju i boravku stranaca i azilu.

167 Prema nekim shvatanjima putna isprava države proganjanja za priznatu izbjeglicu ni ne može se smatrati valjanom, čak i ako to formalno još uvijek jeste. Međunarodna zaštita – azil u praksi u Bosni i Hercegovini, 26.

168 Član II/3.m) Ustava Bosne i Hercegovine.

169 Član 10. Zakona o azilu.

170 IPC “Salakovac” otvoren je 1. jula 2000. godine za smještaj izbjeglica i drugih osoba pod međunarodnom zaštitom, sa kapacitetom od oko 250 mjesta.

funkcioniranju i kućnom redu u Izbjegličko-prihvatnom centru "Salakovac" u Mostaru. Osobe koje ne koriste smještaj koji organizuje Ministarstvo nalaze se u privatnom smještaju, a troškove smještaja snose sami.

Korisnicima IPC "Salakovac" tokom boravka u ovom prihvatnom centru osigurava ostvarivanje prava zagarantovanih Zakonom o azilu i to: pravo na informisanje, rad, obrazovanje, zdravstvenu zaštitu, socijalnu pomoć i pomoć pri uključivanju u bh. društvo. Osim ovih prava, njima se osigurava i ishrana, prevoz do zdravstvenih i obrazovnih ustanova, besplatna pravna i psiho-socijalna pomoć, školski pribor, te zadovoljavanje drugih neophodnih životnih potreba te im se omogućava pristup olakšicama za integraciju.¹⁷¹

Korisnici IPC-a "Salakovac" uživaju punu slobodu kretanja, s tim da su dužni poštovati pravila o kućnom redu. Tako je korisnik koji ima namjeru da odsustvuje iz IPC-a "Salakovac" duže od sedam dana, dužan o tome upoznati upravnika IPC-a "Salakovac", koji obavještenje o tome dostavlja u sjedište Ministarstva. U slučaju da korisnik IPC-a "Salakovac" boravi izvan IPC-a "Salakovac" duže od tri dana, a o tome nije obavijestio upravnika IPC-a "Salakovac" ili opravdao odsustvo, smatra se da je napustio IPC "Salakovac" i ne može više biti njegov korisnik.¹⁷²

Djeca bez pratnje, kao i druga lica kojima je potrebna posebna zaštita, mogu se smjestiti i ustanove socijalne zaštite, kao što su domovi za djecu bez roditeljskog staranja, domovi za stara lica, zavodi za zbrinjavanje mentalno invalidnih lica i sl. Smatramo da bi za djecu izbjeglice bolja opcija bila smještanje u hraniteljske porodice, budući da bi im se time omogućila bolja zaštita u porodičnom okruženju.

3.4. Pravo na pomoć pri uključivanju u bosanskohercegovačko društvo

Zakon o azilu kao jedno od prava koja pripadaju izbjeglicama propisuje pravo na pomoć pri uključivanju u bh društvo, pri čemu ne definiše šta podrazumijeva navedeno pravo. Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice 2022. godine, a u cilju usklađivanja sa članom 34. Kvalifikacione direktive donijelo je Pravilnik kojim je detaljno regulisao vrstu pripadajuće pomoći pri uključivanju u bosanskohercegovačko društvo izbjeglica i stranaca pod supsidijarnom zaštitom u Bosni i Hercegovini, nadležne organe, uslove i načina ostvarivanja pomoći, način finansiranja pomoći i druga pitanja značajna za ostvarivanje prava propisanih Pravilnikom.¹⁷³ Ovim Pravilnikom određeno je da se pravo na pomoć i olakšice odnosi na: učenje zvaničnih jezika u Bosni i Hercegovini, učenje i upoznavanje kulturoloških prilika u Bosni i Hercegovini, pomoć u postupku priznavanja javnih isprava i drugih neophodnih dokumenata iz zemlje porijekla u Bosni i Hercegovini, pomoć u prevodenju i verifikaciji, ekvivalenciji neophodne dokumentacije o stečenom zvanju i statusu iz zemlje porijekla za potrebe olakšanog

171 Član 15. Pravilnika o smještaju, načinu rada, funkcioniranju i kućnom redu u Izbjegličko-prihvatnom centru "Salakovac" u Mostaru.

172 Član 21. Pravilnika o smještaju, načinu rada, funkcioniranju i kućnom redu u Izbjegličko-prihvatnom centru "Salakovac" u Mostaru.

173 Pravilnik o načinu ostvarivanja pomoći pri uključivanju u bosanskohercegovačko društvo izbjeglica i stranaca pod supsidijarnom zaštitom u Bosni i Hercegovini ("Sl. glasnik Bosne i Hercegovine", br. 19/2022).

uključivanja u bh. društvo, pravnu pomoć, psihosocijalnu pomoć, pomoć u pristupu socijalnom stanovanju, podršku u programima sticanja stručnih kvalifikacija, kao i u programima dokvalifikacija i prekvalifikacija ranije stečenih kvalifikacija u zemlji porijekla, pomoć pri uključivanju djece u predškolske aktivnosti te pristup informacijama važnim za olakšano uključivanje u bh. društvo putem pripreme informatora i drugih oblika informacija o dostupnim pravima i olakšicama.¹⁷⁴ Navedena prava u Bosni i Hercegovini ostvaruju se kroz saradnju UNHCR-a Bosne i Hercegovine, nevladinih organizacija, te nadležnih ministarstava i drugih partnera. Prema izvještajima UNHCR-a, kao i izvještajima Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine ova saradnja je na zavidnom nivou¹⁷⁵ i, bez obzira na svu ustavnopravnu, političku, administrativnu i finansijsku složenost Bosne i Hercegovine, ostvarivanje prava djece izbjeglica je gotovo savršeno organizovana i dobro funkcioniše.¹⁷⁶ Proces integracije izbjeglica u novo društvo okončava sticanjem državljanstva zemlje prijema. Naturalizacijom izbjeglice stiču pravnu i diplomatsku zaštitu države u kojoj borave (unutar i van granica te zemlje) te time okončavaju svoj izbjeglički status, koji se ni u kojem slučaju ne bi trebao smatrati trajnim statusom.¹⁷⁷

Bosna i Hercegovina i njeni entiteti donijeli su nove zakone o državljanstvu¹⁷⁸ kojima su u potpunosti ispunili obaveze iz Konvencije o statusu izbjeglica iz 1951. godine i Evropske konvencije o državljanstvu. Prema ovim zakonima, koji su međusobno usaglašeni, izbjeglice mogu steći pod olakšanim uslovima državljanstvo Bosne i Hercegovine i entiteta. Ti uslovi su: priznati izbjeglički status, neprekidan boravak na teritoriji Bosne i Hercegovine u trajanju od pet godina prije podnošenja zahtjeva, da je napunila 18 godina života; da mu nije izrečena mjera sigurnosti protjerivanja stranaca iz zemlje ili zaštitna mjera udaljavanja stranca s teritorije Bosne i Hercegovine od organa čiji je legalitet uspostavljen Ustavom i da je ova odluka još uvijek na snazi; da nije osuđivan na izdržavanje kazne za krivična djela s predumišljajem na duže od tri godine u periodu od osam godina od podnošenja zahtjeva; da se protiv njega ne vodi krivični postupak, osim ako se dokaz o ispunjavanju ovog uslova ne može razumno zahtijevati, te da ne predstavlja prijetnju po sigurnost Bosne i Hercegovine.¹⁷⁹

Maloljetnicima je sticanje državljanstva Bosne i Hercegovine i entiteta dodatno olakšano na način da se ne zahtijeva neprekidan boravak od 5 godina, nego je dovoljno da mu je odobren privremeni boravak na teritoriji Bosne i Hercegovine, bez obzira na dužinu boravka. U cilju ostvarenja načela najboljeg interesa djeteta u

174 Član 5. stav 2. Pravilnika o načinu ostvarivanja pomoći pri uključivanju u bosanskohercegovačko društvo izbjeglica i stranaca pod supsidijarnom zaštitom u Bosni i Hercegovini.

175 <https://www.unicef.org/bih/pri%C4%8De/stru%C4%8Dne-obuke-za-djecu-izbjeglice-i-migrante> (pristup 14.09.2022. godine).

176 Izvještaj Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice o zbrinjavanju izbjeglica i stranaca pod supsidijarnom zaštitom u Bosni i Hercegovini za 2017. godinu, str. 10.

177 Međunarodna zaštita – azil u praksi u Bosni i Hercegovini, str. 58.

178 Zakon o državljanstvu Bosne i Hercegovine ("Sl. glasnik Bosne i Hercegovine", br. 22/2016 - prečišćen tekst), Zakon o državljanstvu FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 34/2016 i 98/2016 - ispr.) i Zakon o državljanstvu RS ("Sl. glasnik RS", br. 59/2014).

179 Član 12. stav 1 Zakona o državljanstvu Bosne i Hercegovine.

postupku sticanja državljanstva, zahtijeva se i pristanak djeteta, ukoliko je starije od 14 godina.¹⁸⁰

3.5. Pravo na rad

Pravo na rad nije isključivo pravo djece, ali se tiče i njih, budući da shodno bosanskohercegovačkom radnom pravu postoji mogućnost zaposlenja i maloljetnika koji su napunili 15 godina. Djeca izbjeglice ostvaruju ovo pravo u skladu sa Pravilnikom o načinu ostvarivanja prava na rad osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini. Ovim Pravilnikom propisano je da izbjeglice ostvaruju prava iz radnog odnosa i po osnovu radnog odnosa pod istim uslovima kao i državljani Bosne i Hercegovine,¹⁸¹ s tim da isti ne mogu zasnivati radni odnos u izvršnim, sudskim i zakonodavnim organima, kao i institucijama gdje se zahtijeva posjedovanje državljanstva Bosne i Hercegovine kao uslov za zasnivanje radnog odnosa.¹⁸² Ovo rješenje je u skladu sa Kvalifikacionom direktivom, kojom se također priznaje pravo izbjeglicama da se zaposle i budu samozaposleni.

Ustavom Bosne i Hercegovine materija radnog prava data je u nadležnost entitetima i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine. Zakon o radu FBiH,¹⁸³ Zakon o radu RS¹⁸⁴ i Zakon o radu BD Bosne i Hercegovine¹⁸⁵ isključuju svaku mogućnost zaposlenja maloljetnika mlađeg od 15 godina. S druge strane, maloljetnici između 15 i 18 godina mogu zaključiti ugovor o radu, odnosno zaposliti se uz saglasnost zakonskog zastupnika i pod uvjetom da od ovlaštenog ljekara ili nadležne zdravstvene ustanove pribave ljekarsko uvjerenje kojim dokazuju da ima opću zdravstvenu sposobnost za rad. Zakoni o radu propisuju i posebne mjere zaštite maloljetnika na radu, pa tako radno vrijeme maloljetnika ne može trajati duže od 35 sati sedmično, maloljetniku nije dozvoljen prekovremeni i noćni rad, a samo izuzetno ukoliko izričito na to pristane može raditi u preraspodjeli radnog vremena. Dnevni odmor maloljetnika i kada se radi o sezonskim poslovima traje najmanje 12 sati u kontinuitetu, a isti ima i pravo na godišnji odmor koji ne može biti kraći od 24 dana. Nadalje, maloljetnik ne može da radi na naročito teškim fizičkim poslovima, radovima pod zemljom ili pod vodom, ni na ostalim poslovima koji bi mogli štetno i sa povećanim rizikom da utiču na njegov život i zdravlje, razvoj i moral, s obzirom na njegove psihofizičke osobine. Zakoni o radu predviđaju prekršajno kažnjavanje poslodavaca koji prekrše neko od prethodno pobrojanih radnih prava maloljetnika.

Iako djeca izbjeglice imaju pravo na rad, ova mogućnost nema naročitu praktičnu vrijednost, s obzirom na visoku stopu nezaposlenosti u Bosni i Hercegovini, koja u

180 Član 12. stav 2 i 3 Zakona o državljanstvu Bosne i Hercegovine.

181 Član 14. Pravilnika o načinu ostvarivanja prava na rad osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini.

182 Član 4. Pravilnika o načinu ostvarivanja prava na rad osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini.

183 "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", broj: 26/16 i 89/18.

184 „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj: br. 1/2016, 66/2018 i 91/2021 - odluka Ustavnog suda Republike Srpske broj: U-66/20 od 29.septembra.2021g. i 119/2021.

185 "Sl. glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine", br. 34/2019, 2/2021, 6/2021 i 15/2022.

drugom kvartalu 2022. godine iznosi 30% i najveća je u regiji.¹⁸⁶ S tim u vezi 2019. godine Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice pokrenulo je projektni zadatak s ciljem jačanja lokalnih zajednica kako bi se osigurala jednakost, nediskriminacija i puna integracija izbjeglica i osoba u statusu supsidijarne zaštite u zajednici uključujući ih u sektor rada i zapošljavanja i promovisanja zapošljavanja i samozapošljavanja osoba u statusu međunarodne zaštite.¹⁸⁷

3.6. Pravo na obrazovanje

Pravo na obrazovanje je još jedno Ustavom Bosne i Hercegovine zagarantovano pravo za sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine.¹⁸⁸ Zakon o azilu također propisuje pravo izbjeglica na obrazovanje. Za razliku od tražitelja azila kojima se garantuje samo pravo na osnovno i srednje obrazovanje, izbjeglicama se garantuju pravo na obrazovanje svih nivoa, od predškolskog, osnovnog, srednjeg i visokog obrazovanja, pod jednakim uslovima kao i državljanima Bosne i Hercegovine.¹⁸⁹ U Bosni i Hercegovini sva djeca izbjeglice uključena su u obrazovni sistem, te isto tako i u produžene boravke, igraoničke grupe, sekcije i kurseve.¹⁹⁰

Uključivanje djece izbjeglica u obrazovni sistem sa sobom nosi niz izazova, a to su: postojanje jezične barijere, socioekonomska situacija, kratko vrijeme boravka, socijalna izoliranost, psihološke trauma te diskriminacija i stereotipi.¹⁹¹ Da bi što lakše prevazišli navedene izazove, potreban je angažman i saradnja kako institucija i pojedinaca unutar obrazovnog sistema – počev od nadležnih obrazovnih vlasti, pedagoških zavoda, stručnih timova, preko vanobrazovnih institucija – centara za socijalni rad i zdravstvenih institucija do međunarodnih organizacija.¹⁹² S tim ciljem, Ministarstvo civilnih poslova Bosne i Hercegovine pokrenulo je inicijativu i zajedno sa nadležnim obrazovnim vlastima i partnerima, te uz tehničku i finansijsku podršku UNICEF-a, ured u Bosni i Hercegovini, uspostavljena je radna grupa koja je izradila Priručnik za uključivanje djece izbjeglica/tražitelja azila i migranata u odgojno-obrazovni proces u Bosni i Hercegovini, koji sadrži primjere dobre prakse, smjernice i prijedloge konkretnih koraka za uključivanje djece tražitelja azila/izbjeglica i migranata u obrazovni proces u Bosni i Hercegovini.¹⁹³

Obzirom da je redovno osnovno i srednje obrazovanje u Bosni i Hercegovini besplatno, to ni djeca izbjeglice ne plaćaju troškove redovnog obrazovanja. Dodatne troškove, koji se odnose na troškove kupovine knjiga i školskog pribora, užine,

186 Podatak Agencije za statistiku Bosne i Hercegovine.

187 Izvještaj o zbrinjavanju izbjeglica i stranaca pod supsidijarnom zaštitom u Bosni i Hercegovini za 2019. godinu

188 Član II(3.1) Ustava Bosne i Hercegovine.

189 Član 4. Pravilnika o načinu ostvarivanja prava na obrazovanje osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini.

190 Izvještaj Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice o zbrinjavanju izbjeglica i stranaca pod supsidijarnom zaštitom u Bosni i Hercegovini za 2017. godinu.

191 Priručnik za uključivanje djece izbjeglica, tražitelja azila i migranata u odgojno-obrazovni proces u Bosni i Hercegovini, str. 13.

192 Ibid, str. 36-37.

193 <https://www.unicef.org/bih/izvje%C5%A1taji/priru%C4%8Dnik-za-uklju%C4%8Divanje-djece-izbjeglica-tra%C5%BEitelja-azila-i-migranata-u-odgojno> (pristup 11.09.2022.)

opreme za tjelesno, prijevoza i dodatne dopunske nastave, snosi Fondacija BH inicijativa žena (BHVI), kao partner UNHCR-a. Finansijska sredstva za ove potrebe osigurava UNHCR. U općinama gdje je to moguće, same škole djeci izbjeglicama osiguravaju besplatne udžbenike, Također, za korisnike Izbjegličko-prihvatnog centra "Salakovac" osigurava se prijevoz i to za srednjoškolce osigurava Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice, Grad Mostar za učenike osnovnih škola, a Ministarstvo obrazovanja KS za đake na području Sarajeva.¹⁹⁴

Na osnovu dostupnih podataka, može se zaključiti da se ostvarivanje prava na obrazovanje djeci izbjeglicama, u pravilu realizuje bez većih poteškoća,¹⁹⁵ te da je isto u skladu sa međunarodnim pravilima iz Konvencije o pravima djeteta, Kvalifikacione direktive i Smjernica za promociju i zaštitu prava djeteta.

Ipak, Komitet u svojoj preporuci 44. ukazuje na postojanje problema ograničenog pristupa ostvarivanju osnovnih prava, među kojima je i obrazovanje za djecu tražitelje azila, izbjeglice i migrante, a naročito djecu smještenu izvan centara za prihvat. Stoga je ovaj aspekt obuhvaćen Programom praćenja provođenja preporuka Komiteta za prava djeteta u Bosni i Hercegovini za period 2020-2024.

3.7. Pravo na zdravstvenu zaštitu

Zakon o azilu Bosne i Hercegovine propisuje i pravo na zdravstvenu zaštitu izbjeglica, pa i djece izbjeglica. Za razliku od lica koja se nalaze pod privremenom zaštitom i tražitelja azila, koji shodno Zakonu o azilu, u Bosni i Hercegovini imaju pravo samo na primarnu zdravstvenu zaštitu, djeca izbjeglica uživaju pravo na zdravstvenu zaštitu sva tri nivoa tj. primarnu, sekundarnu i tercijarnu zdravstvenu zaštitu. Ovakvo rješenje je u skladu sa Kvalifikacionom direktivom kojom je propisano da se zdravstvena zaštita izbjeglicama osigurava pod jednakim uslovima kao i državljanima te države.

Kao pretpostavka ostvarenja ovog prava neophodno je bilo riješiti pitanje zdravstvenog osiguranja djece izbjeglica. Zbog toga je Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine 2017. godine donijelo Pravilnik o načinu ostvarivanja zdravstvenog osiguranja osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini. Ovim Pravilnikom propisano je da izbjeglice koje ostvare pravo na rad, socijalnu zaštitu ili drugo pravo po osnovu kojeg se ostvaruje obavezno zdravstveno osiguranje svoja prava na zdravstveno osiguranje i zdravstvenu zaštitu ostvaruju na način i pod uslovima propisanim zakonima i drugim propisima iz oblasti zdravstvene zaštite i zdravstvenog osiguranja koji su na snazi u Bosni i Hercegovini. Za sva ostala lica, sredstva za uplatu zdravstvenog osiguranja obezbjeđuje Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine. Na isti način pravo na zdravstveno osiguranje i zdravstvenu zaštitu ostvaruju članovi porodica izbjeglica koji su ostvarili pravo na spajanje porodice, čak i ako sami nemaju priznati status izbjeglice.

Dakle, djeca koja se nalaze u IPC "Salakovac" Mostar kao i djeca smještena u ustanovama socijalne zaštite imaju dostupne usluge zdravstvenog sistema u samim

194 Izvještaj Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice o zbrinjavanju izbjeglica i stranaca pod supsidijarnom zaštitom u Bosni i Hercegovini za 2017. godinu, str. 8-9.

195 Međunarodna zaštita – azil u praksi u Bosni i Hercegovini, str. 99842.

ustanovama socijalne zaštite. Međutim, problem se može javiti u situacijama u kojima se, iz nekog razloga, postupci ne pokreću na vrijeme, djeci se na vrijeme ne imenuje staratelj ili istima nije blagovremeno izdat izbjeglički karton.

Od 2019. godine ovakve situacije prevazilaze se djelovanjem Danskog vijeće za izbjeglice (DRC), međunarodne nevladine organizacije koja u Bosni i Hercegovini pruža podršku ugroženim izbjeglicama i migrantima na području Unsko-sanskog kantona, Mostara, Sarajeva i Tuzle. Ova nevladina organizacija u samim prihvatnim centrima, među kojima je i IPC „Salakovac“ u Mostaru, kao i na drugim mjestima gdje im je poznato da se okuplja veći broj migranata i izbjeglica, osigurava pružanje primarne i ograničenu količinu sekundarne zdravstvene zaštite.

3.8. Pravo na socijalnu zaštitu

Socijalna zaštita ima značajnu ulogu u procesu zaštite svih osjetljivih skupina djece, pa i djece izbjeglica. U Bosni i Hercegovini prava iz socijalne zaštite nisu regulisana na državnom nivou, nego je ova oblast prepuštena u nadležnost entiteta, a unutar Federacije Bosne i Hercegovine i u nadležnost kantona. Ovakva rascjepkanost sistema socijalne zaštite, te neusklađenost zakona između entiteta, kao i kantona unutar Federacije Bosne i Hercegovine, dovodi do isključivanja pojedinih grupa stanovništva iz sistema zaštite a time u konačnici do diskriminacije, s obzirom na mjesto stanovanja.¹⁹⁶

Kada su u pitanju djeca izbjeglice ovaj problem prevaziđen je donošenjem Pravilnika o načinu ostvarivanja prava na socijalnu pomoć osoba kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini na državnom nivou. Ovim Pravilnikom propisano je pravo na ostvarivanje finansijske pomoći, kao i prava iz zaštite porodice sa djecom.

Prava po osnovu finansijska pomoći koja mogu ostvariti djeca izbjeglice su: novčana pomoć (stalna); novčana naknada (dodatak) za pomoć i njegu od druge osobe, jednokratna novčanu pomoć, pomoć za osposobljavanje za samostalan život i rad (djece i omladine), smještaj u ustanove socijalne zaštite, kućna njega i pomoć u kući, te druga materijalna pomoć.

Prava iz dječije zaštite koju dijete izbjeglica može ostvariti jeste pravo na dječiji dodatak/dodatak za djecu, koji je nažalost nedovoljan za ostvarivanje osnovnih prava s obzirom na standard života u Bosni i Hercegovini. Važno je napomenuti da djeca izbjeglice ne mogu ostvarivati ova prava ukoliko su smješteni u Izbjegličko-prihvatni centar "Salakovac" u Mostaru.

Finansijska sredstva za ostvarivanje navedenih prava obezbjeđuje Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice, a prava se ostvaruju pred centrima za socijalni rad prema mjestu prebivališta, odnosno boravišta djeteta. Osnovica za utvrđivanje visine pomoći po osnovu socijalnih prava predstavlja prosječna godišnja neto plata u Bosni i Hercegovini, a prema posljednjem objavljenom podatku Agencije za statistiku Bosne i Hercegovine za 2021. godinu prosječna godišnja neto plata u Bosni i Hercegovini iznosila je 998,00 KM. Iznos za svako od prava iz socijalne zaštite utvrđuje se množenjem osnovice s utvrđenim koeficijentom za svako od prava

¹⁹⁶ ICVA, Vodič za ostvarivanje prava iz socijalne zaštite, 2011, 3.

definisano Pravilnikom. Da se radi o zaista niskim primanjima, ukazuje činjenica da dječiji dodatak iznosi 2% od osnovice i ne može preći 10% od osnovice. To dalje znači da dječiji dodatak za djecu izbjeglice iznosi 19,96 KM, što apsolutno nije dovoljno za zadovoljenje ni minimalnih potreba djece izbjeglica.¹⁹⁷

Kao jedna od mjera posebne socijalne zaštite djece bez pratnje Zakon o azilu propisuje obavezu postavljanja staratelja maloljetnicima bez pratnje pod istim uslovima kao i državljanima Bosne i Hercegovine.¹⁹⁸ Zahtjev za postavljanje staratelja podnosi Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine centru za socijalni rad nadležnom prema boravištu djeteta. Centri za socijalni rad u saradnji sa UNICEF-om, UNHCR-om, BHWI-jem, Save the Children i drugim partnerima, imenuju staratelja djeci izbjeglicama bez pratnje iz reda zaposlenika tog Centra. Starateljem se imenuje u pravilu neko od zaposlenika nadležnog centra za socijalni rad. U praksi su česti slučajevi da jedan zaposlenik centra za socijalni rad bude određen za staratelja većem broju maloljetnika pa se tako dešava da isti ima i pedeset štićenika, a što značajno utiče na mogućnost staratelja da se stara o pravima i interesima svakog od štićenika, odnosno onemogućava individualni pristup staratelja svakom djetetu izbjeglici i djetetu bez pratnje.

Staratelj svoje dužnosti obavlja u skladu s principom najboljeg interesa djeteta. Kada je u pitanju procjena najboljeg interesa djeteta naglašava se potreba da se djeca izbjeglice prije svega posmatraju kao djeca, a tek onda da se uzima u obzir i njihov migracioni status tj. da migracioni status bude od sekundarnog značaja.¹⁹⁹ Kao najznačajnije smjernice za procjenu najboljeg interesa djece izbjeglica navode se: Prije svega pokušaj pronalaženja i ponovnog spajanja djeteta s njegovom porodicom, te osiguranje ponovnog zajedničkog života, pronalazak trajnog, dugoročnog rješenja za svako odvojeno dijete, koje osigurava razvoj djeteta u okruženju koje odgovara njegovim potrebama, ostvarivanje svih njegovih prava, zadovoljavanje potreba, adekvatnu podršku i neizlaganje riziku od progona i nasilja, hitno postupanje sa akcentom na individualni pristup svakom djetetu izbjeglici i djetetu bez pratnje, postupanje s djetetom u prijateljskoj atmosferi na jeziku koje dijete razumije, uspostavljanje kontakta sa braćom, sestrama, kao i ostalim srodnicima i drugim osobama koje dolaze iz istog podneblja, očuvanje i neugrožavanje sigurnosti djeteta u procesu identifikacije – ustanovljenje identiteta (uključujući i spol), državljanstva, nacionalnosti te etničkog, kulturnog i jezičkog porijekla, pružanje psihološke, zdravstvene, pravne, obrazovne i drugih oblika potrebne pomoći, osiguranje pristupa obrazovanju i zdravstvenim uslugama itd.²⁰⁰

197 Prema podacima Centra za socijalni rad Zenica redovni dječiji dodatak za državljane Bosne i Hercegovine iznosi 17,16 KM, a uvećani 25,74 KM.

198 Član 12. Zakona o azilu Bosne i Hercegovine.

199 Grahovac N. et.al., *Smjernice za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta vodič za profesionalce*, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, Sarajevo 2018, str. 72. https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obmudsmen_doc2019020112314016eng.pdf (pristup 13.09.2022.)

200 Grahovac N. et.al, str. 72.

3.9. Pravo na spajanje porodice

Jedno od najznačajnijih prava izbjeglica, a posebno djece izbjeglica, jeste pravo na spajanje s članovima porodice koji se nalaze van teritorije Bosne i Hercegovine.²⁰¹ Pod članovima porodice s kojima se može ostvariti pravo na spajanje smatraju se: bračni ili vanbračni drug, maloljetno zajedničko dijete bračnih ili vanbračnih drugova, maloljetno dijete svakog od njih, njihovo maloljetno usvojeno dijete, maloljetno usvojeno dijete svakog od njih, pod uslovom da nisu zasnovali vlastite porodice, roditelji ili drugi zakonski zastupnik maloljetnika, punoljetna nevjenčana djeca azilanta, koja zbog svog zdravstvenog stanja nisu u mogućnosti brinuti se za svoje potrebe, roditelj ili drugi zakonski zastupnik djeteta, srodnik prvog stepena u ravnoj uzlaznoj liniji s kojim je živio u zajedničkom domaćinstvu, ako se utvrdi da zavisi od brige azilanta.²⁰²

Ovakvo zakonsko rješenje u potpunosti je usklađeno Direktivom o spajanju porodice²⁰³ za izbjeglice, budući da uključuje mogućnost spajanja porodice i širem krugu srodnika ako su ovisni o osobi sa priznatim statusom izbjeglice. Također, ne postoji uvjet određenog trajanja boravka izbjeglice na teritoriji Bosne i Hercegovine, prije nego što izbjeglica podnese zahtjev za spajanje s porodicom.²⁰⁴

Zakon o azilu, u cilju ostvarenja najboljeg interesa djeteta, propisuje obavezu prioritnog djelovanja u postupcima koji se tiču razdvojene ili djece bez pratnje, u pogledu njihove rane identifikacije, zaštite i zbrinjavanja, kao i pronalaženja obitelji razdvojene djece u cilju spajanja s roditeljima ili drugim skrbnicima.²⁰⁵

Zahtjev za ostvarivanje prava na spajanje porodice podnosi se Ministarstvu sigurnosti Bosne i Hercegovine o kojem zahtjevu Ministarstvo odlučuje u roku od devet mjeseci. Nakon što članovima porodice bude odobreno spajanje sa izbjeglicom njima se odmah odmah po ulasku u Bosnu i Hercegovinu odobrava izbjeglički status.²⁰⁶

Osnovni problem koji se javlja u praksi u postupku spajanja porodice jeste činjenica da ti postupci često traju predugo, budući da nisu jasno definisane procedure

201 Članom porodice u smislu odredaba Zakona o azilu smatra se bračni ili vanbračni drug, maloljetno zajedničko dijete bračnih ili vanbračnih drugova, maloljetno dijete svakog od njih, njihovo maloljetno usvojeno dijete, maloljetno usvojeno dijete svakog od njih, pod uslovom da nisu zasnovali vlastite porodice, roditelji ili drugi zakonski zastupnik maloljetnika, punoljetna nevjenčana djeca azilanta, stranca pod supsidijarnom zaštitom ili stranca pod privremenom zaštitom koja zbog svog zdravstvenog stanja nisu u mogućnosti brinuti se za svoje potrebe, roditelj ili drugi zakonski zastupnik djeteta, srodnik prvog stepena u ravnoj uzlaznoj liniji s kojim je živio u zajedničkom domaćinstvu, ako se utvrdi da zavisi od brige tražitelja, azilanta, stranca pod supsidijarnom zaštitom ili stranca pod privremenom zaštitom.

202 Evropski sud za ljudska prava je, u predmetu Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga protiv Belgije od 12.01.2007. godine utvrdio povredu člana 8 Konvencije o pravima djeteta zbog propusta tužene države da u skladu sa svojim pozitivnim obavezama olakša spajanje majke koja je dobila status izbjeglice u Kanadi s njenim djetetom koje je bilo na putu da joj se pridruži u toj zemlji. Umjesto toga, tužena država je pritorila i kasnije protjerala dijete u zemlju porijekla. Presuda dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-77447%22%5D%7D>, pristup 01.10.2022. godine.

203 Direktiva Vijeća 2003/86/EZ od 22.09.2003. godine o pravu na spajanje s porodicom.

204 Međunarodna zaštita – azil u praksi u Bosni i Hercegovini, str. 61.

205 Član 11. stav 2. Zakona o azilu.

206 Član 13. Zakona o azilu.

potrage za članovima porodice i za procjena okolnosti za spajanje sa porodicom.²⁰⁷ Ovaj problem moguće je prevazići razvijanjem transnacionalnih mehanizama upućivanja i definisanja protokole i procedure upućivanja i postupanja u slučajevima spajanja djece izbjeglica sa njihovim porodicama.²⁰⁸

4. Zaključna razmatranja

Kao što smo mogli vidjeti, međunarodnu zaštitu djece izbjeglica pružaju, ne samo konvencije i deklaracije koje se odnose na prava djeteta, nego i svi drugi univerzalni dokumenti koji pružaju zaštitu svim ljudskim bićima.

Bosna i Hercegovina je stranka niza međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I Ustava Bosne i Hercegovine, kojima su garantovana ljudska prava i slobode. U kontekstu teme ovog rada, najznačajniji međunarodni dokumenti iz Aneksa I Ustava su: Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica i Protokol iz 1966. godine te Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine. Konvencije iz Aneksa I Ustava Bosne i Hercegovine imaju rang ustavnih prava, te se neposredno primjenjuju, ukoliko su po svom sadržaju podobne za neposrednu primjenu, te obavezuju zakonodavca da svoje akte uskladi sa pravima i zahtjevima iz konvencija. Osim toga Bosna i Hercegovina je potpisujući Sporazum o stabilizacija i pridruživanju Evropskoj uniji preuzela obavezu usklađivanja svog prava sa *acquis communautaire*-om.

Osnovna prava koja se garantuju djeci izbjeglicama prema pravu Bosne i Hercegovine su: pravo na nediskriminaciju, pravo na identifikacioni dokument i putnu ispravu, pravo na informisanje, pravo na slobodu kretanja i smještaj, pravo na socijalnu pomoć, pravo na spajanje sa porodicom, pravo na rad, obrazovanje i zdravstvenu zaštitu, te pomoć pri uključivanju u bh društvo.

Kroz detaljnu analizu garantovanih prava djece izbjeglica u pravu Bosne i Hercegovine, te upoređujući zakonska rješenja sa onima propisanim međunarodnim dokumentima, došli smo do zaključka da je Bosna i Hercegovina, donošenjem Zakona o azilu 2016. godine te podzakonskih akata kojima su detaljnije regulisana prava izbjeglica, u potpunosti uskladila svoje nacionalne propise sa konvencijama koje su usvojene pod okriljem UN-a, Vijeća Evrope te uredbama i direktivama EU.

Iako su zakonska rješenja koja se tiču prava djece izbjeglica u Bosni i Hercegovini usaglašena sa međunarodnim principima i normativima, u praktičnoj primjeni uočavaju se određeni problemi.

Kao osnovni problem uočava se to da u izvještajima, kao i u svim statističkim podacima, djeca izbjeglice nisu posmatrana kao odvojena kategorija, te je stoga teško pratiti ostvarivanje njihovih prava u Bosni i Hercegovini. Naime, u izvještajima UNICEF-a²⁰⁹ ukazuje se upravo na to da, iako vlasti u Bosni i Hercegovini nastoje

207 Galonja A. et.al., str. 241.

208 Ibid.

209 <https://www.unicef.org/bih/monitoring-prava-djeteta> (pristup 14.09.2022.)

da unaprijede prava djece u skladu sa Konvencijom o pravima djeteta, ovi nedostaci, kao i činjenica da ne postoji jedinstveni mehanizam prikupljanja podataka o pravima djeteta u zemlji, dovode do otežanog ostvarivanja prava sve djece u Bosni i Hercegovini, uključujući i ranjivu djecu, među kojom su i djeca izbjeglice. Stoga smatramo neophodnim da se prilikom izrade statističkih izvještaja kao posebna kategorija izdvoje izbjeglice, tj. da se iste odvoje od migranata i tražitelja azila, budući da je njihov status i obim prava koja im pripadaju potpuno drugačiji, te da se u statističkim izvještajima posebno izdvoje djeca izbjeglice, a sve u cilju lakšeg praćenja ostvarivanja njihovih prava i interesa.

Kao drugi problem ukazujemo na činjenicu da su socijalna materijalna prava djece izbjeglica u Bosni i Hercegovini nedovoljna za ostvarivanje svoje osnovne funkcije, a to je samostalan i produktivan život u društvu, sprečavanje nastajanja i otklanjanje posljedica socijalne isključenosti i smanjenje siromaštva. U tom pogledu smatramo da je neophodno djeci izbjeglicama priznati socijalna materijalna prava u većem obimu.

Također, smatramo neophodnim da Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice što prije izradi kampanju za borbu protiv govora mržnje prema tražiteljima azila i izbjeglicama, a naročito djeci, te da se osigura istraga, gonjenje i sankcioniranje počinitelja, kako je to navedeno i u Preporuci br. 44 Komiteta za prava djeteta.

U cilju prevazilaženja problema predugog trajanja postupka spajanja porodica, potrebno je razviti transnacionalne mehanizme upućivanja, te definisati protokole i procedure upućivanja i postupanja u slučajevima spajanja djece izbjeglica sa njihovim porodicama.

MA Belma Kokić, Additional Judge
Municipal Court in Zenica

Dr. sc. Lejla Hadžimahmutović, Additional Judge
Municipal Court in Zenica

LEGAL PROTECTION OF REFUGEE CHILDREN IN BOSNIA AND HERZEGOVINA LAW AND INTERNATIONAL PROTECTION FRAMEWORK

Summary: The armed conflicts in the Middle East and in Europe in recent years have raised the issue of legal protection of refugee children. According to statistics, at the end of 2019, there were about 8,000 refugees / migrants and asylum seekers in Bosnia and Herzegovina, of which 33% were families with children and 7% were unaccompanied children. The rights of refugee children, as the most vulnerable categories of society, are guaranteed by both the rules of international law, starting with the Convention on the Rights of the Child, and the national regulations of states. The aim of this paper is to give an overview of legal solutions on legal protection of refugee children in the bosnian national law and existing protection instruments, to indicate the extent to which they are harmonized with international law and EU law, and to make proposals *de lege ferenda*.

Key words: refugee children, legal protection, migration, children's rights

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

MEĐUNARODNE NORME I STANDARDI LJUDSKIH PRAVA ŽENA I RAVNOPRAVNOSTI SPOLOVA, SA OSVRTOM NA ZAŠTITU OD RODNO ZASNOVANOG NASILJA

Sažetak: Ljudska prava i osnovne slobode su područje u kojem je međunarodno pravo daleko najviše napredovalo stalnim širenjem korpusa ljudskih prava i detaljnošću u njihovom normiranju, ali i sve većom institucionalizacijom staranja o njihovom ostvarivanju i zaštiti, uključujući i posebne, sada od ključnog značaja instrumente i institute te zaštite na međunarodnom nivou. Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova posebno je važan za pristup Evropskoj uniji. U ovom radu autorice će analizirati temeljne odrednice relevantnog međunarodnog (univerzalnog i evropskog) pravnog okvira, od posebnog značaja i za Bosnu i Hercegovinu, u oblasti rodne ravnopravnosti i zaštite od rodno zasnovanog nasilja te ključne postulate i rezultate istraživanja, djelovanja, mjera, ciljeva i aktivnosti u navedenim oblastima.

Ključne riječi: međunarodne norme i standardi ljudskih prava žena, rodna ravnopravnost, zaštita od rodno zasnovanog nasilja, univerzalni i evropski pravni i strateški dokumenti o rodnoj ravnopravnosti

1. Uvod

Evropska unija globalni je predvodnik u rodnoj ravnopravnosti: od 20 zemalja u svijetu koje su vodeće u rodnoj ravnopravnosti¹ 14 su države članice EU, zahvaljujući opsežnom zakonodavstvu i sudskoj praksi u području jednakog postupanja², nastojanjima da se rodna³ perspektiva uključi u različita područja politike te propisima za uklanjanje pojedinih nejednakosti. Ravnopravnost je jedna

1 U smislu provedbe cilja održivog razvoja br. 5 – „Rodna ravnopravnost”, prema indeksu organizacije Equal Measures 2030 za cilj održivog razvoja „Rodna ravnopravnost” za 2019.: <https://data.em2030.org/em2030-sdg-gender-index/>.

2 EU je donio šest direktiva o ravnopravnosti žena i muškaraca na radnom mjestu, u samozapošljavanju, u pristupu robi i uslugama, u socijalnoj sigurnosti, u trudnoći i majčinstvu, na dopustu zbog obiteljskih razloga te u fleksibilnim radnim uvjetima za roditelje i pružatelje skrbi. Zajedno je tim aktima za cijelu Europu postavljen pravni standard kojim se osigurava znatna zaštita od diskriminacije. Brojnim postupcima na Sudu Evropske unije dodatno je ojačano načelo ravnopravnosti i ostvarena pravda za žrtve diskriminacije.

3 „Rod” znači društveno oblikovane uloge, ponašanja, aktivnosti i osobine koje određeno društvo smatra prikladnima za žene odnosno muškarce; vidjeti članak 3. stavak (c) Konvencije Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji.

od pet vrijednosti na kojima se temelji Unija. Unija se obavezala da će težiti prema ravnopravnosti između žena i muškaraca u svim svojim aktivnostima.⁴ Povelja o temeljnim pravima⁵ predviđa takvu ravnopravnost i zabranjuje diskriminaciju na temelju spola. U posljednjih nekoliko desetljeća Evropska unija je znatno napredovala u području rodne ravnopravnosti. Međutim, ni jedna država članica nije postigla potpunu rodnu ravnopravnost i sporo se napreduje. U obrazovanju se razlike na temelju spola umanjuju i brišu, ali su u oblasti moći, zapošljavanja, plata, penzija i skrbi i dalje prisutne. Također, rodno uvjetovano nasilje i uznemiravanje i dalje se događaju, i to u alarmantnoj mjeri, nažalost. I danas previše ljudi krši načelo rodne ravnopravnosti seksističkim govorom mržnje te sprječavanjem mjera protiv rodno uvjetovanog nasilja i rodnih stereotipa.

Evropska unija je 2006. godine donijela Mapu puta za postizanje ravnopravnosti između žena i muškaraca. Glavne oblasti koje su izložene u ovom dokumentu su: jednaka ekonomska nezavisnost za žene i muškarce, usklađivanje profesionalnog, privatnog i porodičnog života, ravnopravna zastupljenost polova prilikom donošenja odluka, iskorjenjivanje svih vrsta nasilja zasnovanih na polu, eliminacija svih stereotipa u društvu zasnovanih na polu, promoviranje ravnopravnosti polova izvan EU.

Diskriminacija osoba po bilo kojem osnovu (rasa, boja, spol, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, imovno stanje, rođenje ili svaka druga okolnost) predstavlja povredu ljudskih prava. Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova posebno je važan za pristup Evropskoj uniji.

Posebno je važno istaći da se u posljednjem poglavlju navodi sljedeće:

„... zemlje koje ulaze u Evropsku uniju moraju prihvatiti osnovne principe ravnopravnosti žena i muškaraca. One su dužne osigurati i dosljedno urediti zakonodavstvo uz odgovarajuće administrativne mjere i pravne sisteme. Nadziranje prelaza, provedbe i uvođenje zakonodavstva Evropske unije vezanog uz rodnu ravnopravnost je prioritet u budućim procesima uključivanja“.

Strategijom za rodnu ravnopravnost uokviruje se rad Evropske komisije na rodnoj ravnopravnosti te se utvrđuju ciljevi politike i ključne mjere za razdoblje 2020.–2025⁶. Njome se nastoji ostvariti rodno ravnopravna Evropa, u kojoj rodno uvjetovano nasilje, polna diskriminacija i strukturna neravnopravnost žena i muškaraca pripadaju prošlosti. Evropa u kojoj su žene i muškarci, djevojčice i dječaci, u svojoj raznolikosti, ravnopravni.

Slijedom navedenog, u ovom radu autorice će analizirati temeljne odrednice relevantnog međunarodnog (univerzalnog i evropskog) pravnog okvira, od posebnog značaja i za Bosnu i Hercegovinu, u oblasti rodne ravnopravnosti, strukturalne elemente “Unije ravnopravnosti: Strategije za rodnu ravnopravnost 2020. – 2025”

4 Članovi 2. i 3. Ugovora o Evropskoj Uniji, član 8. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije

5 Službeni list Evropske unije, OJ C 303, 14.12.2007, str. 1, član 23.

6 Vidjeti: Unija ravnopravnosti: Strategija za rodnu ravnopravnost 2020. – 2025. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Unija ravnopravnosti: Strategija za rodnu ravnopravnost 2020. – 2025., Bruxelles, 5.3.2020. (COM) 2020 152 final, Europska komisija

te ključne postulate i rezultate istraživanja, djelovanja, mjera, ciljeva i aktivnosti u oblasti postizanja rodne ravnopravnosti, posebno se osvrćući i na slobodu od nasilja i stereotipa.

2. Međunarodno pravo ljudskih prava - univerzalnost, neotuđivost i obaveznost garantovanja i zaštite ljudskih prava

Iako su kroz povijest prisutni i egzistiraju različiti doktrinarni pristupi ljudskim pravima, nesporna je činjenica kako su ona „... univerzalna tekovina moderne civilizacije i da nema modernog prava bez poštivanja ljudskih prava“, kao i to da su ljudska prava „... izraz koncepta slobode i demokratije, dvaju principa od kojih su neodvojiva.“⁷

Osnovno načelo savremenog prava ljudskih prava jeste jednakost. Poštovanje i primjena načela jednakosti podrazumijeva nediskriminaciju.

Ljudskim pravima utvrđuje se pravni položaj pojedinca u odnosu na državnu vlast, najvećim brojem ljudskih prava država se ograničava kako bi se ostvarile ljudske slobode ili se od nje traži djelovanje u cilju zaštite ljudskih prava. Ustavi većine savremenih država poseban položaj i status dodjeljuju općim načelima međunarodnog prava, odnosno međunarodnim sporazumima o ljudskim pravima i osnovnim slobodama te opća načela međunarodnog prava kao i međunarodni sporazumi o ljudskim pravima i slobodama imaju nadzakonsku pravnu snagu, odnosno ustavni rang i kao takvi neposredno se primjenjuju u unutrašnjem pravu.⁸

I Ustav Bosne i Hercegovine, kao i entitetski ustavi (Ustav Federacije Bosne i Hercegovine i Ustav Republike Srpske) te Statut Brčko distrikta Bosne i Hercegovine garantuju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava, bez diskriminacije.

Prema Kasimu Trnki,⁹ ljudska prava predstavljaju „... složenu pojavu koja se može razumjeti i objasniti samo multidisciplinarnim pristupom.“ Temeljem toga konstatira kako „sa pravnog aspekta, ljudske slobode i prava se mogu odrediti kao javno - pravni odnos između čovjeka kao pojedinca i državnog, odnosno javne vlasti...

7 Pobrić, Nurko, Ustavno pravo. Mostar, 2000., str. 387.

8 Danas je u shvatanju (međunarodnih) ljudskih prava preovladavajući internacionalistički model koji, situiran između tradicionalnog etatičkog modela i kosmopolitskog modela međunarodnih ljudskih prava, smatra da je "međunarodna zajednica" zajednica država, kao i nevladinih organizacija i pojedinaca koji su formalno ili neformalno inkorporisani u međunarodne političke procese, a međunarodna aktivnost u sferi ljudskih prava dozvoljena je samo u skladu i do mjere do koje to dopuštaju norme međunarodne zajednice.

Ljudska prava i osnovne slobode su područje u kojem je međunarodno pravo daleko najviše napredovalo stalnim širenjem korpusa ljudskih prava i detaljnošću u njihovom normiranju, ali i sve većom institucionalizacijom staranja o njihovom ostvarivanju i zaštiti, uključujući i posebne, sada od ključnog značaja instrumente i institute te zaštite na međunarodnom nivou. Za razliku od ranije dugog i upornog tretiranja ljudskih prava kao unutrašnje stvari svake zemlje, pri tom se zaklanjajući za državni suverenitet, veliki broj država danas prihvata ljudska prava kao elemenat međunarodnog javnog poretka i njihovo kršenje smatra narušavanjem međunarodnih obaveza država.

9 Trnka, Kasim (2006). Ustavno pravo (drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje), Sarajevo, Fakultet za javnu upravu, str. 111.

Osnovna karakteristika ljudskih sloboda i prava je da su ona individualna, odnosno da pripadaju svakom čovjeku kao pojedincu.“

Prema tradicionalnim tumačenjima angloameričke političke kulture, ljudska prava su određeni zahtjevi koje pojedinac postavlja pred državu, istovremeno ograničavajući njezin autoritet. Suvremena povijest pokazuje nam kako su upravo države one koje u najvećoj mjeri krše ljudska prava, stoga bi ona trebala biti “... neka vrsta zajamčene slobode od vladinog upletanja u naše živote.”¹⁰

Endrju Heywood (Andrew Heywood)¹¹ pod odrednicom ljudska prava navodi da su to „... prava koja pripadaju ljudima samim rođenjem; ona su savremen i sekularan oblik prirodnih prava. Ljudska prava su ‘univerzalna’, pošto se odnose na sve ljude, a ne samo na pripadnike određene države, rase, vere, pola ili grupe.

Ono što je posebno značajno naglasiti jeste činjenica da „... tek implementacijom u pravni poredak, što se čini kroz nacionalne ustave, a u savremeno doba i međunarodne dokumente, ljudska prava doživljavaju svoj ključni razvoj u smislu nastajanja obveze njihova poštivanja. U pravnoj terminologiji ona se zato nazivaju bazičnim ili temeljnim pravima čovjeka i građanina.“¹²

S obzirom na kriterij društvene prirode ljudskih prava, ljudska prava se klasificiraju na: građanska, politička, ekonomska, socijalna i kulturna. „Razvojem pravnog reguliranja problematike ljudskih prava pojavila se podjela na politička, ekonomska, socijalna, kulturna i sl. prava čovjeka koja nisu jednako zastupljena unutar različitih društava i političko-filozofskih škola mišljenja.“¹³

Prioritetno mjesto u ustavima svih razvijenih demokratskih država daje se upravo ljudskim pravima.

Većina ustava savremenih demokratskih država u svojim preambulama sadrže pozive na razne deklaracije i konvencije kojima se garantiraju i štite prava i slobode građana (državljana). Rijetki su primjeri ustava koji ne sadrže odredbe o zaštiti i ne garantiraju ljudska prava i osnovne slobode.

Budući da je osnovni zadatak države osigurati normalno funkcioniranje društvenog, pravnog, ekonomskog i socijalnog poretka, stoga je dužna stvoriti uvjete i pretpostavke za „... puno i jednako uživanje osnovnih - prirodnih ljudskih prava i sloboda. Bezbjednost, red, mir, poredak, blagostanje, pravna, lična, ekonomska i socijalna sigurnost svakog građanina i zajednice u cjelini, u velikoj mjeri zavise od toga kako i koliko država štiti i poštuje prirodna prava pojedinaca.“¹⁴

10 Miller, Lynn H., *Global Order: Values and Power in International Politics*. Boulder: Westview Press, 1990, str. 179.

11 Heywood, Andrew *Politika*. Podgorica: CLIO, 2004., str. 562.

12 Gardašević, Đorđe, *Odnos prava i politike u realizaciji ljudskih prava (poredak prava, politika i ljudska prava)*, u: Vučinić, B. Nebojša, Spajić-Vrkaš, Vedrana & Siniša Bjeković (ur.). *Ljudska prava za nepravneke*. Podgorica: Centar za ljudska prava Univerziteta Crne Gore/Centar za ljudska prava Univerziteta u Zagrebu, 2004., str. 87-98.

13 U dugom poslijeratnom periodu, odgovarajući na zapadne kritike glede vlastite politike ljudskih prava i brojnih kršenja političkih i građanskih prava svojih građana, Sovjetski Savez je opetovano ponavljao kako prvenstvo imaju socijalna i ekonomska prava.

14 Vučinić, B. Nebojša, *Ljudska prava, bezbjednost zajednice i sigurnost pojedinca*, u: Vučinić, B. Nebojša, Spajić-Vrkaš, Vedrana i Siniša Bjeković (ur.). *Ljudska prava za nepravneke*, Podgorica: Centar

Poseban fokus je na državnom, odnosno institucionalnom garantiranju i provođenju ljudskih prava u praksi, budući da se ustavom država propisuje nadležnost institucija u oblasti ljudskih prava. Radi se, dakle, o zaštiti i garantiranju temeljnih ljudskih prava pravnim poretom, jer prava iza kojih ne stoji pravni poredak kao garant često su samo načelna, a ne i praktično primjenjiva. Jer, pravni poredak (država), „... ne samo da stvara i provodi norme, već ih istodobno štiti od iskrivljavanja, narušavanja i pogrešnog tumačenja. Pitanje autoritativne zaštite prava uopće, a ljudskih sloboda i prava posebno, javlja se kao uvjet njenoga vlastitog opstanka, a također i kao uvjet državnog autoriteta, od kojega najviše zavisi uspostava reda, poretka i pravne sigurnosti građana. Stoga je zaštita ljudskih prava i sloboda od prvorazredne važnosti.“¹⁵

3. Princip ravnopravnosti i zabrane diskriminacije

Diskriminacija (posebno diskriminacija na osnovu spola) je uzrokovana brojnim stereotipima i predrasudama koje se temelje u historiji, kulturi, ponašanju ljudi koje se nekad proteže i vjekovima unazad, prisutna je u svim društvima, u većoj ili manjoj mjeri.

Uslovljena je ne samo stepenom demokratskog razvoja samog društva, već i mjerama koje se poduzimaju u cilju spriječavanja i sankcionisanja diskriminatornih ponašanja te je stoga uspostavljanje funkcionalnog i primjerenog pravnog okvira za borbu protiv diskriminacije, kao i implementacija tog pravnog okvira smatra najvažnijim korakom u cilju suzbijanja ove izrazito negativne i štetne društvene pojave. Poseban dodatni podstrek u borbi protiv diskriminacije u jednom društvu čine preventivne mjere, odnosno konstantna edukacija u cilju uklanjanja predrasuda i stereotipa koje pojedinci stvaraju pod utjecajem okoline.

Princip ravnopravnosti i zabrane diskriminacije je od suštinske važnosti u međunarodnom i domaćem pravu. Diskriminacija predstavlja nedopušteno pravljenje razlike ili nejednako postupanje fizičkog ili pravnog lica prema pojedincu ili grupi ljudi zbog nekog ličnog svojstva, kao što je npr. i pol. Zabrana posredne diskriminacije prekršena je kada se osobe koje se nalaze u bitno različitom položaju tretiraju na isti način. Pojavljuje se kao posljedica na prvi pogled neutralne odredbe, postupka ili kriterijuma koji se primjenjuje podjednako na muškarce i žene, ali je njen rezultat favorizovanje jedne grupe u odnosu na drugu. Pravljenje razlike između muškaraca i žena ne predstavlja uvijek samo po sebi diskriminaciju. Diskriminatornim se smatra samo ono razlikovanje koje nema razumno opravdanje s obzirom na cilj i posljedice postupka ili kod koga ne postoji srazmjera između upotrebljenih sredstava i cilja koji se želi postići (načelo proporcionalnosti). Međutim, često dolazi do zloupotrebe ovih stanja pa se diskriminacija prema ženama javlja u svom pravom obliku bilo direktno

za ljudska prava Univerziteta Crne Gore/Centar za ljudska prava Univerziteta u Zagrebu, 2003., str. 99-138.

15 Hadžić, Izet, . Demokratija, ljudska prava i slobode kao osnovne vrijednosti političkog sistema, u „Tranzicija“, Godina XVII, Vol. XVII, 2015., str. 153-167.

ili posredno. Sistematska diskriminacija je posljedica raznorodnih faktora i prakse institucija koji zajedno dovode do diskriminacije neke od zaštićenih grupa.¹⁶

U međunarodnim konvencijama koje sadrže zabranu diskriminacije zajednički osnovi diskriminacije su spol, rasa i religija, te u određenom obimu jezik.“

Postojeći međunarodni evropski i instrumenti Ujedinjenih nacija, koji čine međunarodni i evropski pravni okvir za ostvarivanje zabrane diskriminacije i ravnopravnost spolova, uglavnom su prihvaćeni od strane skoro svih savremenih država koje putem svojih ustava, ali i ostalih pravnih akata koji pravno uređuju ovo pitanje.¹⁷

16 Vidjeti više: Zorić, J., Dičić, N., Petković, N., Radna prava žena u Srbiji, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2018., str. 14. i 15.

17 Najznačajniji dokumenti koji čine međunarodni i evropski pravni okvir za ostvarivanje zabrane diskriminacije i ravnopravnost spolova su: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena - CEDAW (1979) sa Opcionim protokolom, Opća preporuka 19 UN-ovog Komiteta za suzbijanje svih oblika diskriminacije nad ženama (1992), Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1969), Konvencija o pravima djeteta (1989), Deklaracija Ujedinjenih nacija o uklanjanju nasilja nad ženama - DEVAW (1993), Pekinška deklaracija s Platformom za akciju (1995), Milenijumski razvojni ciljevi (1990-2015)/Milenijumska deklaracija UN-a (2000), Program za održivi razvoj do 2030. godine (Sustainable Development Goals - SDG), Konvencija o pravima osoba s invaliditetom (UN, 2006), Rezolucija UN-a 1325 Žene, mir i sigurnost (2000), Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950) i dodatni protokoli, Evropska socijalna povelja (1961, 1966), Konvencija Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog izrabljivanja i seksualnog zlostavljanja (2007), Konvencija Vijeća Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i porodičnog nasilja (CAHVIO, Istanbul, 2011), Evropska konvencija za prevenciju torture, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, Deklaracija o ravnopravnosti žena i muškaraca Vijeća Evrope (1988), Preporuke Vijeća Evrope iz oblasti ravnopravnosti žena i muškaraca, Konvencija o zabrani trgovine ljudima i iskorištavanju prostitucije drugih, 1949., Konvencija o političkim pravima žena, 1952., Konvencija o državljanstvu (statusu) udatih žena, 1957., Konvencija o pristanku na brak, minimalnoj dobi za brak i registriranju brakova, 1962, Konvencija o pravima djeteta, 1989., EU Gender Roadmap 2006-2010, Preporuka 2002/05 o zaštiti od nasilja nad ženama, Preporuka Vijeća Evrope (2007) 17 o standardima i mehanizmima ravnopravnosti spolova, Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29.6.2000. godine o primjeni načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom porijeklu, Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27.11.2000. godine o općem okviru za jednako postupanje pri zapošljavanju i odabiru zvanja, Direktiva Vijeća EU 75/117/EC od 10 februara 1975. o usklađivanju zakona država članica u pogledu principa jednake plaće za žene i muškarce, Direktiva Vijeća EU 2004/113/EC od 1. decembra 2004, kojom se primjenjuje princip jednakog postupanja prema ženama i muškarcima u pristupu i dobivanju dobara i usluga, Direktiva Vijeća EU 97/80/EC od 15. decembra 1997. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije po osnovu spola, Direktiva o socijalnom osiguranju (o progresivnoj primjeni principa jednakog tretmana za muškarce i žene o pitanjima socijalnog osiguranja) – 1979. (79/7/EEC – OJ L 6), Direktiva o zapošljavanju i socijalnoj sigurnosti – 1986 (86/378/EEC – OJ L 225), Direktiva o samozapošljavanju (o primjeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena angažiranih u nekoj aktivnosti, uključujući poljoprivredu, u svojstvu samozaposlene osobe i u zaštiti samozaposlenih žena tokom trudnoće i materinstva) – 1986. (86/613/EEC – OJ L 359), Direktiva o zaposlenim trudnicama (o uvođenju mjera za podsticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na poslu zaposlenih trudnica i porodilja ili dojilja) – 1992. (92/85/EEC – OJ L 348), Direktiva o roditeljskom odsustvu – 1996. (96/34/EC – OJ L 145), Preporuka R(856), br. 4, Komiteta ministara državama članicama o nasilju u porodici, Preporuka R(90), br. 4, Komiteta ministara državama članicama o eliminaciji seksizma u jeziku, Preporuka R(91), br. 11, Komiteta ministara državama članicama u vezi sa seksualnim iskorištavanjem, pornografijom, kao i prostitucijom i trgovinom

Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, sa težištem na osnovnim pitanjima: definicija i oblici diskriminacije, obaveza države da eliminiše diskriminaciju, razvoj i emancipacija žena, ubrzanje ostvarivanja ravnopravnosti polova, uloge polova i stereotipi, normira diskriminaciju kao pravno ili fizičko, neposredno ili posredno razlikovanje, privilegovanje, isključivanje ili ograničavanje čiji se cilj ili posljedica ogleda u otežavanju, ugrožavanju, onemogućavanju ili negiranju priznavanja, uživanja ili ostvarivanja ljudskih prava zbog pripadnosti određenom polu.

Diskriminacija u čijoj osnovi leži pripadnost određenom polu, pored pola uključuje još i bračni status, porodični status, trudnoću i materinstvo, roditeljstvo i polnu orijentaciju.

Konvencija eksplicitno navodi svaku od navedenih osnova diskriminacije, a u širem smislu sve smatra diskriminacijom s obzirom na pripadnost određenom polu. Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena kao svoje najvažnije ciljeve vezane za razvoj i emancipaciju žena (član 3) definiše: prvo, garantovanje i ostvarivanje ravnopravnost žena i muškaraca u mogućnostima da uživaju ljudska prava; drugo, garantovanje osnovnih ljudskih prava žena kao preduslov emancipacije žena i treće, obavezu države da vodi politiku u tom cilju.¹⁸

djecom i omladinom, Preporuka R(96), br. 5, Komiteta ministara državama članicama o usklađivanju poslovnog i porodičnog života, Preporuka R(98), br. 14, Komiteta ministara državama članicama o integriranju rodnog aspekta u javnu politiku, Preporuka R(2000), br. 11, Komiteta ministara državama članicama o mjerama za sprečavanje trgovine ljudima u svrhu seksualnog eksploatiranja, Preporuka R(2002), br. 5, Komiteta ministara državama članicama o zaštiti žena od nasilja, Preporuka R(2003), br. 3, Komiteta ministara državama članicama o balansiranoj učešću žena i muškaraca u političkom i javnom odlučivanju, Preporuka R(2007), br. 17, Komiteta ministara državama članicama o standardima i mehanizmima za gender ravnopravnost, Preporuka R(2007), br. 13, Komiteta ministara državama članicama o gender mainstreamingu u obrazovanju, EU Povelja osnovnih prava, iz 2000. godine, koja potvrđuje zabranu diskriminacije i obavezu osiguranja ravnopravnosti muškaraca i žena u svim oblastima, Konvencije Međunarodne organizacije rada UN-a (MOR): Konvencija 45 o zapošljavanju žena na podzemnim radovima u rudnicima svih kategorija (1935.), Konvencija 89 o nodnom radu žena u industriji (revidirana 1948.), Konvencija 100 o jednakom nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad jednake vrijednosti (1951.), Konvencija 103 o zaštiti materinstva (revidirana 1952.), Konvencija 111 o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja (1958.), Konvencija 156 o jednakim mogućnostima i tretmanu za radnike i radnice - radnici sa porodičnim obavezama (1981.).

18 Ravnopravnost polova u političkom i javnom životu (član 7) zahtjeva eliminisanje diskriminacije žena koja je u ovoj oblasti evidentna. Konvencija utvrđuje obavezu države da preduzima mjere (uključujući i zakonodavstvo) za sprečavanje trgovine ženama, eksploatacije i prostitucije (član 6).

Konvencija garantuje pravo žena na obrazovanje i jednaku dostupnost ovog prava za žene i muškarce (član 10). Jednaki uslovi obrazovanja uključuju sve nivoe obrazovanja i sve vrste zanimanja (obrazovni profili). Među pravima u oblasti zapošljavanja garantuju se pravo na rad kao neotuđivo pravo, jednaki uslovi zapošljavanja za žene i muškarce; sloboda izbora profesije i zaposlenja; pravo na unapređenje na poslu, jednake mogućnosti za napredovanje na poslu, sigurnost i sve beneficije vezane za uslove rada, pravo na obuku i dokvalifikaciju, pripravnici staž kao i pravo na jednake mogućnosti za stručno usavršavanje, jednaka naknada za rad jednake vrednosti, jednake beneficije i tretman za jednak rad; ravnopravan tretman za procenu kvaliteta rada, socijalno osiguranje za slučaj starosti, nezaposlenosti, bolesti, invaliditeta; pravo na zaštitu zdravlja koje pretpostavlja bezbjednost radnih uslova i čuvanje reproduktivne funkcije i dr. U domenu zdravstvene i socijalne zaštite (članovi 12 i 13) države je obavezna da eliminiše diskriminaciju žena u oblasti zdravstvene zaštite preduzimanjem posebnih mjera koje će doprinjeti efektivnom ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu, ravnopravan pristup zdravstvenim

Konvencija posebno naglašava nužnost zakonskog garantovanja jednakosti žena i muškaraca pred zakonom.

Značajnu ulogu u pravnoj regulaciji diskriminacije ima i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda koja pored generalne zabrane diskriminacije u uživanju prava i sloboda predviđenih tom konvencijom, zabranu diskriminacije proširuje i na „uživanje svih prava predviđenih zakonom“.¹⁹

Unaprjeđenje ravnopravnosti spolova danas jedan od glavnih ciljeva država članica Vijeća Evrope. Spol danas spada u zaštićene osnove od centralnog značaja u okviru zabrane diskriminacije prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

U Deklaraciji Vijeća Evrope o jednakosti žena i muškaraca (Istanbul 1997.), rodna ravnopravnost je definisana kao jedan od osnovnih kriterijuma demokratije. Deklaracija definiše četiri polja iz politike rodne ravnopravnosti, a to su: politički i javni život, ekonomski i profesionalni život, usklađivanje privatnih/porodičnih obaveza sa političkim i profesionalnim životom, promovisanje jednakosti u demokratskom društvu i uloge muškaraca u rodnoj ravnopravnosti.

uslugama, posebno onim u vezi sa planiranjem porodice, posebne zdravstvene usluge koje se odnose na trudnoću, porođaj, postporođajni period kao i besplatne usluge tamo gde je neophodno.

U domenu socijalne zaštite obaveza je države da eliminiše diskriminaciju žena, stvori jednake mogućnosti i postavi jednake uslove ostvarivanja prava na porodične beneficije, prava na bankarske pozajmice, hipoteke i finansijske kredite, prava na učešće u rekreativnim aktivnostima, sportu i svim vidovima kulturnog života. Zbog izuzetno teškog položaja seoskih žena Konvencija (član 14) garantuje posebna prava seoskih žena i stavlja akcenat na definisanje obaveza države da preduzima mjere za poboljšanje položaja seoskih žena.

Prava vezana za brak i porodicu (član 16) obuhvataju: stupanje u brak na osnovu slobodne volje i uz ličnu saglasnost oba supružnika, slobodu izbora supružnika, određivanje minimalnih godina starosti za stupanje u brak, registrovanje sklopljenih brakova, ista prava za vreme trajanja i prilikom raskida braka, ista roditeljska prava kao i odlučivanje o broju djece i razmaku između njih i njihovom obrazovanju. Ista prava i odgovornosti supružnika garantuju se u pogledu izbora imena i prezimena, izbora zanimanja i profesije kao i prava vlasništva (sticanje, rukovođenje, prodaja, upravljanje), ista starateljska, odnosno štitićenička prava i odgovornosti prilikom odlučivanja o usvajanju dece uz stavljanje interesa djece na prvo mjesto.

19 Član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima normira: Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom obezbjeđuje se bez diskriminacije po bilo kojem osnovu, kao što su: spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili status. Protokol 12. uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda propisuje opću zabranu diskriminacije: 1. Uživanje svih prava određenih zakonom osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.

2. Nikoga ne smiju diskriminirati javna tijela na bilo kojoj osnovi, kako je i navedeno u stavu 1. Za razliku od člana 14. Konvencije, on ne zavisi od veze sa drugim materijalnim pravom zajamčenim Konvencijom. Sud je potvrdio da je definicija diskriminacije u ovom Protokolu identična onoj iz člana 14. te da važe ista načela.

Formulacija člana 14 ukazuje na to da je on ograničen na diskriminaciju koju neko doživi u vezi sa nekim drugim materijalnim pravom zajamčenim Konvencijom. To znači da se podnosilac predstavke ne može na njega pozvati i tvrditi da je žrtva diskriminacije kao povrede same po sebi, već da on mora biti vezan za neko drugo zaštićeno pravo.

Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova posebno je važan princip u Evropskoj uniji.

Amsterdamski ugovor nalaže obavezu Evropskoj zajednici da promoviše, u svim svojim politikama i aktivnostima, jednakost žena i muškaraca i da se zalaže za eliminisanje svih nejednakosti na osnovu spola. Ovaj Ugovor uvodi koncept korištenja gender mainstreaming-a i uvođenje specijalnih mjera za borbu protiv svih vidova diskriminacije (seksualno uznemiravanje na radnom mjestu i van njega, jednakost žena i muškaraca u poslovima zapošljavanja i zanimanja i drugo). Amsterdamski ugovor povezan je sa ranije donesenim dokumentima u ovoj oblasti.

Amsterdamski sporazum dodatno sadrži novi, član 13, kojim se Savjet ministara ovlašćuje da, na osnovu odluke donešene jednoglasno, poduzme “odgovarajuće akcije” u borbi protiv diskriminacije po osnovu spola, rasnog i etničkog porijekla, religije ili vjerovanja, onesposobljenja, dobi ili seksualne orijentacije, iako su do sada usvojeni jedino okvir rada i direktiva o rasnoj diskriminaciji, na osnovu općih antidiskriminacijskih odredbi.

Pored primarnog i sekundarnog zakonodavstva, postoji također i sudska praksa Evropske unije koja, zajedno s pet programa i različitim zakonima, ukazuje na to da je ravnopravnost spolova visoko na političkoj agendi Evropske unije.

“Unijom ravnopravnosti: Strategijom za rodnu ravnopravnost 2020. – 2025” se nastoji ostvariti rodno ravnopravnu Evropu, u kojoj rodno uvjetovano nasilje, spolna diskriminacija i strukturna neravnopravnost žena i muškaraca pripadaju prošlosti. Evropu u kojoj su žene i muškarci, djevojčice i dječaci, u svoj svojoj raznolikosti, ravnopravni. Strukturne elemente Strategije, pored ostalih, čine: sloboda od nasilja i stereotipa (zaustavljanje rodno uvjetovanog nasilja, rušenje rodni stereotipa), uspjeh u rodno ravnopravnom gospodarstvu (ukidanje razlika na temelju spola na tržištu rada, postizanje jednakog sudjelovanja u različitim sektorima gospodarstva, borba protiv razlika u plaći i mirovini na temelju spola, ukidanje razlika na temelju spola u skrbi), ravnopravnost u vodećim položajima u svim područjima društva (postizanje rodne ravnoteže u donošenju odluka i politici) rodno osviještena politika i intersekcionalna perspektiva u politikama EU, financiranje mjera za napredak u rodnoj ravnopravnosti u EU, zauzimanje za rodnu ravnopravnost i osnaživanje žena diljem svijeta, zajednički rad za rodno ravnopravnu Evropu.

Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini²⁰ (uz entitetske ustave, Zakon o zabrani diskriminacije te međunarodne dokumente i relevantne entitetske zakone i uopće mjerodavni pravni okvir Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine) uređuje, promovira i štiti ravnopravnost spolova, garantira jednake mogućnosti i ravnopravan tretman svih osoba bez obzira na spol, u javnoj i u privatnoj sferi društva, te uređuje zaštitu od diskriminacije na osnovu spola.

Prema članu 6. stav 4. nadležne vlasti obavezne su preduzeti odgovarajuće mjere radi eliminacije i sprečavanja nasilja po osnovu spola u javnoj i privatnoj sferi

²⁰ Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini, „Službeni glasnik BiH“, br. 32/10 - Prečišćeni tekst

života, te osigurati instrumente pružanja zaštite, pomoći i naknade žrtvama. Zakon daje definicije direktne i indirektno diskriminacije, te dozvoljava uspostavljanje specijalnih mjera s ciljem promovisanja jednakosti polova i uklanjanja postojećih praksi diskriminacije. Posebno je važno istaknuti da u oblasti borbe protiv rodno zasnovanog nasilja i mijenjanja tradicionalnih rodni uloga u društvu, Zakon u članu 6. stav 5. prepoznaje obavezu edukativnog djelovanja i podizanja svijesti stanovništva radi eliminacije predrasuda, običaja i svih drugih praksi baziranih na ideji inferiornosti ili superiornosti bilo kojeg spola, kao i na stereotipnim ulogama muškaraca i žena. Također, Zakon u čl. 10. do 24. zabranjuje diskriminaciju po osnovu spola i utvrđuje prava i obaveze u pristupu i uživanju svih prava i usluga utvrđenih važećim zakonima unutar BiH u svim oblicima društvenog života (obrazovanje, zapošljavanje, rad i pristup svim oblicima resursa, socijalna zaštita, zdravstvena zaštita, sport i kultura, javni život, mediji, statističke evidencije, sudska zaštita, te obaveze nadležnih organa vlasti).

Posebno je propisano da nadležni organi vlasti preduzimaju posebne mjere u cilju zaštite i unapređenja reproduktivnog zdravlja žena (član 18. st. 3.). Zakon propisuje obavezu za nadležne organe na svim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini da poduzmu sve odgovarajuće i potrebne mjere radi provođenja odredbi Zakona o ravnopravnosti spolova, te mjera i aktivnosti iz Gender akcionog plana Bosne i Hercegovine (član 24.).

Gender akcioni plan Bosne i Hercegovine²¹ je važan strateški dokument u BiH za ostvarivanje ravnopravnosti spolova u svim oblastima društvenog života i rada, u javnoj i privatnoj sferi, a koji je predviđen Zakonom o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini. Ovaj strateški dokument sadrži sve oblasti društvenog života, ali su utvrđene prioritete i transferzalne („cross-cutting“) oblasti, kao i oblasti koje se odnose na jačanje sistema, mehanizama i instrumenata za postizanje ravnopravnosti spolova, te jačanje saradnje i partnerstva. Kao poseban program definirano je „Sprječavanje i suzbijanje nasilja po osnovu spola, uključujući nasilje u porodici kao i trgovinu osobama“.

Saglasno ustavnoj podjeli nadležnosti u BiH, zakonodavstvo u ovoj oblasti zaštite od nasilja u porodici je na entitetskom nivou.²²

21 Gender akcioni plan Bosne i Hercegovine za period 2013.-2017. godine, „Službeni glasnik BiH“, br. 98/13

22 Značajne pravne akte i strateški okvir čine: Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/216 i 75/17, Krivični zakonik Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 64/17, 104/2018 - odluka US i 15/2021 (Nasilje u porodici normira se kao krivično djelo. (Nasilje u porodici je regulisano kao krivično djelo. Narodna skupština RS je 2019. godine usvojila Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici u cilju poboljšanja zaštite, pomoći i podrške žrtvama nasilja u porodici kao i usklađivanja ovog posebnog zakona sa Istanbulskom konvencijom. Ovim potvrđuje ozbiljnost i odgovornost kada je u pitanju suzbijanje i sprječavanje nasilja u porodici na način da se ono više ne klasifikuje kao prekršaj već krivično djelo, insistiranjem na primjeni odredaba Krivičnog zakona RS koji nasilje u porodici definiše kao krivično djelo. Ključna promjena se odnosi na ukidanje definicije nasilja u porodici kao prekršaja i primjene odredaba Krivičnog zakona RS koje definišu porodično nasilje kao krivično djelo. Vidjeti više: Grupa eksperata za akciju protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (GREVIO), Izvještaj koji je podnijela Bosna i Hercegovina u skladu

Gender akcioni plan BiH za period 2018 – 2022. godine sadrži mjere koje će biti provedene radi realizacije tri strateška cilja usmjerena na izradu, provođenje i praćenje programa mjera za unapređenje ravnopravnosti spolova u institucijama vlasti po prioritetnim oblastima (posebno: sprečavanje i suzbijanje nasilja na osnovu spola, uključujući nasilje u porodici i trgovinu osobama, rad, zapošljavanje i pristup ekonomskim resursima, javni život i donošenje odluka te daljnje jačanje saradnje na regionalnom i međunarodnom nivou), izgradnju i jačanje sistema, mehanizama i instrumenata za postizanje ravnopravnosti spolova, kao i uspostavljanje i jačanje saradnje i partnerstva.

Tokom 2013. godine donesen je novi Zakon o zaštiti od nasilja u porodici²³ uz određene novine koje se ogledaju u preciziranju pojma nasilja u porodici, propisivanju hitnog postupka u izricanju zaštitnih mjera imajući u vidu njihovu svrhu zaštite žrtve nasilja, propisivanje drugih oblika zaštite žrtve nasilja, kao što su: utvrđivanje izvora finansiranja sigurnih kuća, donošenje programa mjera na federalnom i kantonalnom nivou za prevenciju, zaštitu i borbu protiv nasilja u porodici, obaveza uspostave referalnih mehanizama za postupanje u postupku zaštite žrtve nasilja u svakoj lokalnoj zajednici i obavezu multidisciplinarnog pristupa u pružanju zaštite žrtvi nasilja, uključujući i obavezu vođenja statističkih podataka o prijavljenim slučajevima nasilja.

Osnov održivosti rada na implementaciji međunarodnih i domaćih pravnih akata, te prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama s akcentom na nasilje u porodici garantovan je kroz član 36. Zakona o zaštiti od nasilja u porodici kojim je predviđena obaveza donošenja strateškog dokumenta u ovoj oblasti. S tim u vezi Vlada Federacije BiH je donijela Strategiju za sprečavanje i borbu protiv nasilja u porodici (2013-2017)²⁴ kroz koju se implementiraju i obaveze iz međunarodnih dokumenata. Poglavljem 8. Strategije definiran je način izrade godišnjih akcionih planova i izvještaja prema vladi što je omogućilo kontinuirano planiranje, realizaciju

sa članom 68. stav 1. Konvencije Vijeća Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, GREVIO 6. februara 2020. GREVIO/Inf(2020)12, objavljen 3. jula 2020.), Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 22/05 i 51/06, 20/2013 i 75/2021, Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05, 41/05 i 31/14, Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 102/12, 108/13, 82/15 i 84/2019, Porodični zakon Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/02, 41/08 i 63/14, Strateški plan za prevenciju i borbu protiv nasilja u porodici u Federaciji Bosne i Hercegovine – 2009.-2010, „Službene novine Federacije BiH“, broj 77/08), Zakon o krivičnom postupku, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14, 74/20), Strategija za sprečavanje i borbu protiv nasilja u porodici (2013-2017), „Službene novine Federacije BiH“, br. 95/13, Strategija za suzbijanje nasilja u porodici Republike Srpske (2014-2019), „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 63/14, Strategija za suzbijanje nasilja u porodici Republike Srpske (2020-2024), Banja Luka, juni 2020., Republika Srpska, Ministarstvo porodice, omladine i sporta, Akcioni plan za implementaciju UNSCR 1325 u Bosni i Hercegovini za period 2014–2017. godine, „Službeni glasnik BiH“, br. 89/14, Akcioni plan za implementaciju UNSCR 1325 u Bosni i Hercegovini za period 2018–2022. godine, te pravni i strateški dokumeti iz oblasti pristupa pravdi – posebno, prava na besplatnu pravnu pomoć.

²³ Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, „Službene novine Federacije BiH“, br. 20/13

²⁴ Strategija za sprečavanje i borbu protiv nasilja u porodici (2013-2017), „Službene novine Federacije BiH“, br. 95/13.

aktivnosti i izvještavanje prema Vladi Federacije BiH. Aktivnosti predviđene Strategijom postaju sastavni dijelovi planova rada nadležnih ministarstava, te se na taj način osiguravaju i sredstva za implementaciju ovog dokumenta. Odlučeno je da će se Strategija provoditi do 2021. godine, jer je važenje dokumenta produženo posebnom Odlukom Vlade Federacije BiH (zbog novih propisa o strateškom planiranju na nivou Federacije BiH). Vlada Federacije BiH izrađuje Akcione planove za provedbu i praćenje Strategije

4. Rodno zasnovano nasilje i nasilje u porodici

Rodno zasnovano nasilje je kršenje ljudskih prava žena i oblik diskriminacije nad ženama, te predstavlja istovremeno uzrok i posljedicu nejednakih odnosa moći među muškarcima i ženama. Nasilje nad ženama je bilo kakav akt nasilja koje se temelji na rodu i spolu, a koji kao posljedicu ima, ili je vjerojatno da će imati, fizičku, seksualnu ili psihološku štetu ili patnju žena, uključujući prijetnje takvim radnjama, prisilu ili samovoljno lišavanje slobode, bilo u javnom ili privatnom životu (*Deklaracija Ujedinjenih nacija o uklanjanju nasilja nad ženama – DEVAW, 1993*).

Izraz “rodno zasnovano nasilje“ se često koristi naizmjenice s pojmom “nasilje nad ženama“. Termin se, također, koristi da se ukáže na dimenzije u okviru kojih se događa nasilje nad ženama: podređen status žena (ekonomski i društveni) čini ih osjetljivijima na nasilje i “doprinosi atmosferi u kojoj se prihvaća, opravdava, pa čak i očekuje nasilje nad ženama“.²⁵

Rodno zasnovano nasilje je oblik diskriminacije kojim se ozbiljno ugrožava sposobnost žene da uživa u pravima i slobodama na bazi jednakosti s muškarcima, prema UN Konvenciji o eliminaciji svih oblika diskriminacije nad ženama (CEDAW), Opća preporuka broj 19. o nasilju nad ženama, član 1.

U ovoj oblasti upravo je Opća preporuka broj 19., iz 1992. godine, bila ključna referenca i alat za zagovaranje za sisteme i organizacije koje se bave pitanjima diskriminacije i nasilja nad ženama. Uzimajući u obzir razvoj događaja u posljednjih 25 godina, Komitet za eliminaciju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW Komitet) je razmatrao efekte primjene Konvencije i izdatih preporuka. Slijedom analiza, CEDAW Komitet je u julu 2017. godine usvojio novu Generalnu preporuku, koja se nastavlja na prethodni ključni dokument Opće preporuke broj 19.

Nova Opća preporuka broj 35 (GR 35) potvrđuje posvećenost UN-a svijetu bez nasilja za sve žene i djevojke. Tako GR 35 definira „rodno zasnovano nasilje“ kao socijalni problem, koji zahtijeva sveobuhvatne odgovore i “jedno od osnovnih društvenih, političkih i ekonomskih sredstava kojima se podstiče podređeni položaj žena u odnosu na muškarce i njihove stereotipne uloge“. Nasilje nad ženama je “kritična prepreka za postizanje suštinske jednakosti između žena i muškaraca i

25 Heise, L. et al., “Ending Violence Against Women,” Population Reports XXVII, no. 4, series L, no. 11 (1999), as cited in Myra Betron and Elizabeth Doggett, Linking Gender-Based Violence Research to Practice in East, Central and Southern Africa: A Review of Risk Factors and Promising Interventions, Washington, DC: USAID, 2006

kršenje ženskih ljudskih prava”. Ona se manifestuje u beskonačnosti višestrukih, međusobno povezanih i ponavljanih oblika, uključujući kršenje ženskog seksualnog i reproduktivnog zdravlja i prava, podržanih od strane mnogobrojnih faktora, među kojima su i ideologija muškog prava i privilegija nad ženama.

GR 35 prepoznaje i nove oblike nasilja nad ženama i djevojčicama, redefiniране kroz “tehnološki-vođenu” sredinu, kao što su savremeni oblici nasilja koji se javljaju na internetu i digitalnim prostorima”.

2006. godine Generalna skupština UN-a usvojila je Temeljna načela²⁶ i smjernice o pravu na pravni lijek i reparaciju za žrtve teških kršenja međunarodnih ljudskih prava i ozbiljnih povreda međunarodnog humanitarnog prava UN-a. Mada se Temeljna načela ne odnose isključivo na žene žrtve teških kršenja ljudskih prava, njima se daje okvir u kojim se definišu obaveze države – tj. obaveze da se osiguraju u potpunosti dostupni žalbeni mehanizmi za žrtve, cjeloviti pravni lijekovi uključujući naknade, kao i restituciju, te rehabilitaciju, satisfakciju i garancije neponavljanja. Ono što je ovdje bitno naglasiti jeste to da prema međunarodnim pravnim okvirima čak i prepreke za korištenje adekvatnih pravnih sredstava u slučajevima zlostavljanja same po sebi predstavljaju diskriminaciju nad ženama.²⁷

Rodno zasnovano nasilje je strukturni problem koji je duboko ukorijenjen u nejednakim odnosima moći između muškaraca i žena. Takvo nasilje je ojevkoječeno štetnim društvenim i kulturnim očekivanjima o rodnom ulogama koje se obično povezuju s činjenicom da je osoba žena ili muškarac, djevojčica ili dječak. Djeluje kao mehanizam za ostvarivanje i održavanje rodne nejednakosti. Žene i djevojke koje su izložene nasilju primaju poruku da su one manje vrijedne od drugih, te da nemaju kontrolu nad svojim životima i tijelima. To ima direktne posljedice na njihovo zdravlje, zapošljavanje i učešće u društvenom i političkom životu.²⁸

Prevenција i ukidanje nasilja nad ženama bitne su komponente zaštite potpunog ostvarivanja ljudskih prava žena i preduvjet su za ostvarivanje ravnopravnosti spolova.

Važno je imati na umu, međutim, da su i muškarci i dječaci također žrtve rodno zasnovanog nasilja, kao što je silovanje ili seksualno zlostavljanje dječaka. Rodne uloge također doprinose činjenici da muškarci i dječaci ne samo osjećaju pritisak od svojih muških vršnjaka da izraze svoju muškost kroz nasilje nad ženama nego isto nasilje vrše i nad drugim dječacima i/ili muškarcima.

Nasilje u porodici postoji u svim zemljama svijeta, bez obzira na njihovu demokratsku tradiciju, ekonomsku snagu, stepen obrazovanosti ili kulturu. To je „... globalna pojava koja je prisutna u svim društvima svijeta i predstavlja svaki oblik fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja ili prijetnja takvim nasiljem kojem se izlaže neki od članova porodice. Nasilje nije izolirani, pojedinačan događaj, već obrazac ponavljajućih ponašanja.”²⁹

26 Rezolucija br. 60/147 (2006).

27 Kako da prava postanu realnost – Nasilje nad ženama u oružanom sukobu, str. 17. Amnesty International, 2004.

28 Jačanje odgovora zdravstvenog sistema na rodno zasnovano nasilje u Istočnoj Evropi i Centralnoj Aziji, Resursni paket, UNFPA-WAVE, prevod na BHS jezike, 2014, str. 17. i 18.

29 Postupanje u slučajevima nasilja u porodici. Sarajevo: Gender centar Federacije Bosne i Hercegovine,

Porodično nasilje (nasilje u porodici) označava svako djelo fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja do kojeg dođe u porodici ili domaćinstvu, odnosno između bivših ili sadašnjih supružnika odnosno partnera, neovisno od toga da li počinitelj dijeli ili je dijelio isto domaćinstvo sa žrtvom.³⁰

Nasilje u porodici predstavlja još jednu oblast u kojoj se Evropski sud za ljudska prava bavio diskriminacijom po osnovu spola.

U Preporuci br. 19. Odbora Ujedinjenih nacija za ukidanje svih oblika diskriminacije prema ženama³¹ naglašava se da je „... nasilje temeljeno na spolu oblik diskriminacije koji ozbiljno ugrožava mogućnost žena da uživaju prava i slobode na osnovi jednakosti s muškarcima“, osim toga žene žrtve nasilja u porodici su dvostruko ugrožena skupina, jer su sklonije zapadanju u siromaštvo,³² te imaju ograničene mogućnosti u društvu i velik rizik od socijalne isključenosti.³³

Uzrok nasilja u porodici leži u naučenom obrascu ponašanja, odgojnom kontinuitetu kojem doprinose i obrazovni, sociološki, ekonomski, zdravstveni i drugi faktori. Kako nema značajnih razlika u pojavi nasilja u porodici na osnovu životnog standarda, finansijskog stanja i obrazovnog statusa, može se utvrditi da je nasilje u porodici naučen obrazac ponašanja integriran u izgradnju kako individualnih identiteta, tako na kraju i društvenog kolektiva koji ovo ponašanje smatra prihvatljivim uz direktnu povezanost sa patrijarhalnim društvom.³⁴

Socijalni kontekst, također, je „... jedan od rizičnih elemenata koji doprinose nasilju protiv žena u obitelji: posljedice rata, povećan prag tolerancije na nasilje, muškarci koji su se iz rata vratili s dijagnozom PTSP-a, tranzicija koja je osobito teško pogodila žene te retradicionalizacija društva. Za strukturalne promjene na razini politike nužna je suradnja NVO-a i relevantnih vladinih i drugih institucija (centri za socijalnu skrb, policija, sudstvo) te radom na jasnom i preciznom definiranju obveza pojedinih institucija i sankcija za nepostupanje po istima.“³⁵

Istraživanja o dobrobiti i sigurnosti žena u Bosni i Hercegovini koje je provela Organizacija za sigurnost i saradnju u Evropi pokazuju da, tri od pet žena smatra da je nasilje nad ženama uobičajena pojava u njihovim zajednicama. Isto tako, četiri od deset žena u BiH izjavile su da su iskusile psihološko, fizičko ili seksualno nasilje nakon navršene 15. godine života, od strane partnera ili drugih osoba. Gotovo polovina ispitanih žena smatra da je nasilje u porodici privatna stvar, a preko 40% njih ne zna šta treba činiti ako dožive nasilje. Nažalost, većina žena ne prijavljuje nasilje koje doživi, navodeći sram, materijalnu ovisnost/probleme, nedostatak informacija, nepovjerenje u službe i u konačnici, strah, kao razloge zbog kojih

2017, str. 8.

30 Član 3b, Vijeće Evrope: Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Istanbul, 2011.

31 Opća preporuka br. 19 (drugo zasjedanje, 1992), U.N.DocA/47/38(1992).

32 Pokazatelji siromaštva od 2002. do 2004. Zagreb: Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, broj 13.2.2, od 7. jula 2005. godine.

33 Economic Vulnerability and Welfare Study (2000), World Bank.

34 Isto, str. 8.

35 Neumreženi: Lica socijalne isključenosti u Hrvatskoj. Zagreb: Program Ujedinjenih naroda za razvoj (UNDP) u Hrvatskoj, 2006, str. 99-100.

ne prijavljuju nasilje relevantnim institucijama.³⁶ Također, zaključci navedenog istraživanja ukazuju i na to da se društvene norme i stavovi se mijenjaju, ali je broj prijava nasilja na niskom nivou, nema pravilne provedbe zakona te da je većina žena je direktno pogođena sukobom.

I dalje u sudskoj praksi dominiraju prakse izricanja uslovnih osuda, blaže kvalifikacije krivičnog djela nasilja u porodici, nespremnost da se nasilje u porodici procesuiru u sticaju s drugim kaznenim djelima, te odmjeravanje kazne na granici ili ispod granice propisane zakonom.³⁷ Dosadašnja istraživanja³⁸ pokazuju da sankcionisanje krivičnog djela nasilja u porodici ne možemo ocijeniti kao zadovoljavajuće te se nameće pitanje da li se takvim kažnjavanjem postiže svrha generalne i specijalne prevencije. Pravosudni odgovor ima veoma značajnu i za žrtvu i za počinioca, jer predstavlja društvenu osudu ili pak društveno tolerisanje određenih ponašanja. Presuda, njen sadržaj, sankcija i obrazloženje imaju ključnu ulogu za žrtvu koja presudom želi dobiti zakonsku satisfakciju za pretrpljeno nasilje.³⁹

„S obzirom na to da se najčešće nasilje dešava upravo između partnera, i to ga muškarci vrše nad ženama, nasilje nad ženama i djevojčicama predstavlja univerzalno pitanje i u doba mira i u doba konflikata, ali i u svim drugim vanrednim situacijama. Kriza nastala usljed pandemije Covid-19 doprinijela je pogoršanju situacije kada je u pitanju i nasilje. Ključni instrumenti borbe protiv širenja pandemije, kao što su društvena izolacija, ograničenje kretanja i policijski čas, kreirali su idealno okruženje za porast i eskalaciju nasilničkog ponašanja prema ženama (i djeci) usljed povećane i konstantne 24-časovne kontrole nad žrtvom. Uz to, promjene u načinu organizacije rada mehanizama za zaštitu od porodičnog nasilja (smanjeni ljudski/ stručni kapaciteti, skraćeno radno vrijeme, nepostojanje osnovne zaštitne opreme za stručne radnike na terenu) pogodovale su zlostavljačima, jer se žrtvi dodatno otežavalo i ograničavao pristup subjektima zaštite, prvenstveno policiji i centrima za socijalni rad. S obzirom na iznesene podatke i navode, kako vladinog tako i nevladinog sektora, može se zaključiti da je u Bosni i Hercegovini ipak zabilježen određeni porast događaja koji mogu predstavljati nasilje u porodici u vrijeme pandemije Covid-19. Kao najznačajniji razlozi za povećanje nasilja u porodici navode se stres oko finansijske budućnosti, ograničeno kretanje, gubitak zaposlenja i slično.⁴⁰

36 „Istraživanje o dobrobiti i sigurnosti žena“, OSCE (2018. god.)

37 Petrić, Aleksandra i Radončić, Dženana, Izvještaj i analiza praćenja krivičnih postupaka u oblasti rodno zasnovanog nasilja u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, (Banja Luka: Centar za pravnu pomoć ženama i Fondacija Udružene žene, 2014.) i Čehajić-Čampara, M. i Veljan, N. Analiza sudske prakse u predmetima nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini, (Atlantska inicijativa, 2018.)

38 OSCE, Krivična odgovornost i sankcioniranje počinitelaca nasilja u porodici: Analiza i preporuke o krivičnopravnim sankcijama u predmetima nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini, Sarajevo: Misija OSCE-a, 2011. i Petrić, Aleksandra i Radončić, Dženana, Izvještaj i analiza praćenja krivičnih postupaka u oblasti rodno zasnovanog nasilja u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj

39 Atlantska inicijativa, Ponovno čitanje i analiza presuda nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2019., str. 23.

40 Friedrich-Ebert-Stiftung - Demokratija i ljudska prava, nasilje u porodici u doba pandemije, Uticaj preventivnih mjera za korona virus na nasilje u porodici u Bosni i Hercegovini, Dr Grbić Pavlović, Nikolina Sarajevo, novembar 2020., str. 3. i 18.

5. Umjesto zaključka

Iako je Evropska unija globalni predvodnik u rodnoj ravnopravnosti, o čemu svjedoči činjenica da su od 20 zemalja u svijetu vodećih u rodnoj ravnopravnosti 14 države članice EU, zahvaljujući opsežnom zakonodavstvu i sudskoj praksi u području jednakog postupanja, nastojanjima da se rodna perspektiva uključi u različita područja politike te propisima za uklanjanje pojedinih nejednakosti te da je ravnopravnost jedna od pet vrijednosti na kojima se temelji Unija, da se Unija obavezala da će težiti prema ravnopravnosti između žena i muškaraca u svim svojim aktivnostima, da Povelja o temeljnim pravima predviđa takvu ravnopravnost i zabranjuje diskriminaciju na temelju spola, da je u posljednjih nekoliko desetljeća Evropska unija znatno napredovala u području rodne ravnopravnosti, ipak ni jedna država članica EU nije postigla potpunu rodnu ravnopravnost i sporo se napreduje.

Također, postojeći međunarodni evropski i instrumenti Ujedinjenih nacija, koji čine međunarodni i evropski pravni okvir za ostvarivanje zabrane diskriminacije i ravnopravnost spolova, uglavnom su prihvaćeni od strane skoro svih savremenih država koje putem svojih ustava, ali i ostalih pravnih akata koji pravno uređuju ovo pitanje.

“Unijom ravnopravnosti: Strategijom za rodnu ravnopravnost 2020. – 2025” se nastoji ostvariti rodno ravnopravnu Evropu, u kojoj rodno uvjetovano nasilje, spolna diskriminacija i strukturna neravnopravnost žena i muškaraca pripadaju prošlosti. Evropu u kojoj su žene i muškarci, djevojčice i dječaci, u svoj svojoj raznolikosti, ravnopravni.

Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova posebno je važan za pristup Evropskoj uniji. Žene su heterogena skupina, a mogu se suočiti s interseksionalnom diskriminacijom na temelju više osobina.

Prema nalazima istraživanja i dostupnim podacima⁴¹ “uprkos brižljivo osmišljenom pravnom, strateškom i institucionalnom mehanizmu za jačanje rodne ravnopravnosti u Bosni i Hercegovini, žene su i dalje suočene sa mnogim izazovima i preprekama na putu ka punoj jednakosti u svim oblastima života. Glavni izazovi za ostvarivanje rodne ravnopravnosti u političkom učešću i donošenju odluka u BiH zasnivaju se na percepciji tradicionalnih rodnih uloga, tj. kulturološkim faktorima utemeljenim na ubjeđenju o prihvatljivim rodnim ulogama kada se radi o učešću u politici i odlučivanju.

Jednake mogućnosti sudjelovanja i u Evropskoj uniji ključne su za predstavničku demokratiju na svim razinama – evropskoj, nacionalnoj, regionalnoj i lokalnoj.

Kada govorimo o ostvarivanju rodne ravnopravnosti u ekonomskom okruženju u Bosni i Hercegovini, glavni izazovi proističu iz rodno zasnovane diskriminacije u zapošljavanju i na tržištu rada, kao i seksualnog uznemiravanja i mobinga na radnom mjestu.

41 UN Women (2021), Profil rodne ravnopravnosti u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, Bosna i Hercegovina, str. 11. -13.

Također, iako u Evropi više žena nego muškaraca ima univerzitetsku diplomu, žene su i dalje nedovoljno zastupljene u bolje plaćenim profesijama. Kada je riječ o slabo plaćenim poslovima, sektorima ili radnim mjestima, veći je udio žena. Diskriminirajuće društvene norme i stereotipi o vještinama žena i muškaraca te podcjenjivanje rada žena neki su od faktora koji tome doprinose. Žene u prosjeku i dalje zarađuju manje od muškaraca. Razlike u zapošljavanju i plaći na temelju spola sveukupno tokom života rezultiraju još većom razlikom u penzijama pa su u starijoj dobi žene u većoj opasnosti od siromaštva nego muškarci. Za uklanjanje razlike u plati na temelju spolova potrebno je rješavati sve njene glavne uzroke, uključujući manje sudjelovanje žena na tržištu rada, njihov „nevidljivi” i neplaćeni rad, češći rad u nepunom radnom vremenu i više prekida u karijeri, kao i vertikalnu i horizontalnu segregaciju na temelju rodnih stereotipa i diskriminacije.⁴²

U Bosni i Hercegovini žene u ruralnim i udaljenim područjima su pod većim rizikom od siromaštva budući da najviše pate zbog nedostatka pristupa i kontrole nad produktivnim resursima kao što su zemljište, imovina, finansijski resursi, obrazovanje, profitabilne vještine i pristup informacijama i modernim tehnologijama.

Ostvarivanje rodne ravnopravnosti u socijalnoj i zdravstvenoj zaštiti podrazumijeva karakteristične izazove, koji su većinom u vezi s nedovoljno finansiranim specijalizovanim uslugama za žrtve rodno zasnovanog i nasilja u porodici, konkretno, to su skloništa za žene koje su preživjele nasilje u porodici. Takvih utočišta za žrtve nasilja nema dovoljno u Bosni i Hercegovini. U BiH još nisu uspostavljeni ni krizni centri za žrtve silovanja. Jedinstveni metod prikupljanja podataka o nasilju nad ženama, uključujući slučajeve nasilja u porodici i nasilja koje počinu intimni partner još uvijek se razvija. Potrebna je dodatna obuka kako bi se senzibilizovali policijski službenici/ce za postupanje s preživjelima.

Glavni izazovi za ostvarivanje rodne ravnopravnosti u obrazovanju odnose se na rodne stereotype, tj. na jačanje stereotipa o rodnim ulogama u svim slojevima društva, čime se normalizuje rodno zasnovano nasilje i dodatno podržava rodna nejednakost. Rodna segregacija prema zanimanju i dalje predstavlja značajan izazov.

Neke od mjera u cilju zaštite žrtava nasilja u porodici, kao jedne od marginaliziranih – socijalno isključenih kategorija stanovništva, mogu biti sljedeće:⁴³ inicirati edukacijske programe za državne službenike koji se u svom radu susreću sa ženama žrtvama nasilja u obitelji i njihovom djecom, suradnja vladinog i nevladinog sektora, značajniji angažman svih društvenih dionika, kontinuirano financiranje za znanstveno istraživački rad na problemu nasilja u obitelji, sustavan rad na uklanjanju rodnih stereotipa, osvjetljavanju problema nasilja nad ženama, njegovom prepoznavanju u širim krugovima, te pravilnom prezentiranju. Ujedno, potreban je sinergijski pristup na svim razinama zdravstvene zaštite kako bi se rizik od smanjenja dostupnosti i kvalitete zdravstvene skrbi sveo na najmanju moguću mjeru. Na navedeno su upozorile brojne međunarodne organizacije u okviru Evropske unije i šire. Preporuke u oblasti djelovanja medija mogu se sumirati na

42 Vidjeti više: Unija ravnopravnosti: Strategija za rodnu ravnopravnost 2020. – 2025

43 Vidjeti više: Neumreženi: Lica socijalne isključenosti u Hrvatskoj. Zagreb: Program Ujedinjenih naroda za razvoj (UNDP) u Hrvatskoj, 2006, str. 100.

potrebu osmišljavanja i realizacije sistematične edukacije medijskih djelatnika/ca prema pozitivnom pravnom okviru (međunarodnom i unutrašnjem) i standardima međunarodnih i evropskih dokumenata o suzbijanju seksizama i rodnih stereotipa u medijskim sadržajima, povećanje broja sadržaja koji, umjesto stereotipiziranih rodnih uloga, promoviraju raznovrsne rezultate i uspjehe žena u različitim područjima života, povećanja zastupljenosti tema koje su vezane uz pitanja načela ravnopravnosti spolova te sprječavanja temeljenja reklama i reklamnih kampanja na objektivizaciji ženskog tijela.

Postizanje rodne ravnopravnosti i u Evropskoj uniji zajednička je odgovornost. Iziskuje udruživanje i djelovanje svih institucija, država i agencija, u partnerstvu s civilnim društvom i organizacijama žena, socijalnim partnerima i privatnim sektorom.

Rebeka Kotlo, LL.D, Associate Professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University in Mostar

Amra Jašarbegović, LL.D., Associate Professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University in Mostar

**INTERNATIONAL NORMS AND STANDARDS
OF WOMEN'S HUMAN RIGHTS AND GENDER EQUALITY,
WITH REFERENCE TO PROTECTION FROM GENDER-BASED
VIOLENCE**

Summary: Human rights and fundamental freedoms are the area in which international law has progressed the most by the constant expansion of the human rights and their more detailed standardization, but also by the increasing institutionalization of their exercising and protection, including special, now crucially important instruments and institutes as well as their protection at the international level. The principle of non-discrimination, equal treatment and equal opportunities for women and men and gender equality is particularly important for accession to the European Union. In this paper, the authors will analyze the fundamental determinants of the relevant international (universal and European) legal framework, of particular importance for Bosnia and Herzegovina, in the field of gender equality and protection from gender-based violence, as well as the key postulates and results of research, actions, measures, goals and activities in the mentioned areas.

Keywords: international norms and standards of women's human rights, gender equality, protection from gender-based violence, universal and European legal and strategic documents on gender equality

STICANJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI U KONTEKSTU PRAVA (DETETA) NA PORODIČNI ŽIVOT¹

Sažetak: Prema rešenju srpskog zakonodavca, sticanje poslovne sposobnosti pre navršenih 18 godina moguće je u dva slučaja – zaključenjem braka i sticanjem poslovne sposobnosti, ukoliko dete starije od 16 godina postane roditelj. Drugi slučaj – sudska emancipacija omogućava detetu koje je postalo roditelj da samostalno vrši prava i dužnosti koje čine sadržinu roditeljskog prava. Zakonodavac se opredelio da ovo pitanje reguliše samo jednom upućujućom odredbom koja poziva na shodnu primenu pravila o davanju dozvole za stupanje u brak maloletnika. Autorka u ovom radu postavlja pitanje da li je u vremenu u kome su maloletničke trudnoće jedan od gorućih problema, a nedostatak sveobuhvatne državne strategije u pogledu zdravlja adolescenata jedna od kritika Komiteta za prava deteta upućena Republici Srbiji, prepoznata važnost sticanja poslovne sposobnosti, te da li je primena pravila postupka koji ima drugu svrhu – omogućiti zaključenje braka, a tek supsidijarno samostalno preduzimati prava i obaveze, zaista odgovarajuće rešenje, i, naposljetku, u kojoj meri i kojim odredbama bi se, eventualno, postojeće rešenje moglo dopuniti.

Cljučne reči: sticanje poslovne sposobnosti, sudska emancipacija.

1. Sticanje poslovne sposobnosti ili da li se maloletnička trudnoća zaista dešava negde drugde?

Prema različitim podacima do kojih je došla Svetska zdravstvena organizacija oko 12 miliona devojčica uzrasta 15-19 godina i najmanje 777 000 devojčica mlađih od 15 godina u zemljama u razvoju godišnje rodi dete². Čak jedna trećina žena u nerazvijenim i srednje razvijenim zemljama rodila je dete tokom adolescencije, od čega je skoro jedna polovina rodila prvo dete pre 17. godine, a 6% njih u uzrastu mlađem od 14 godina³.

U Republici Srbiji stopa rađanja adolescentkinja tokom jedne kalendarske godine procenjuje se na 50 na 1 000 devojaka⁴. Da je država prepoznala ovaj problem uočava se i po tome što u prioritetne probleme zdravstvene zaštite adolescenata

1 Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS prema ugovoru evidencioni broj 451-03-68/2022-14/200120.

2 <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/adolescent-pregnancy>, pristup sajtu 12.9.2022, navod preuzet od Darroch, J; Woog, V; Bankole, A; Ashford, LS. *Adding it up: Costs and benefits of meeting the contraceptive needs of adolescents*. New York: Guttmacher Institute, 2016.

3 UNFPA, *Motherhood in Childhood: The Untold Story*, 2022, str. 4.

4 *Maloletničke trudnoće i porođaji na teritoriji AP Vojvodine*, Pokrajinski zaštitnik građana – Ombudsman, 2021, str. 1. Stopa rađanja Romkinja adolescentkinja je 157 na 1 000, dok je među adolescentkinjama iz opšte populacije taj broj 22 na 1 000 devojaka.

spadaju i nedovoljno zastupljeni zdravi stilovi života adolescenata i problemi reproduktivnog zdravlja - rano stupanje u seksualne odnose, rizični seksualni odnosi, niska upotreba kondoma i ostalih kontraceptivnih sredstava, visoka učestalost polno prenosivih infekcija, kao i adolescentna trudnoća⁵.

Kada dete rodi dete, za njega počinju dva paralelna sveta – onaj u kome je i dalje dete, sa pravima (i, u manjoj meri, obavezama) koje taj status nosi, ali i roditelj sa širokim korpusom prava i obaveza iz opsega roditeljskog prava koje prema sopstvenom detetu ima⁶. Podrška porodice, društva i države neophodna je u cilju pomirenja i, u punoj meri, ostvarenja prava i obaveza iz obe uloge u kojima se dete našlo. To je konstatovano i u Opštem komentaru broj 20 Komiteta za prava deteta koji se, između ostalog, bavi i adolescentima koji primarno brinu o svojoj porodici. U komentaru se naglašava da se očekuje da adolescenti roditelji i primarni staraoci o porodici treba da budu snabdeveni osnovnim znanjem o zdravlju dece, ishrani i dojenju, kao i da dobiju odgovarajuću podršku u pogledu dece za koju su odgovorna (ne nužno svoje dece, *prim. A.T*), i kada je to potrebno, materijalnu podršku u pogledu ishrane, odeće i kućanstva. Adolescentima koji se staraju o porodici potrebna je dodatna podrška u pogledu ostvarivanja svog prava na obrazovanje, igru i participaciju. Naročito se akcentuje učešće države u “ključnim trenucima životnog ciklusa” i posebnim potrebama koje adolescenti koji se staraju o porodici imaju⁷.

Međutim, za ostvarivanje većine prava i obaveza koje imaju, potrebno im je da poseduju (potpunu) potpunu sposobnost. Predmet ovog rada jeste postupak za sticanje poslovne sposobnosti koji je u zakonodavstvu Republike Srbije uređen jednom upućujućom odredbom, koja usmerava na shodnu primenu odredaba koje se primenju na postupak za davanje dozvole za stupanje u brak. Osnovna hipoteza ovog rada jeste ta da su ova dva postupka različita po svojoj prirodi i cilju kome se teži, te da je zakonodavac kudikamo ozbiljnije trebalo da pristupi uređenju postupka za sticanje poslovne sposobnosti, ali i njegovoj afirmaciji, naročito imajući u vidu da on ishoduje sticanjem potpune poslovne sposobnosti, preduslova za ostvarivanje većine drugih prava i obaveza.

2. Poslovna sposobnost i šta (se sve može) sa njom?

U većini savremenih prava, uključujući i bivše jugoslovenske republike, punoletstvo, a samim tim i potpuna poslovna sposobnost stiču se, po pravilu, sa navršenih 18 godina. To je sasvim u skladu sa čl. 1. Konvencije o pravima deteta⁸,

⁵ *Op. cit.*, str. 7. Ove mere prevencije i ranog otkrivanja bolesti apostrofirane su u čl. 53. Zakona o zdravstvenom osiguranju («Sl. glasnik RS», br. 25/2019).

⁶ Staranje o detetu obuhvata: čuvanje, podizanje, vaspitavanje, obrazovanje, zastupanje, izdržavanje te upravljanje i raspolaganje imovinom deteta (Čl. 68. Porodičnog zakona, ”Sl. glasnik RS”, br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015, u daljem tekstu i PZ).

⁷ *General comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence*, str. 15. Ovaj komentar ne definiše razdoblje adolescencije već se fokusira na period od 10. do 18. godine **života**.

⁸ Convention on the Rights of the Child, 20. novembar 1989. godine.

prema kome je dete svako ljudsko biće koje nije navršilo osamnaest godina života, ukoliko se, po zakonu koji se primenjuje na dete, punoletstvo ne stiče ranije⁹.

Kako u Republici Srbiji još uvek nije usvojen zakon koji se (isključivo) bavi pravima deteta, zakon koji se primenjuje na dete jeste Porodični zakon. U skladu sa njim, punoletstvo se stiče sa navršenom 18. godinom života. Potpuna poslovna sposobnost stiče se punoletstvom i sklapanjem braka pre punoletstva uz dozvolu suda. Sud može dozvoliti sticanje potpune poslovne sposobnosti maloletnom licu koje je navršilo 16. godinu života, a postalo je roditelj i dostiglo je telesnu i duševnu zrelost potrebnu za samostalno staranje o sopstvenoj ličnosti, pravima i interesima. O dozvoli za sticanje poslovne sposobnosti odlučuje se u vanparničnom postupku (čl. 11. st. 2. i 3. PZ). U perspektivi je donošenje posebnog zakona koji uređuje prava deteta. U skladu sa čl. 4. Nacrta Zakona o pravima deteta i Zaštitniku prava deteta¹⁰, dete je svako ljudsko biće od rođenja do navršene 18 godina. Osoba mlađa od 18 godina zadržava status deteta i ostvaruje prava po ovom zakonu bez obzira na sticanje posebnih prava i obaveza na osnovu drugih zakona i odluka nadležnih organa, uvek kada je to u njegovom/njenom najboljem interesu. Dakle, ovaj Nacrt zakona detaljnije uređuje pojam deteta u odnosu na važeći PZ tako što 1) određuje ne samo kraj, već i početak života deteta i 2) definiše položaj onih lica koja steknu poslovnu sposobnost pre navršene 18 godina.

Savremeno shvatanje prava deteta, koje dete posmatra kao subjekt, a ne kao objekt prava dozvoljava sticanje određenih prava i sloboda i pre navršene 18 godina, te sticanje posebnih poslovnih sposobnosti koje detetu omogućavaju da preuzima određene pravne radnje, odnosno zaključuje pravne poslove nezavisno od stepena opšte poslovne sposobnosti¹¹. Na ovaj način konkretizuje se koncept razvojnih sposobnosti deteta, formulisan članom 5. Konvencije o pravima deteta¹²: Strane ugovornice će poštovati odgovornosti, prava i dužnosti roditelja ili, gde je takav slučaj, članova šire porodice ili zajednice, kako je predviđeno lokalnim običajima, zakonskih staratelja ili drugih osoba zakonski odgovornih za dete, da bi se omogućilo, na način koji je u skladu sa razvojnim mogućnostima deteta, odgovarajuće usmeravanje i savetovanje u ostvarivanju prava priznatih ovom Konvencijom. Najveći broj prava koje dete stiče pre navršene 18. godine predviđen je Porodičnim zakonom, pa tako petnaestogodišnje dete može izabrati koju će srednju školu pohađati (čl. 63. st. 2), može odlučiti o održavanju ličnog kontakta sa roditeljem (čl. 61. st. 4) kao i o tome sa kojim će roditeljem živeti (čl. 60. st. 4). Zakonom o nasleđivanju

9 Pojedine države stavile su rezervu na član 1. Konvencije, najčešće naglašavajući da se dete smatra ljudskim bićem od trenutka začeća, a ne rođenja (Argentina, Gvatemala) ili apostrofirajući da se sa 18 godine ne stiče potpuna poslovna sposobnost (Kuba), https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=en, pristup sajtu 14.9.2022.

10 Nacrt Zakona o pravima deteta i Zaštitniku prava deteta, <https://www.minrzs.gov.rs/sr/konkursi/nacrt-zakona-o-pravima-deteta-i-zastitniku-prava-deteta-javni-poziv-za-javnu-raspravu>, pristup sajtu 19.8.2022.

11 O promeni u konceptu detinjstva opširnije: Vučković Šahović, N, Petrušić, N, *Prava deteta*, Niš, 2015, str. 15-30.

12 Smatra se da se koncept razvojnih mogućnosti deteta može u Konvenciji o pravima deteta sagledati na tri načina: u zaštitnom, razvojnom i participativnom smislu. Opširnije: Vranješević, J, *Razvojne kompetencije kao osnovna deteta na participaciju* (doktorska disertacija), Beograd, 2008, str. 83.

detetu je sa 15 godina priznata zaveštajna sposobnost (čl. 15),¹³ a šesnaestogodišnjoj devojčici priznato je pravo da samostalno ostvari pravo na prekid trudnoće (čl. 2. st. 2. Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama).¹⁴ Porodični zakon zadržava tradicionalnu podelu na mlađeg malotnika, do navršenih 14 godina, koji može preduzimati pravne poslove kojima pribavlja isključivo prava, pravne poslove kojima ne stiče ni prava ni obaveze i pravne poslove malog značaja i starijeg maloletnika, dete sa navršenih 14 godina, koje može preduzimati, pored pravnih poslova koje može preduzimati mlađi maloletnik, i sve ostale pravne poslove uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja, odnosno saglasnost organa starateljstva za određene pravne poslove (čl. 64. st. 1. i 2).¹⁵

Ipak, tek potpuna poslovna sposobnost (sposobnost da samostalno odlučuje o svojim pravima i obavezama) omogućava pojedincu da u punom kapacitetu ostvari sva svoja prava i obaveze i u potpunosti participira u pravnom životu. Razumevajući važnost sticanja poslovne sposobnosti deteta koje je postalo roditelj, zakonodavac je 2005. godine Porodičnim zakonom dao mogućnost sticanja poslovne sposobnosti detetu koje još nije napunilo 18 godina.

Ovakva mogućnost je, međutim, i dalje nepoznanica u pojedinim zemljama regiona, te se potpuna poslovna sposobnost u Crnoj Gori¹⁶, Hrvatskoj¹⁷ i Republici Severnoj Makedoniji¹⁸ stiče punoletstvom i davanjem dozvole za stupanje u brak. Što se tiče Republike Bosne i Hercegovine, Porodičnim zakonom Federacije BiH uređena je i mogućnost da poslovnu sposobnost u vanparničnom postupku stekne maloletna osoba koja je navršila 16 godina i postala roditelj, pri čemu se uzima u obzir njena duševna zrelost,¹⁹ na isti način uređeno je sticanje poslovne sposobnosti i Porodičnim zakonom Brčko distrikta BiH²⁰, dok se u Republici Srpskoj²¹ punoletstvo stiče sa navršenih 18 godina i davanjem dozvole za stupanj u brak. Porodičnim zakonom Republike Slovenije takođe se dopušta sticanje poslovne sposobnosti pre navršenih 18 godina u slučaju roditeljstva, uz uređivanje posebnog postupka.²²

13 Zakon o nasleđivanju, "Sl. glasnik RS", br. 46/95, 101/2003 - odluka USRS i 6/2015.

14 Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama, "Sl. glasnik RS", br. 16/95 i 101/2005 – dr. zakon.

15 Zadržavanje podele maloletnika na mlađe i starije maloletnike, te potpuno uskraćivanje poslovne sposobnosti mladim maloletnicima nailazi na kritike u literaturi: "Priznavanjem ograničene poslovne sposobnosti (i) deci do 14. godina starosti, otvorio bi se prostor da roditelji, procenjajući nivo sposobnosti svog deteta, imajući u vidu vrstu pravnog posla, rizike koji on sa sobom nosi i sl., postepeno šire prostor poslovnih aktivnosti deteta pružajući mu time mogućnost da stiče iskustva, širi svoja saznanja i razvija se u autonomnu ličnost. Takvo zakonsko rešenje bi, istovremeno, doprinelo prevazilaženju tradicionalnih patrijarhalnih zaštitničkih obrazaca ponašanja prema detetu, karakterističnih za naš socio-kulturni milje, koji, pored ostalog, za posledicu imaju neprimereno dugu zavisnost dece od roditelja (Petrušić, N, Legal capacity of the child in Serbian legislation, Facta Universitates, Series: Law and Politics, 2 (2015), str. 109).

16 Čl. 13. Porodičnog zakona, "Sl. glasnik RCG", br. 1/2007 i "Sl. list CG", br. 53/2016 i 76/2020.

17 Čl. 117. st. 2. Obiteljskog zakona, "Narodne novine", br. 103/15, 98/19.

18 Čl. 93. Zakona za semejtvo, "Sl. vesnik RM", br. 153/14.

19 Čl. 157. st. 2. i 3. Porodičnog zakona, "Sl. novine Federacije BiH", br. 35/05 i 31/14.

20 Čl. 139. Porodičnog zakona Brčko distrikta BiH, "Sl. glasnik Brčko distrikta BiH", br. 23/2007.

21 Čl. 108. Porodičnog zakona, "Sl. glasnik Republike Srpske", br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014.

22 Čl. 152. Družinski zakonik (Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C,

3. Postupak za sudsku emancipaciju deteta

3.1. Pokretanje postupka

Postupak za sticanje poslovne sposobnosti spada u red vanparničnih postupaka u statusnim stvarima, zajedno sa postupkom za lišenje i vraćanje poslovne sposobnosti, prinudnu hospitalizaciju, proglašenje nestalog lica za umrlo i dokazivanje smrti, utvrđivanje vremena i mesta rođenja fizičkog lica, produženje roditeljskog prava i postupkom za dispenciju bračnih smetnji. U skladu sa čl. 360. PZ, do uređenja posebnog vanparničnog postupka zakonom - shodno će se primenjivati odredbe zakona kojim je uređen vanparnični postupak za davanje dozvole za stupanje u brak (čl. 79 - 86 Zakona o vanparničnom postupku²³). Kako do uređenja posebnog vanparničnog postupka još nije došlo, ovaj rad za cilj ima utvrđivanje u kojoj meri su odredbe postupka za dispenciju bračnih smetnji (maloletstva i srodstva) primenjive na postupak za sticanje poslovne sposobnosti, odnosno da li ovaj postupak može u punoj meri da sagleda sve specifičnosti delikatne procene sposobnosti da se jedno lice samostalno stara o svojim pravima i obavezama.

U nastavku rada izvršiće se analiza odredaba kojima je uređen postupak za davanje dozvole za stupanje u brak, na taj način što će svaka odredba biti sagledana kroz prizmu primenjivosti na postupak za sticanje poslovne sposobnosti, kroz odgovore na pitanje: 1) da li je primenjiva; 2) da li je potrebna; 3) da li služi cilju.

U postupku za davanje dozvole za zaključenje braka primenjuje se načelo dispozicije, te se postupak pokreće predlogom lica koje ne ispunjava zakonom propisani uslov za zaključenje punovažnog braka, odnosno sticanja poslovne sposobnosti. Za postupanje po predlogu mesno nadležan je sud na čijem području predlagač ima prebivalište ili boravište, a po zajedničkom predlogu sud na čijem području jedan od predlagača ima prebivalište ili boravište (u nastavku rada će biti izostavljene odredbe koje se primenjuju na zajednički predlog za davanje dozvole, budući da u postupku za sticanje poslovne sposobnosti nema kumulacije subjekata, prim. *A.T*).

Predlog mora da sadrži lične podatke o licu koje želi da zakluče brak, činjenice na kojima se zasniva i dokaze o tim činjenicama. Ako je predlagač maloletan, predlog mora da sadrži i podatke o njegovim roditeljima. Po analogiji, dakle, predlog mora da sadrži lične podatke o licu koje želi da stekne poslovnu sposobnost, činjenicama na kojima se zasniva i dokazima o tim činjenicama. Kako ovaj postupak i može da pokrene samo maloletno lice, onda su i podaci o njegovim roditeljima obavezni element predloga.

3.2. Roditeljstvo kao prethodno pitanje za sticanje poslovne sposobnosti

Činjenica na kojoj se zasniva predlog, osim one da je lice navršilo 16 godina, jeste činjenica rođenja deteta, odnosno, preciznije, postanka roditeljem, a dokaz bi

200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US in 94/22 – odl. US).

²³ Zakon o vanparničnom postupku, "Sl. glasnik RS", "Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88 i "Sl. glasnik RS", br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015, 106/2015 - dr. zakon i 14/2022.

bio izvod iz matične knjige rođenih za dete. Za ženu (devojčicu) koja nije navršila 18 godina ovo je nesumnjivo jedini dokaz koji se može smatrati odgovarajućim. Postavlja se pitanje na koji način muškarac (dečak) koji nije navršio 18 godina može da dokaže očinstvo. Naime, budući da još uvek nije stekao poslovnu sposobnost, jasno je da nije zaključio brak sa majkom deteta. Stoga pretpostavka bračnog očinstva iz čl. 45. st. 1. PZ. Porodičnog zakona nije primenjiva na ovu situaciju. On mora dati izjavu u priznanju očinstva. Izjava o priznanju očinstva može se dati pred matičarem, organom starateljstva, sudom ili javnim beležnikom (čl. 51. PZ). Izjava o priznanju očinstva daje se, po pravilu, matičaru koji vodi matičnu knjigu rođenih za dete i o njoj se sastavlja zapisnik. Izjava o priznanju očinstva ne može se dati preko zakonskog zastupnika ili punomoćnika (čl. 81. PZ). Međutim, ako očinstvo nije utvrđeno priznanjem, može biti utvrđeno pravnom snagom sudskom presudom. Paternitetsku parnicu koja se u tom slučaju vodi mogu pokrenuti dete, majka i muškarac koji tvrdi da je otac deteta. Za predmet ovog rada interesantna je samo poslednja situacija.

Kada žena prijavljuje rođenje deteta rođenog van braka, matičar je dužan da je pouči o njenom pravu da imenuje muškarca koga smatra ocem deteta. Ukoliko ga zaista i imenuje, matičar je dužan da ga pozove da u roku od 30 dana da izjavu o priznanju očinstva. Međutim, ako ne da nikakvu izjavu ili izjavi da on nije otac deteta, matičar je dužan da pouči majku o njenom pravu da očinstvo utvrdi sudskim putem²⁴ (čl. 308. PZ). Ipak, zanimljivija je, i za nas važnija situacija kada otac (dečak) smatra sebe ocem deteta. U toj situaciji kada primi izjavu o priznanju očinstva,²⁵ matičar je dužan da pozove majku da u roku od 30 dana da izjavu o saglasnosti sa priznanjem očinstva. Ukoliko je ona istog muškarca već navela kao oca deteta, neće se tražiti njena saglasnost. Međutim, ako ona ne da nikakvu izjavu, ili uskrati saglasnost sa izjavom o priznanju očinstva, matičar je dužan da muškarca koji je priznao očinstvo pouči o njegovom pravu na utvrđivanje očinstva sudskom odlukom (čl. 307. PZ). O činjenici da se majka deteta nije saglasila sa priznanjem očinstva matičar upoznaje muškarca koji tvrdi da je otac deteta i o tome sačinjava službeni belešku. U tom slučaju, dakle, imamo maloletnog muškarca koji sebe smatra ocem deteta, ali zbog uskraćivanja majke da se saglasi sa priznanjem očinstva on ne može: 1) da zasnuje roditeljsko dečji odnos, 2) konsekventno, ostvari druga pravom poput sticanja poslovne sposobnosti. Stoga on najpre u sudskom postupku treba da dokaže da je otac deteta. Pokušaj da uspostavi roditeljsko dečji odnos između oca i deteta priznanjem smatra se procesnom pretpostavkom u pogledu sporne stvari koja je

24 Ove procedura je od izuzetne važnosti zbog toga što od nje zavisi dopuštenost sudske zaštite: Da bi mogao da ceni blagovremenost tužbe tužilje, kao majke, koju je zajedno sa maloletnim detetom podnela za utvrđivanje očinstva protiv tuženog, a s obzirom na zakonom propisani rok, prvostepeni sud najpre mora da utvrdi da li je i koga tužilja prijavila kao oca deteta, kome i kada, da li je tuženi osporio očinstvo i da li ju je matičar poučio da isto utvrđuje u parnici, odnosno kada je ona saznala za činjenicu da tuženi vrši osporavanje (Rešenje Apelacionog suda u Nišu, Gž2 272/2016 od 16.6.2016. godine).

25 Izjava o priznanju očinstva je neopoziva (čl. 52. PZ): "Lice, koje je znalo da nije biološki otac deteta čije je očinstvo priznao, ne može tražiti opoziv tako date izjave". (Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev 2031/2020 od 20.5.2020. godine).

uslov za vođenje sudskog postupka.²⁶ O tome svedoči i sudska praksa: “Muškarac koji tvrdi da je otac deteta rođenog u vanbračnoj zajednici može podneti tužbu za utvrđivanje očinstva samo ako prethodno, u upravnom postupku, nije uspeo da ishoduje saglasnost deteta, majke ili staratelja deteta sa njegovom izjavom o priznanju očinstva...Tužba za utvrđivanje očinstva smatraće se preuranjenom ako prethodno nije vođen upravni postupak pred matičarem, u kojem je muškarac koji sebe smatra ocem deteta rođenog u vanbračnoj zajednici pokušao da izdejstvuje priznanje očinstva tj. ishoduje saglasnost deteta, majke ili staratelja deteta sa njegovom izjavom o priznanju očinstva, a što predstavlja procesnu pretpostavku za podnošenje tužbe”.²⁷

Iako nema potpunu poslovnu, a samim tim ni parničnu sposobnost, otac deteta u paternitetskoj parnici ima potpunu parničnu sposobnost, u granicama svoje poslovne sposobnosti. Dakle, on u paternitetskoj parnici može da preduzima sve parnične radnje koje bi inače moglo da preduzima svako drugo potpuno poslovno, a samim tim i parnično sposobno lice. Tek nakon što u parničnom postupku dokaže da jeste otac deteta i uspostavi roditeljsko dečji odnos, moći će, na osnovu sudske odluke da se upiše u matičnu knjigu rođenih kao otac deteta. Sudska praksa ne daje odgovor na pitanje da li bi vanparnični sud uvažio i pravosnažnu sudsku odluku, a ne samo izvod iz matične knjige rođenih kao dokaz o uspostavljanju roditeljsko dečjeg odnosa.

3.3. Tok postupka

Zakazivanje ročišta je obavezno, da bi sud na pogodan način ispitao sve okolnosti koje su od značaja za utvrđenje da li postoji slobodna volja i želja maloletnika da zaključi brak, kao i da li je maloletno lice dostiglo telesnu i duševnu zrelost potrebnu za vršenje prava i dužnosti u braku. Shodno, u postupku za sticanje poslovne sposobnosti potrebno je da sud utvrdi da li je maloletno lice dostiglo telesnu i duševnu zrelost. Ipak, pitanje je da li je potrebno utvrditi da je maloletnik sposoban za vršenje roditeljskog prava i/ili sposoban da u potpunosti stekne poslovnu sposobnost. Iako se, na prvi pogled, može pretpostaviti da je potrebno utvrditi sposobnost za vršenje roditeljskog prava, kao paralela sa zrelošću za vršenjem prava i dužnosti u braku, podsećamo da se u postupku za davanje dozvole za stupanje u brak maloletnika poslovna sposobnost ne stiče po okončanju postupka, već tek zaključenjem braka, dok je postupak koji je predmet ovog rada upućen direktno na sticanje poslovne sposobnosti, a ne na sticanje roditeljskog prava. Tome u prilog ide i odredba PZ prema kojoj potpunu poslovnu sposobnost može steći lice koje je postalo roditelj i koje ima telesnu i duševnu zrelost potrebnu za samostalno staranje o sopstvenoj ličnosti, pravima i interesima.

Svakako, utvrđivanje kompetentnosti za sticanje poslovne sposobnosti daleko je kompleksnije pitanje od samo vršenja roditeljskog prava, s obzirom da

26 Podela procesnih pretpostavki, kao uslova za punovažno zasnivanje, punovažno razvijanje i punovažno okončanje procesnog odnosa, na one koje se tiču stranke, suda i sporne stvari navedena prema: Stanković G, *Građansko procesno pravo – parnično procesno pravo*, Niš, 2010.

27 Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 209/2014 od 13.5.2014. godine.

sticanje potpune poslovne sposobnosti sa sobom nosi i ostvarivanje mnogih drugih prava i obaveza. Međutim, srpski zakonodavac je u pojedinim slučajevima otežao razumevanje prava koje stiće lice koje je steklo poslovnu sposobnost pre navršenih 18 godina. Pravo da bira narodne poslanike i da bude biran za narodnog poslanika ima punoletni državljani Republike Srbije nad kojim nije produženo roditeljsko pravo, odnosno koji nije potpuno lišen poslovne sposobnosti²⁸. Na ovaj način konkretizovana je ustavna odredba prema kojoj svaki punoletan, poslovno sposoban državljani Republike Srbije ima pravo da bira i da bude biran (čl. 52. st. 1. Ustava RS). Dakle, zakonodavac sticanje biračkog prava vezuje za punoletstvo, a ne za sticanje potpune poslovne sposobnosti. Da se ta dva pojma ne mogu izjednačiti proističe iz već navedene odredbe PZ: Punoletstvo se stiće sa navršenom 18. godinom života, a potpuna poslovna sposobnost stiće se punoletstvom, sklapanjem braka pre punoletstva uz dozvolu suda i postankom roditelja, uz dozvolu suda. Ustav RS je, takođe, jasan: Punoletstvo nastupa sa navršenih 18 godina (čl. 37. st. 2. Ustava RS). Dakle, dok su punoletna lica, po pravilu, potpuno poslovno sposobna lica, dotle potpuno poslovno sposobna lica ne moraju biti punoletna lica, a Zakon o izboru narodnih poslanika vezuje biračko pravo za punoletstvo. Ovo rešenje je svojevrsan paradoks s obzirom da lice koje ima potpunu poslovnu sposobnost, a nije navršilo 18 godina ne može da glasa, dok lice koje je delimično lišeno poslovne sposobnosti može da bira narodne poslanike i da bude birano za narodnog poslanika ako sud rešenjem o delimičnom lišenju poslovne sposobnosti nije utvrdio da je nesposobno da vrši izbornu pravo (čl. 3. st. 2. Zakona o narodnim poslanicima). Na isti način ovo pitanje reguliše i Zakon o lokalnim izborima.²⁹ Očekivano, PZ pravi jasnu razliku između termina “punoletstvo” i “poslovna sposobnost” i u odredbama koje se ne odnose na sposobnost maloletnika. Tako, starateljstvo prestaje kada maloletni šticićenik navršiti 18. godinu života ili kada maloletni šticićenik stekne potpunu poslovnu sposobnost pre punoletstva (čl. 145. st. 1. t. 1. i 2. PZ)³⁰.

Sud će, dalje, pribaviti mišljenje zdravstvene ustanove, ostvariće odgovarajuću saradnju sa organom starateljstva, saslušaće podnosioca predloga, njegove roditelje ili staraoca, lice sa kojim maloletnik namerava da zaključi brak, a po potrebi može da izvede i druge dokaze i pribavi druge podatke. Ako oceni da je to potrebno radi utvrđivanja odlučnih činjenica sud će sve ili pojedine dokaze izvesti na ročištu. Neće se saslušati roditelj koji je lišen roditeljskog prava, a sud će po slobodnoj oceni odlučiti da li će saslušati roditelja koji bez opravdanih razloga ne vrši roditeljsko pravo (čl. 82. st. 2. ZVP). Roditelji u ovom postupku nemaju status učesnika, već samo svedoka u ovoj pravnoj stvari. Pretpostavka je da će i u postupku za sticanje poslovne sposobnosti sud preduzeti sve ove radnje, osim, naravno, saslušanja lica sa kojima maloletnik treba da zaključi brak jer takvog lica u ovom slučaju nema. Kao

28 Čl. 3. st. 1. Zakona o izboru narodnih poslanika, “Sl. glasnik RS”, br. 14/2022.

29 Čl. 3. Zakona o lokalnim izborima, “Sl. glasnik RS”, br. 14/2022.

30 Još jedan zanimljiv primer u pogledu terminologije jeste Krivični zakonik (“Sl. glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019). Članom 112. st. 8. detetom se smatra lice koje nije navršilo 14 godina (što nije u skladu ni sa KPD, ni sa PZ, *prim. A.T.*), st. 9. Maloletnikom se smatra lice koje je navršilo 14 godina, a nije navršilo 18 godina, a st. 10. maloletnim licem smatra se lice koje nije navršilo 18 godina.

alternativa bi se mogao saslušati drugi roditelj deteta maloletnog deteta, ali ako smo se saglasili da se u ovom postupku ne utvrđuju roditeljske kompetencije već zrelost potrebna za samostalno staranje o sopstvenoj ličnosti, pravima i interesima, onda se ovo lice može javiti tek kao potencijalni, a ne obavezni svedok u postupku.

Ostaje nedefinisano na koju će okolnost sud pribaviti mišljenje zdravstvene ustanove, odnosno koji će medicinski radnik učestvovati u ovom postupku. Pretpostavka je da je reč o lekaru psihijatrijske ili čak pedijatrijske struke, dok se ispred centra za socijalni rad može javiti i psiholog. Sud će, po pravilu, saslušati maloletnika bez prisustva ostalih učesnika (čl. 82. ZVP). Naredna odredba koja reguliše davanje dozvole za stupanje u brak maloletnika jeste ona prema kojoj je sud dužan da ispita i lična svojstva, imovno stanje i druge bitne okolnosti koje se odnose na lice sa kojim maloletnik želi da zaključi brak. Kako ovde takvog lica nema, pitanje je da li sud, eventualno, treba da ispita imovno stanje lica koje stiče poslovnu sposobnost. Sa jedne strane, materijalno stanje svakako nije uslov za sticanje poslovne sposobnosti te se, iz te perspektive nema zbog čega utvrđivati imovinsko stanje. Sa druge strane, treba posmatrati i cilj sa kojim se ovaj postupak vodi. Taj cilj je: 1) sticanje potpune poslovne sposobnosti da bi lice steklo sva prava (i obaveze) pomoću kojih može u punom kapacitetu da vrši roditeljsko pravo; 2) ostvarivanje položaja zakonskog zastupnika svog maloletnog deteta. Ukoliko lice koje stiče potpunu poslovnu sposobnost nije odgovarajućeg materijalnog stanja, što je svakako jedan pravni standard, ono otežano može vršiti pojedina prava i dužnostu iz opsega roditeljskog prava, pre svih izdržavanje deteta. Ipak, upravo sticanje poslovne sposobnosti može mu "otvoriti vrata" pojedinih zanimanja ili bar samostalnog raspolaganja odrenjenom imovinom koju poseduje ili pomoći koje je država ili jedinica lokalne samouprave opredelila za pomoć pri izdržavanju deteta. Sticanje poslovne sposobnosti može biti ulaznica/prečica ka finansijskoj samostalnosti, stoga smatram da materijalno stanje lica koje stiče poslovnu sposobnost ne treba da bude odlučujuće za donošenje odluke.

Kao jednu od najznačajnijih odredaba čija bi se analogna primena trebalo analizirati jeste sledeća: Po zajedničkom predlogu punoletnih lica, srodnika po tazbini, odnosno usvojioca i usvojenika, sud će na pogodan način ispitati opravdanost predloga vodeći računa o ostvarivanju ciljeva braka i o zaštiti porodice. Kad su zajednički predlog podneli usvojiac i usvojenik, sud će prethodno pribaviti mišljenje organa starateljstva (čl. 82. st. 5. ZVP). Sud, dakle, ceni da li postoji opravdan razlog za zaključenje braka u postupku za davanje dozvole za stupanje u brak. Taj razlog je, najčešće, trudnoća žene, čime se na još jedan način povezuju ova dva postupka. U postupku za sticanje poslovne sposobnosti postanak roditeljem je i uslov i razlog vođenja postupka, te se postavlja pitanje da li sud treba dodatno da ceni opravdanost pokretanja postupka ili pak, svakom maloletniku koji je postao roditelj, a koji je dostigao duševnu i telesnu zrelost da se smatra potpuno poslovno sposobnim licem treba da konstatuje ispunjenost uslova za sticanje poslovne sposobnosti.

Odluka koju sud donosi konstitutivnog je karaktera i na osnovu nje maloletno lice stiče poslovnu sposobnost. Ona predstavlja i osnov za prestanak vršenja roditeljskog prava nad maloletnim licem.

Protiv rešenja kojim se odbija predlog da se maloletnom licu dozvoli sticanje poslovne sposobnosti žalbu može da izjavi samo maloletnik (čl. 84. ZVP), što apostrofira jednu od centralnih razlika između parničnog i vanparničnog postupka – u parničnom postupku mogu učestvovati samo lica koja imaju parničnu sposobnost, dok u vanparničnom postupku mogu učestvovati i lica koja nemaju ni potpunu, pa čak ni delimičnu poslovnu sposobnost, što dalje uslovljava da nemaju ni vanparničnu sposobnost. Predlog za sticanje poslovne sposobnosti može se povući do pravnosnažnosti rešenja (čl. 85. ZVP). U ovom postupku revizija nije dozvoljena³¹.

4. Zbog čega je, ipak, potreban poseban postupak?

Iako se pojedine odredbe kojim je uređen postupak za davanje dozvole za zaključenje braka mogu shodno primeniti na postupak za sticanje poslovne sposobnosti, mišljenja smo da ovaj vanparnični postupak, krucijalan za ostvarivanje prava i obaveza maloletnog lica, zavređuje svoje sopstveno detaljno regulisanje. Pri tome se naročito ima u vidu preporuka Komiteta za prava deteta data kako na Inicijalni, tako i na Kombinovani drugi i treći izveštaj o stanju prava deteta u Srbiji, a koja se tiče dečjih brakova.³² Naime, Komitet izražava zabrinutost zbog postojanja mogućnosti da se dozvoli brak licu koje je navršilo 16 godina i upućuje preporuku da se Porodični zakon izmeni u delu koji se tiče predviđanja izuzetka da se brak može zaključiti samo sa navršenih 18 godina. Od države se još očekuje da uspostavi mehanizam kojim će se pratiti slučajevi zaključenja maloletničkih brakova, naročito u manjinskim grupama i sprovođenje kampanja u cilju suzbijanja prakse dečjih brakova.

Naposletku, činjenica da je u poslednjih 15 godina pred Osnovnim sudom u Nišu sproveden samo jedan postupak za sudsku emancipaciju³³ pokazuje da je ovaj postupak nedovoljno afirmisan, sa jedne strane, ali i da se maloletni roditelji ili oni koji očekuju dete rađe opredeljuju da poslovnu sposobnost steknu kroz zakonsku emancipaciju. Na taj način zadržava se patrijarhalno shvatanje da se dete mora roditi u braku, a maloletnicima se nameću prava i dužnosti kojima, po pravilu, još uvek nisu dorasli, umesto da se akcenat stavi na ostvarivanje onih prava koja su primerena njihovom uzrastu, poput prava na obrazovanje, participaju i slobodno vreme. Mišljenja smo da bi detaljnije uređenje postupka za sticanje poslovne sposobnosti, kao i edukacija onih koji su u neposrednom kontaktu sa maloletnim roditeljima i budućim roditeljima o postojanju i prednostima ovog postupka dovela i do smanjenja broja maloletničkih brakova.

31 Revizija je, po pravilu, dozvoljena u postupcima povodom porodičnih odnosa, osim ako nije drugačije određeno (tako i čl. 208. PZ, s tim što se on upućuje samo na izuzetke od dopuštenosti u sopstvenim redovima). Dakle, kako su ovo odredbe koje se, zapravo, primenjuju na postupak za davanje dozvole za stupanje u brak, koji bi po svojoj prirodi bio postupak iz porodičnopravnih odnosa, onda je ovo izuzetak koji se, shodno, primenju na jedan statusni postupak kakav je postupak za sticanje poslovne sposobnosti.

32 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Serbia*, CRS/C/SRB/CO/2-3, 2017.

33 Jovanović, A, *Postupak za sudsku emancipaciju deteta sa osvrtom na praksu Osnovnog suda u Nišu (master rad)*, Niš, 2020.

Andelija Tasić, LL. D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Niš

ACQUIRING OF FULL LEGAL CAPACITY IN THE CONTEXT OF THE RIGHT (OF A CHILD) TO FAMILY LIFE

Summary: According to the decision of the Serbian legislator, acquiring legal capacity before the age of 18 is possible in two cases - by concluding a marriage and acquiring legal capacity, if a child over the age of 16 becomes a parent. The second case - judicial emancipation allows a child who has become a parent to independently exercise the rights and duties that make up the content of parental rights. The legislator decided to regulate this issue with only one indicative provision that calls for the according application of the rules on granting permission for the marriage of minors. In this paper, the author raises the question of whether, at a time when underage pregnancies are one of the most pressing problems, and the lack of a comprehensive state strategy regarding adolescent health is one of the criticisms of the Committee for the Rights of the Child addressed to the Republic of Serbia, the importance of acquiring legal capacity is recognized, and whether is the application of the rules of the procedure that has a different purpose - to enable the conclusion of a marriage, and only subsidiarily independently undertake rights and obligations, a truly appropriate solution, and, finally, to what extent and with what provisions could the existing solution possibly be supplemented.

Dr. sc. Boris Krešić, vanredni profesor Pregledni naučni rad
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

MA Ena Morankić,
doktorantica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Tuzli

VANBRAČNA ZAJEDNICA – IZAZOVI I NELOGIČNOSTI POZITIVNOG ZAKONODAVSTVA

Sažetak: Vanbračna zajednica je uređena pozitivnim zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini uz postojanje određenih pojmovnih razlika u normama entiteta i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. U Bosni i Hercegovini nije zastupljen sistem registracije vanbračne zajednice, te se njeno postojanje dokazuje pred nadležnim organom. Pored pojmovnih razlika pozitivno zakonodavstvo počinje praviti i razlike u pogledu načina dokazivanja postojanja vanbračne zajednice. U zavisnosti od prava koje vanbračni partneri žele konzumirati zavisi i način njenog dokazivanja. Ovakva rješenja ne samo da odstupaju od pravila sadržanih u porodičnim zakonima, nego dovode i do diskriminacije između bračnih i vanbračnih partnera.

U radu se analiziraju pojedina prava vanbračnih partnera i postupci dokazivanja postojanja vanbračne zajednice. Analizom se ukazuje na činjenicu da vanbračni partneri sa sigurnošću ne mogu znati na koji način dokazati postojanje iste. Naime dokaz za korištenje jednog prava ne može se koristiti u postupku za ostvarivanje drugog prava. Ovakvo stanje dovodi do pravne nesigurnosti i diskriminacije u odnosu na bračne partnere.

Ključne riječi: vanbračna zajednica, dokazivanje, prava vanbračnih partnera.

1. Vanbračna zajednica u Porodičnim zakonima u BiH

U sva tri porodična zakona vanbračna zajednica je pravno uređena. Porodični zakoni u Bosni i Hercegovini¹ na različit način uređuju vanbračnu zajednicu. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu PZ FBiH), kao i Porodični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu PZ BD), normiraju 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“.²

Prema zakonskoj definiciji zastupljen je princip monogamije čime je isključena mogućnost da vanbračna zajednica postoji pored braka ili druge vanbračne zajednice

1 Porodično-pravni odnosi u Bosni i Hercegovini uređeni su sa tri zakona. Porodičnim zakonom FBiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05, 41/05, 31/14, 32/19), Porodičnim zakonom Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/02, 41/08, 63/14 i 56/19) i Porodičnim zakonom Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 23/07).

2 PZ FBiH član 3., PZ BD član 5. st. 1.

i proizvodi zakonom priznata dejstva.³ Drugim riječima, ne mogu egzistirati i proizvoditi 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 vanbračna zajednica „zajednica života žene i muškarca koja nije pravno uređena na način propisan ovim zakonom“.⁴ 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“.⁵ 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.⁶ 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.⁷

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.⁸

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.⁹ 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.¹⁰ Zajednica života treba

3 Traljić, N., Bubić, S., *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., str. 144.

4 Član 12. PZRS.

5 Panov, S., *Porodično pravo – drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010., str. 144.

6 Ibid, str. 146.

7 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.

8 BiH nije osigurala da tretman lica 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 licima homoseksualne orijentacije se ne garantuje pravo na zajednicu života niti im se priznaju bilo koja prava koja imaju heteroseksualni vanbračni partneri.

9 Ponjavić, Z., *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2005., str. 131.

10 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.

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.¹¹

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 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,¹² dok se u slučaju zajedničke imovine vanbračnih partnera koristi pravni standard „duže vremena“.¹³

2. Izjednačavanje vanbračne zajednice sa bračnom u porodičnom zakonodavstvu BiH

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u svojoj Odluci u predmetu AP 4207/13 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).¹⁴ 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.¹⁵

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.¹⁶ Naime Ustavni sud 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.¹⁷

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 člana 3. i 224. PZ FBiH ima pravo na izdržavanje od drugog vanbračnog partnera nakon prestanka vanbračne

11 Traljić, N.; Bubić, S., op cit. str. 144.

12 Član 248. st. 1. PZ RS.

13 Član 284. st. 1. PZ RS.

14 Paragraf 27. Odluke Ustavnog suda.

15 Paragraf 28. Odluke Ustavnog suda.

16 Član 2. PZ FBiH je citiran kao relevantni propis.

17 Paragraf 33. Odluke Ustavnog suda.

zajednice. Opći uvjeti za izdržavanje vanbračnih partnera identični su uvjetima za izdržavanje bračnih partnera.¹⁸

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 i PZ BD vanbračna zajednica izjednačena je sa bračnom zajednicom u pogledu imovinsko-pravnih odnosa i prava na međusobno izdržavanje.¹⁹ U pogledu određenja zajedničke imovine bračnih partnera i izdržavanja ne postoje razlike u odnosu na vanbračne partnere.

Može se konstatovati da zakonodavci u FBiH, BD 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 u Živinicama 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“.²⁰

Odluka u predmetu AP 4207/13 ipak ima prejudicirajuće dejstvo, odnosno predstavlja svojevrsan izvor prava, te kao takva predstavlja relevantan pravni osnov za eventualno pokretanje novih postupaka pred redovnim (i ustavnim) sudovima u Bosni i Hercegovini. Interesantno je u dva analizirana slučaja vidjeti da li upravni organi i zakonodavac prihvataju prejudicirajuće dejstvo Odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine ili se od vanbračnih partnera zahtijevaju dodatni uvjeti kako bi ostvarili svoja prava.

3. Vanbračni partner i pravo na porezni odbitak

U prvom primjeru jedan roditelj je od strane Porezne ispostave zahtijevao izmjenu porezne kartice u vidu priznanja olakšica na ime rođenja prvog djeteta. Na početku je bitno napomenuti da se radi o vanbračnom djetetu čiji roditelji žive duži niz godina u vanbračnoj zajednici. Porezna ispostava Rješenjem broj:13-3/8-15-5-28754/18 od 26.07.2018. godine, Odbija zahtjev za izmjenu porezne kartice i svoje odbijanje zahtjeva zasniva na činjenici da „nije dostavljena ovjerena kućna listu iz koje bi se moglo zaključiti da roditelj živi u zajedničkom domaćinstvu sa djetetom, te da se kao takvo može tretirati kao izdržavani član“. Iz navedenog proizlazi da se odbijanje zahtjeva zasniva na činjenici da ostvarivanje zajednice života predstavlja osnov za obavezu izdržavanja. Drugostepeni organ, Federalno ministarstvo finansija takođe je odbija žalbu roditelja svojim Rješenjem broj 03-15-996/18 I.S od 15.01.2019. godine kao neosnovanu. U obrazloženju pobijanog Rješenja navodi se da tužitelj nije ostvario pravo na poreznu olakšicu iz razloga što nema dokaze da

¹⁸ Ibid. str 146.

¹⁹ Član 12. st. 1. PZ RS, član 5. st. 2. PZ BD.

²⁰ Više o problemu izjednačavanja prava bračnih i vanbračnih partnera vidi: Krešić, B., Omerdić, DŽ., Izjednačavanje prava vanbračnih i bračnih partnera – analiza presude ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Zbornik radova - šesti međunarodni naučni skup "Dani porodičnog prava", Mostar, 2018., str. 265 - 283.

izdržava članove uže porodice, u ovom slučaju svoje dijete, te da nije dostavio ni dokaz da plaća alimentaciju.

Interesantno je da u čitavom postupku ni drugostepeni a ni prvostepeni organ nije postupio u skladu sa članom 5. i članom 7. Zakona o upravnom postupku FBiH.²¹ Odnosno službeno lice koje je rješavala upravnu stvar, s obzirom na postojeće činjenično stanje, nije pokušalo utvrditi materijalnu istinu te u vezi sa tim ocijeniti da određena stranka ima osnova za ostvarenje nekog prava, ni je upozorila stranku na to. Naime, Drugostepeni organ je, odbio žalbu iz razloga što žalitelj nije podnio dokaz da izdržava svoju kćerku. Drugostepeni organ je prema odredbi člana 5. morao zaštititi prava građana tako što bi pozvao na saslušanje majku djeteta ili je mogao zahtijevati izjavu majke djeteta. Drugostepeni organ je samo konstatovao da roditelj i dijete nisu, prema podacima CIPS-a, na istoj adresi stanovanja.

Uputstvom u vezi prikupljanja zahtjeva za izdavanje poreznih kartica od strane poslodavaca kao i odgovarajuće dokumentacije nužne za utvrđivanje iznosa ličnog odbitka zaposlenika kod obračuna akontacija poreza na dohodak od nesamostalne djelatnosti broj 05/15-7712/08 od 03.12.2008. godine, ne zahtijeva se bilo koji dokument u pogledu dokazivanja činjenice da li roditelj izdržava svoje dijete ili ne. Što je i logično pošto takav materijalni dokaz se i ne može dostaviti ukoliko roditelji samostalno ostvaruju roditeljsko staranje. Navedenim uputstvom uz zahtjev se prilaže kućna lista (koja za drugostepeni organ predstavlja dokaz da li roditelj izdržava svoje dijete ili ne – što ćemo u daljem izlaganju dokazati da je pogrešan zaključak), rodni list djeteta i za poreznog obveznika koji plaća alimentaciju za izdržavanje bivšeg bračnog partnera ili djeteta / djece koja žive sa bivšim bračnim partnerom ili kod porodice bivšeg bračnog partnera - dokaz o visini alimentacije i dokaz da se alimentacija stvarno plaća. Prema tome ne postoji dokument koji je potrebno priložiti da bi se utvrdila činjenica da roditelj, koji vrši obavezu roditeljskog staranja, izdržava svoje dijete. Bitno je napomenuti da u ovom predmetu dijete nije dijete razvedenih roditelja, nego se radi o vanbračnom djetetu čiji roditelji u skladu sa Porodičnim zakonom FBiH zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju. Samim tim ne postoji mogućnost dostavljanja dokaza o plaćanju alimentacije iz razloga što sud nikada nije razmatrao pitanje izdržavanja djeteta.

Članom 138. Porodičnog zakona Federacije BiH propisano je da roditelji imaju dužnost i pravo izdržavati dijete u skladu sa odredbama ovog Zakona. Takođe je normirano da su roditelji dužni izdržavati maloljetno dijete i u izvršavanju te obaveze moraju iskoristiti sve svoje mogućnosti i sposobnosti.²² Roditelji zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju se o djetetu, osim ako je drukčije uređeno ovim Zakonom.²³ U skladu sa pravom roditelja da se sporazumno i ravnopravno staraju o djetetu, odnosno sve dok roditelji svoje obaveze izvršavaju, nepotrebno je učešće bilo kojeg državnog organa. Iz svega navedenog jasno proizlazi da roditelji imaju pravo da zajednički i sporazumno vrše roditeljsko staranje a jedini organ koji može

21 Zakon o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. novine FBiH", br. 2/98., 48/99. i 61/22.).

22 Član 215. PZ FBiH.

23 Član 141. PZ FBiH.

odlučiti o pitanju vršenja roditeljskog staranja, a time i obaveze izdržavanja, jeste Sud. Kako između roditelja ne postoji spor o ostvarivanju roditeljskog staranja, niti postoji spor oko izdržavanja djeteta (jer da postoji jedan od roditelja neizvršavanje obaveze izdržavanja dokazivao bih na sudu) to i ne postoji potreba za tužbom pred sudom. Porodični zakon nigdje *ne normira zajedničko mjesto prebivališta sa obavezom izdržavanja djeteta, niti zajedničko mjesto prebivališta predstavlja dokaz za izdržavanje djeteta*. Naprotiv u većini slučajeva, kod djece koja su rođena van braka, situacija i jeste da dijete i jedan od roditelja nemaju zajedničko mjesto prebivališta.

Drugostepeni organ nije primijenio ni član 158. stav 3. Zakona o upravnom postupku FBiH. Naime navedenim članom je propisano da ne treba dokazivati činjenice čije postojanje zakon pretpostavlja, ali je dopušteno dokazivati nepostojanje tih činjenica, ako zakonom nije drukčije određeno. Prema tome drugostepeni organ, bi prema svom pogrešnom shvatanju, morao dokazivati činjenicu da roditelj ne izdržava svoju kćerku (znači negativni element) iz razloga što se izdržavanje djeteta pretpostavlja prema Porodičnom zakonu Federacije BiH. Naime prema članu 141. stav 1. PZ FBiH roditelji zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju se o djetetu, osim ako je drukčije uređeno Porodičnim zakonom. Tek onda ukoliko dođe do spora između roditelja o ostvarivanju roditeljskog staranja, odluku donosi sud u vanparničnom postupku na prijedlog roditelja, djeteta koje je sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice svojih radnji, ili organa starateljstva na čijem području dijete ima prebivalište. Drugim riječima tek onda kada između roditelja nastane spor o ostvarivanju roditeljskog staranja o istom odlučuje sud, sve dok ne postoji spor između roditelja, sa izuzetkom postupanja Organa starateljstva ili djeteta, pretpostavlja se da roditelji samostalno ostvaruju roditeljsko staranje.

Ovdje je potrebno napomenuti da Uputstvo u vezi prikupljanja zahtijeva... broj 05/15-7712/08 od 03.12.2008. godine se odnosi na prikupljanje odgovarajuće dokumentacije te da istim nije moguće propisivati dodatne uslove mimo onih koji su predviđeni zakonom. U prilog ovakvom tumačenju ide i odredba člana 95. stav 3. Zakona o poreznoj upravi FBiH²⁴ u kojem se navodi da „Podzakonski akti Ministarstva ne mogu biti u suprotnosti sa poreznim zakonima i drugim zakonima Federacije“. Naime Zakon o porezu na dohodak (kao što će dole biti objašnjeno) ne propisuje obavezu življenja u zajedničkom domaćinstvu za izdržavanu djecu, niti obavezu življenja u zajedničkom domaćinstvu kao uslov za izdržavanje djeteta propisuje Porodični zakon FBiH.

Takođe je protivno pozitivnim propisima propisivati uslove za izdržavanje djeteta podzakonskim aktom, tj. Pravilnikom o primjeni Zakona o porezu na dohodak na koji se poziva tuženi organ. Uslovi za izdržavanje djeteta određeni su Porodičnim zakonom Federacije BiH i tuženi organ ih je dužan primjenjivati. Nadalje drugostepeni organ nije primijenio član 24. stav 2. Zakona o porezu na dohodak²⁵ kojim je propisano da rezidentni porezni obveznici iz člana 2. stav 3.

24 Zakon o poreznoj upravi Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. novine FBiH", br. 33/02., 28/04., 57/09., 40/10., 29/11. - odluka US, 27/12., 7/13., 71/14., 91/15. i 44/22.).

25 Zakon o porezu na dohodak Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. novine Federacije BiH", broj: 10/08, 9/10., 44/11., 7/13. i 65/13.).

i 4. ovog Zakona, mogu odbiti i lični odbitak, između ostalog i po osnovu ličnog odbitka za izdržavano prvo dijete. Stavom 5. istoga člana normirano je da se djecom, u smislu stava 2. tač. 2., 3. i 4., člana 24., smatraju djeca koju roditelji, staratelji, usvojitelji, poočimi i pomajke izdržavaju i djeca za koju roditelj plaća alimentaciju. Tumačenjem navedenih odredbi jasno proizlazi da rezidentni porezni obveznik ima pravo na lični odbitak za izdržavano dijete. Jasno je da je zakonodavac razdvojio djecu koju roditelji samostalno i sporazumno izdržavaju i djecu za koju roditelj plaća alimentaciju. Roditelj koji ne vrši obavezu izdržavanja, a što prema odredbama Porodičnog zakona utvrđuje sud, kao dokaz o izdržavanju podnosi i presudu kojom ga je sud obavezao na plaćanje alimentacije (što je i potvrđeno stavom Federalnog ministarstva finansija br: 05/15-sl/09 od 07.04.2009 godine). Prema tome u skladu sa pravom roditelja da sporazumno i zajednički izdržavaju svoje dijete, odnosno sve dok ne postoji spor o tome, a kako se i navodi u članu 24. stav 5., roditeljima nije potreban nikakav dokaz da izdržavaju svoje dijete. Zahtijevanje bilo kakvog dokaza o tome kršilo bi pravo roditelja na sporazumno, zajedničko i ravnopravno staranje o djetetu. Uslov da lica žive u zajedničkom domaćinstvu propisan je za druge izdržavane članove uže porodice.

Članom 24. stav 5. Zakona o porezu na dohodak takođe je propisano da se drugim izdržanim članovima uže porodice, u smislu stava 2. tačka 5. ovog člana, smatraju roditelji poreznog obveznika i roditelji njegovog bračnog partnera, te preci i potomci u pravoj liniji ukoliko žive u zajedničkom domaćinstvu sa poreznim obveznikom. Jasno je i nedvosmisleno da se život u zajedničkom domaćinstvu odnosi na lica iz stava 2. tačke 5. a ne i na djecu poreznog obveznika. Pa je u skladu sa navedenom odredbom nepotrebno predavati kućnu listu ukoliko se radi o zahtjevu za lični odbitak po osnovu lica iz člana 24. stav 2. tač. 2., 3. i 4.. Naime ovdje se jasno vidi da je zakonodavac odvojio djecu (lica do 18 godine starosti) i druge potomke u pravoj liniji (a što ponovo jesu djeca) kojima je produženo roditeljsko staranje ili prema kojima je produžena obaveza izdržavanja (zbog redovnog školovanja, invaliditeta i sl.).

Nadalje je drugostepeni organ pogrešno primijenio član 16. stav 6. Pravilnika o primjeni Zakona o porezu na dohodak iz razloga što je dijete, iz samo drugostepenom organu poznatih razloga, svrstao kao dijete razvedenih roditelja. Napominjemo da se u ovom slučaju ne radi o djetetu razvedenih roditelja, niti se radi o roditelju kome je sud odredio da roditeljsko staranje vrši samo jedan roditelj, niti je drugom roditelju sudskom presudom naloženo plaćanje alimentacije. Navedenim Pravilnikom normirano je da se izdržanim licima u smislu člana 24. st. 3. i 5. Zakona, smatraju i bivši bračni partner i djeca rastavljenih roditelja za koje jedan od roditelja - porezni obveznik plaća alimentaciju. S tim u vezi, porezni obveznik koji plaća alimentaciju stiče pravo na lične odbitke iz stava 5. tačka b. za izdržavanje bračnog partnera koji nema vlastitih prihoda ili ima ali isti su niži od 300,00 KM mjesečno, odnosno na odbitke iz tač. c., d. i/ili e. za izdržavanje djece koja ne žive sa njim u zajedničkom domaćinstvu. U navedenom Pravilniku samo se proširuje obim lica u smislu da se izdržanim licima smatra i bivši bračni partner i djeca rastavljenih roditelja za koje jedan od roditelja plaća alimentaciju, a nikako se podzakonskim aktom, kao što je

prije navedeno, ne smiju određivati uslovi za izdržavanje djeteta. Ovo iz razloga što Porodični zakon određuje uslove za izdržavanje djeteta a i članom 24. Zakona o porezu na dohodak ova lica nisu bila obuhvaćena. Naime, postoji mogućnost obaveze plaćanja alimentacije i za djecu čiji roditelji nisu bili u braku. Odnosno brak nije uslov obaveze izdržavanja djeteta. Prema svemu navedenom član 16. stav 6. spomenutog Pravilnika ne može se primijeniti na konkretan slučaj.

Slijedom navedenog proizlazi da je drugostepeni organ pogrešno utvrdio činjenično stanje, te je izveden pogrešan zaključak u pogledu činjeničnog stanja. Naime pogrešno je utvrđeno: Da se radi o djetetu razvedenih roditelja, te da roditelj ne izvršava svoju obavezu izdržavanja.

Iz obrazloženja pobijanog Rješenja jasno proizlazi diskriminacija bračne i vanbračne djece a koja su izjednačena u pravima prema svim međunarodnim standardima, Ustavom BiH i Porodičnim zakonom FBiH, iz čega se dalje diskriminiraju roditelji koji imaju mjesto prebivališta gdje je i dijete i onih roditelja koji imaju različito mjesto prebivališta od djeteta ali sa djetetom ostvaruju zajednicu života. Bitno je istaći da je mjesto prebivališta irelevantno prilikom određivanja postojanja zajednice života. Utvrđivanje zajednice života proizlazi iz volje partnera da žele zajednicu života i tako se i ponašaju.

Jasno je da navedeni pravni stavovi prvostepenog i drugostepenog organa nisu u skladu sa odredbama Zakona o upravnom postupku, osnovnim načelima upravnog postupka, Osnovnim načelima Porodičnog prava FBiH, a Rješenje se zasniva na nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju. Naime da je prvostepeni a tako i drugostepeni organ pravovaljano upustio u razmatranje i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja, i primijenio odgovarajuće zakonske propise, utvrdio bi da je roditelj (podnosilac zahtjeva) ispunjava sve zakonske uslove za sticanje prava na izmjenu porezne kartice po osnovu izdržavanja djeteta.

Postavlja se pitanje kako je uopće moguće da se u upravnom postupku konstantno čine ovakve pogreške, te da se uporno ide na štetu lica koji svjesno izvršavaju svoju obavezu roditeljskog staranja. Nejasno je da oba organa zauzimaju stav da roditelji koji se zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju o djetetu ne mogu ostvariti pravo na lični odbitak po osnovu izdržavanog djeteta dok to pravo mogu ostvariti osobe koje su sudskom presudom obavezane na plaćanje izdržavanja. Temeljem toga smatram da je u postupku povrijeđeno načelo jednakosti stranaka pred zakonom. Takođe je nejasno koji to dokaz treba priložiti roditelj koji izdržava svoje dijete a ne nalazi se u braku i nema isto prebivalište kao i dijete.

Stavom Federalnog ministarstva finansija br: 05/15-sl/09 od 07.04.2009 godine navedeno je da se poreznom obvezniku, bez obzira na visinu alimentacije koju plaća za djecu, priznaje lični odbitak. Iz navedenog stava može se zaključiti da osobe koje je sud obavezao na plaćanje alimentacije imaju pravo na lični odbitak iako ne žive sa djetetom, dok lica koja obavezu izdržavanja izvršavaju zajednički i sporazumno sa drugim roditeljem to pravo nemaju. Nelogično je da se zahtijeva od roditelja da tuže jedno drugo, bez obzira što oni sporazumno izvršavaju svoju obavezu izdržavanja, kako bi ostvarili pravo na lični odbitak. Na ovaj način postoji direktno miješanje u privatni i porodični život te diskriminacija između svih onih roditelja koji svoju

obavezu izdržavanja izvršavaju dobrovoljno i onih koji su na izdržavanje djeteta obavezani sudskom presudom. Nelogično je da se nagrađuju oni roditelji koji su morali biti tuženi kako bi izvršavali svoju obavezu izdržavanja.

Na kraju Kantonalni sud u Tuzli svojom presudom Broj: 03 0 U 020022 20 U , od 11.03.2021. godine, ukazuje na dvije bitne činjenice. Prva činjenica je da sud konstatuje da su dostavljeni svi neophodni dokazi kojima se dokazuje da su za uvažavanje zahtjeva ispunjeni svi pomenuti uslovi iz člana 24. stav 2. tačka 2. federalnog Zakona o porezu na dohodak, osim dokaza kojima se dokazuje da tužilac mlđb. kćerku izdržava. S obzirom da je odredbama člana 5. stav 1. i 2. Zakona o upravnom postupku propisano da su organi u vođenju postupka i rješavanju dužni strankama omogućiti da što lakše zaštite i ostvare svoja prava, i da je službeno lice koje rješava neku upravnu stvar, s obzirom na postojeće činjenično stanje, ako sazna ili ocijeni da određena stranka ima osnova za ostvarenje nekog prava, dužno upozoriti je na to, kao i da je odredbama člana 67. stav 1. istog Zakona propisano da je, ako je podnesak nepotpun, organ koji je primio takav podnesak dužan učiniti one radnje koje će osigurati da se nedostaci otklone i odrediti podnosiocu rok u kome je dužan da to učini, sud smatra da je prvostepeni organ u postupku po tužiočevom zahtjevu od tužioca bio dužan zatražiti da predloži ili predoči dokaze da izdržava svoju mlđb. kćerku, što, u konkretnom slučaju, nije učinjeno. Ostaje i dalje upitno koji bi to dokaz bio da neko izdržava svoje dijete ?

Druga činjenica je da sud ukazuje da Zakonom o porezu na dohodak, a ni bilo kojim drugim zakonom, za priznavanje predmetne poreske olakšice po osnovu izdržavanja djeteta nije predviđen uslov da lice koje traži olakšicu mora biti prijavljeno sa prebivalištem na istoj adresi kao i dijete, odnosno na istoj adresi na kojoj je prijavljen drugi roditelj, ili da djeca moraju da žive u zajedničkom domaćinstvu sa poreznim obveznikom koji traži priznavanje takve olakšice, sud je ocijenio neosnovanim pozivanje prvostepenog organa na naprijed pomenuto Uputstvo tuženog, budući da se takvim aktima ne mogu zakonito mijenjati zakonske odredbe. Na kraju Kantonalni sud u Tuzli Tužbu uvažava, pa se prvostepeno rješenje poništava i rješava da se zahtjev za izmjenu porezne kartice uvažava.

4. Pravo na porodičnu penziju vanbračnog partnera

U drugom slučaju koji je pokrenut pred Ustavnim sudom BiH apelantica smatra da joj je prekršeno pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi s pravom na imovinu zbog toga što, kao vanbračni partner, nije mogla steći pravo na porodičnu penziju po Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju iako je vanbračna zajednica u potpunosti izjednačena sa bračnom zajednicom prema Porodičnom zakonu Federacije BiH. U vezi s tim, Ustavni sud je podsjetio da je o gotovo istom pravnom pitanju raspravljao u Odluci broj AP 4207/13 (vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 4207/13 od 30. septembra 2016. godine. Naime, u navedenoj odluci sporno je

bilo da li se može apelantu kao ostaviteljcinom vanbračnom partneru priznati status zakonskog nasljednika prvog nasljednog reda. U toj odluci Ustavni sud je zaključio da su „sudovi primjenom Zakona o nasljeđivanju iz 1980. godine, bez uvažavanja opredjeljenja iz PZ FBiH iz 2005. godine o dosljednom izjednačavanju vanbračne zajednice koja traje više od tri godine sa bračnom zajednicom u svim pravima i obavezama, uključujući i imovinska prava, i odbijanjem apelantovog zahtjeva da mu se prizna pravo da kao nasljednik prvog nasljednog reda učestvuje u ostavinskom postupku, prekršili zabranu 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“.

Dovodeći navedene stavove iz citirane Odluke broj AP 4207/13 u vezu sa predmetnim slučajem, Ustavni sud smatra da su oni primjenjivi i u konkretnom slučaju. Naime, Ustavni sud ukazuje da je u osporenim odlukama nesporno utvrđeno da je postojala vanbračna zajednica između apelantice i umrlog, koja je trajala 17 godina, te da je ispunila uvjete da se smatra vanbračnom zajednicom u smislu relevantnih odredaba Porodičnog zakona. Redovni sud i organi uprave u osporenim odlukama dosljedno su ukazivali da je vanbračna zajednica izjednačena sa bračnom prema Porodičnom zakonu, ali su zaključili da se pravilnim tumačenjem ove odredbe ne može izvesti zaključak da je ova zajednica u svemu izjednačena sa bračnom zajednicom, već samo u pogledu određenih prava. Pri tome su se pozvali na odredbu člana 60. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, pri tome zaključivši da je navedeni zakon *lex specialis* kojim „nije predviđena mogućnost priznavanja prava na porodičnu penziju vanbračnom partneru“.

Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju u vrijeme donošenja osporenih odluka na snazi bio Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine koji ni svojim naknadnim izmjenama nigdje ne spominje, niti daje prava vanbračnim partnerima. Međutim, Ustavni sud ponovo naglašava da se, prema članu II/2. Ustava Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija primjenjuje direktno i da ima prioritet nad svim drugim zakonima. To, između ostalog, znači i da se zakoni koji nisu usaglašeni sa Evropskom konvencijom moraju primijeniti na način na koji se neće kršiti prava iz Evropske konvencije. Dakle, u situaciji kada je nesumnjivo da je vanbračna zajednica apelantice i umrlog, kao nosioca osiguranja, započela i trajala u vrijeme kada je na snazi bio PZ FBiH iz 2005. godine, koji je i dosljedno izjednačio bračnu i vanbračnu zajednicu u pravima i obavezama, kao i da je ta zajednica trajala sve do smrti, Ustavni sud, uvažavajući principe iz citirane Odluke broj AP 4207/13, smatra da Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine nije primijenjen uz dosljedno poštivanje „opredjeljenja iz porodičnog prava o jednakom tretmanu bračne i vanbračne zajednice“. Stoga, Ustavni sud smatra da apelantica ne može snositi štetne posljedice toga što relevantni zakoni nisu ranije harmonizirani kako bi se provelo dosljedno opredjeljenje zakonodavca da se otkloni diskriminacija u tretmanu vanbračnih i bračnih partnera i u odnosu na ostvarivanje prava na porodičnu penziju.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da primjena Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine na način kako su to uradili redovni sud i

organi uprave u osporenim odlukama nije imala razumno i objektivno opravdanje. Zbog toga je apelantica na diskriminirajući način lišena mogućnosti stjecanja prava na porodičnu penziju. Osim toga, Ustavni sud naglašava da je 21. februara 2018. godine u „Službenim novinama FBiH“ broj 13/18 objavljen novi Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, koji, opet, nije uzeo u obzir vanbračnu zajednicu, niti je regulirao stjecanje prava vanbračnim partnerima. S obzirom na navedeno Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju prekršena 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.

Izmjenama i dopunama o penzijsko invalidskom osiguranju izvršena je dopuna člana 69. stav 1. tačke a. na način da se članovima porodice umrlog osiguranika uz bračnog supružnika (udovice odnosno udovca), smatra i vanbračni partner. Također, u članu 69. dodaje se stav 2. kojim se vanbračni partner iz stava 1. ovog člana, smatra lice koje je kao takvo definisano Porodičnim zakonom Federacije BiH, a koje je svoj status utvrdilo u odgovarajućem sudskom postupku.²⁶

Postavlja se pitanje da li je zakonodavac i u ovom slučaju napravio diskriminaciju u smislu ostvarivanja prava na porodičnu penziju između bračnog i vanbračnog partnera. Prema navedenoj zakonskoj odredbi vanbračni partner prije nego ostvari pravo na porodičnu penziju mora u sudskom postupku utvrditi svoj status.

Sljedeće pitanje jeste u kojem postupku vanbračni partner mora dokazati svoj status. Zakonodavac koristi sintagmu u „odgovarajućem postupku“ te se koristi prošlo vrijeme u pogledu utvrđivanja prava na porodičnu penziju. Sve ovo dovodi do zaključka da vanbračni partner prije nego podnese zahtjev za porodičnu penziju mora pokrenuti sudski postupak u kojem će dokazati postojanje vanbračne zajednice. Porodični zakon FBiH ne propisuje koji je to postupak za utvrđivanje postojanja vanbračne zajednice, odnosno da li se radi o parničnom ili vanparničnom postupku. Kako se u konkretnom slučaju radi o priznavanju prava na porodičnu penziju neophodno je analizirati odredbe Zakona o upravnom postupku FBiH. Prema navedenom zakonu ako organ koji vodi postupak naiđe na pitanje bez čijeg se rješenja ne može riješiti sama stvar, a to pitanje čini samostalnu pravnu cjelinu za čije je rješenje nadležan sud ili neki drugi organ (prethodno pitanje), on može, pod uvjetima iz ovog zakona, sam raspraviti to pitanje, ili postupak prekinuti dok nadležni

²⁶ Zakon o penzijsko invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine (“Sl. novine FBiH”, br. 13/18., 93/19. - odluka US, 90/21. i 19/22.).

Član 69. (Članovi porodice umrlog osiguranika)

(1) Članovima porodice umrlog osiguranika, odnosno korisnika penzije smatraju se:

- a) bračni supružnik i vanbračni partner (udovica odnosno udovac),
- b) razvedeni bračni supružnik, ako mu je pravosnažnom presudom suda dosuđeno pravo na izdržavanje,
- c) dijete, rođeno u braku ili van braka, te usvojeno dijete,
- d) pastorage ukoliko ga je umrla osiguranik, odnosno korisnik penzije izdržavao,
- e) dijete-unuče bez oba roditelja ukoliko ga je umrla osiguranik, odnosno korisnik penzije izdržavao.

(2) Vanbračni partner iz stava (1) ovog člana, smatra se lice koje je kao takvo definisano Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine, a koje je svoj status utvrdilo u odgovarajućem sudskom postupku.

organ to pitanje ne riješi.²⁷ Organ koji vodi postupak mora prekinuti postupak kad se prethodno pitanje odnosi na postojanje krivičnog djela, na postojanje braka, utvrđivanje očinstva, ili kad je to zakonom određeno.²⁸ Uzemo li u obzir odluku Ustavnog suda BiH u kojoj je bračna i vanbračna zajednica jednaka u svim pravima i obavezama, onda bi i u upravnom postupku trebalo postupiti na način kako se zahtijeva i za pitanje postojanja braka. Odnosno kada se u upravnom postupku pojavi prethodno pitanje koje se odnosi na postojanje vanbračne zajednice, upravni organ mora prekinuti postupak i uputiti stranku da prethodno pitanje riješi nadležni organ. Prema porodičnom zakonu pitanje postojanja i nepostojanja braka predstavlja bračni spor o kojem se odlučuje u parničnom postupku.²⁹

Rezultati istraživanja domaće sudske prakse ukazivale su na to da vrlo često, osobe koje žive u vanbračnoj zajednici nisu u mogućnosti konzumirati svoja zakonom priznata prava budući da je u sudskoj praksi bio zauzet stav da se za dokazivanje postojanja vanbračne zajednice ne može podnijeti utvrđujuća (deklaratorna) tužba, niti se ovo pitanje može razmatrati kao prethodno (prejudicijelno), jer je vanbračna zajednica faktička činjenica a ne pravo ili pravni odnos.³⁰ Ustavni sud zaključuje da postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kada su nadležni sudovi arbitrarno primijenili odredbe čl. 12. i 54. ZPP u apelacionom slučaju, tumačeći da se utvrđivanje postojanja vanbračne zajednice smatra utvrđivanjem činjenice, a ne pravnog odnosa, budući da niti jedna zakonska odredba ne upućuje na ovakvo tumačenje, već da, naprotiv, iz odredaba čl. 2., 213., 230. do 234., 263. i 380. Porodičnog zakona proizlazi da se radi o pravnom odnosu. Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 2900/09 od 13. juna 2012. godine, stav 35., objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 64/12, postupak utvrđivanja postojanja vanbračne zajednice, povreda člana 6. Evropske konvencije i člana II/3.e) Ustava BiH.

Upravni postupak koji je prekinut zbog rješenja prethodnog pitanja, nastaviti će se nakon što rješenje o prethodnom pitanju doneseno od strane nadležnog organa postane konačno, odnosno pravosnažno, ako se radi o sudskoj nadležnosti, a što u konkretnom slučaju i jeste.

Prema svemu navedenom da bi vanbračni partner ostvario pravu na porodičnu penziju on će morati prije ostvarivanja tog prava pokrenuti parnični spor kako bi dokazao postojanje vanbračne zajednice ili će u toku upravnog spora morati, takođe u parničnom postupku, riješiti prethodno pitanje u vezi postojanja vanbračne zajednice.

27 141. stav 2. Zakona u upravnom postupku FBiH.

28 143. stav 1. Zakona o upravnom postupku FBiH.

29 Član 272. stav 1. Porodičnog zakona FBiH

30 Vidi. Demirović, R., Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu, Zbornik radova sa naučnog skupa – Razvoj porodičnog prava od nacionalnog do evropskog, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2013., str. 129.

5. Zaključak

Vanbračna zajednica normirana je u sva tri Porodična zakona u Bosni i Hercegovini. 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 sva tri navedena zakona vanbračna zajednica predstavlja faktičku zajednicu muškarca i žene, te se ne predviđa njena registracija. Ne postojanje registracije vanbračne zajednice u praksi dovodi do različitog postupanja prilikom ostvarivanja imovinskih prava bračnih i vanbračnih partnera. Iako je odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine vanbračna i bračna zajednica izjednačava u pravima i obvezama, uključujući i imovinska prava u praksi se dešava da vanbračni partneri ne mogu ostvariti svoja prava iz razloga nepravilnog postupanja upravnih organa. Analizom dvije presude uočeno je da u nedostatku dokaza o postojanju vanbračne zajednice upravni organi djecu rođenu u vanbračnoj zajednici izjednačavaju sa djecom razvedenih roditelja, zahtijevaju dokumentaciju koja je protivna pozitivnim propisima, te pogrešno tumače pojedine pojmove koji su sadržani u porodičnom zakonu. Ovakvo postupanje neminovno dovodi do toga da su vanbračni partneri za ostvarivanje svojih prava unaprijed osuđeni da vode dugotrajne upravne sporove.

S druge strane ni zakonodavac se ne snalazi prilikom normiranja prava vanbračnih partnera te pravi dodatnu diskriminaciju između bračnih i vanbračnih partnera. U nedostatku registracije vanbračnih zajednica života zakonodavac propisuje da su vanbračni partneri prilikom ostvarivanja određenog prava, u konkretnom slučaju prava na porodičnu penziju, obavezni pred sudom dokazati postojanje vanbračne zajednice kao prejudicijelno pitanje. Na ovaj način vanbračni partneri su u startu osuđeni na vođenje dugotrajnog parničnog postupka, koji u Bosni i Hercegovini traju i po više godina.

Boris Krešić, LL.D, Associate Profesor
Faculty of Law, University of Tuzla

Ena Morankić, LL.M., PhD Candidate
Faculty of Law, University of Tuzla

EXTRAMARITAL UNION - CHALLENGES AND CONTRADICTIONS OF POSITIVE LEGISLATION

Summary: Extramarital union is regulated by positive legislation in Bosnia and Herzegovina (BiH), with certain conceptual differences between the entities and the Brčko District of BiH. There is no system of registration of extramarital union in BiH and its existence is proved before the authority in charge. In addition to conceptual differences, positive legislation is now starting to make differences regarding the way of proving the existence of extramarital union, which depends on the right that extramarital partners want to exercise. Such solutions do not only derogate from the rules set forth in the Family Laws, but also lead to discrimination between marital and extramarital partners.

The paper analyzes specific rights of extramarital partners and procedures for proving the existence of extramarital union. The analysis points to the fact that extramarital partners are not able to know with certainty how to demonstrate the existence of their union. This means that the evidence for exercising one right cannot be used in the procedure for exercising another right. Namely, evidence for the exercise of one right cannot be used in the procedure for exercising another right. Such a situation leads to legal insecurity and discrimination of extramarital partners with regards to marital partners.

Key words: extramarital union, demonstrate, the rights of extramarital partners.

PROBNI SMJEŠTAJ U POSTUPKU ZA ZASNIVANJE USVOJENJA

Sažetak: Autor u radu govori o probnom smještaju kao jednoj od faza u postupku za zasnivanje usvojenja. Cilj ovog instituta je u provjeri uzajamne podobnosti usvojlaca i usvojenika. Iako je u mnogim savremenim pravima predviđen probni smještaj usvojenika u usvojilačku porodicu, zakonska rješenja prilično se razlikuju a i teorijska promišljanja o ovom institutu su neujednačena. U radu se *de lege lata* i *de lege ferenda* razmatraju zakonska rješenja u državama nastalim na prostoru bivše Jugoslavije, sa posebnim naglaskom na zakonodavstvu Republike Srpske. Obaveznost probnog smještaja i dužina trajanja, neka su od pitanja koja su predmet istraživanja u radu. Autor se koristio uporednopravnim, istorijskopравnim, normativnim i sociološkim metodom.

Ključne riječi: Probni smještaj; Postupak za zasnivanje usvojenja; Usvojenik; Usvojlac.

1. Uvod

U svim zakonodavstvima država nastalih na prostoru bivše Jugoslavije predviđen je probni smještaj kao jedna od radnji u postupku za zasnivanje usvojenja, pri čemu se koriste različiti nazivi za ovaj institut.¹ I u mnogim drugim pravima postoji probni smještaj usvojenika u porodicu usvojioca.² Provjera uzajamne podobnosti usvojlaca i usvojenika svrha je ovog instituta.³ Naime, moguće je da pojedina lica ispunjavaju sve opšte uslove koji su potrebni da bi imali svojstvo usvojioca odnosno

1 Vid.: Zakon za semejstvoto – PZ Makedonije, *Služben vesnik na RM*, br. 80/92, 9/96, 19/00 – odluka US, 79/01 – odluka US, 38/04, 60/05 – odluka US, 33/06, 84/08, 117/09 – odluka US, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 153/14 – prečišćeni tekst, 104/15, 150/15 i 122/18 – odluka US i *Služben vesnik na RSM*, br. 51/21 – odluka US, 53/21, čl. 104-i („Smestuvanjeto na deteto vo semejstvoto na posvoitelite“); Porodični zakon – PZ RS, *Službeni glasnik R. Srpske*, br. 54/02, 41/08, 63/14 i 56/19 – odluka US, čl. 166–167 („Probni smještaj“); Porodični zakon – PZ Srbije, *Službeni glasnik R. Srbije*, br. 18/05, 72/11 – dr. zakon i 6/15, čl. 318 („Period prilagodavanja“); Porodični zakon – PZ FBiH, *Službene novine FBiH*, br. 35/05, 41/05 i 32/19 – odluka US, čl. 110 („Smještaj“); Porodični zakon – PZ CG, *Službeni list RCG*, br. 1/07 i *Službeni list CG*, br. 53/16 i 76/20, čl. 141 („Smještaj“); Porodični zakon – PZ BD BiH, *Službeni glasnik BD BiH*, br. 66/07, čl. 93 („Smještaj budućeg usvojenika u porodicu“); Obiteljski zakon – PZ Hrvatske, *Narodne novine RH*, br. 103/15 i 98/19, čl. 212 („Ostvarivanje osobnih odnosa prije zasnivanja posvojenja“); Družinski zakonik – PZ Slovenije, *Uradni list RS*, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, čl. 227 („Namestitev z namenom posvojitve“).

2 Vid. Shannon, G., Horgan, R., Keehan, G., Daly, C., *Adoption – Law and practice under the Revised European Convention on the Adoption of Children*, Council of Europe, Strasbourg, 2013, str. 71.

3 O smislu i domašaju probnog smještaja, više vid. Cvejić Jančić, O., *Potpuno usvojenje kao metod planiranja porodice u zakonodavstvima republika i pokrajina*, Pravo – teorija i praksa, br. 3/1991, str. 92.

usvojenika, ali isto tako moguće je da se ova lica u konkretnom odnosu ne snalaze u ulozi roditelja odnosno djeteta. Jednostavno, može se desiti da praksa opovrgne teoriju. O značaju probnog smještaja, govori i to što je u Evropskoj konvenciji o usvojenju djece iz 1967. god. kao i njenom revidiranom tekstu iz 2008. god. izričito predviđena obaveznost odnosno mogućnost njegovog uspostavljanja.⁴

Budući da postoje bitne razlike u pogledu pozitivnopravnog uređenja ovog instituta u različitim zemljama, u ovom radu pokušaćemo dati odgovore na nekoliko spornih pitanja. Prije svega, proučićemo pitanje obaveznosti određivanja probnog smještaja te dužinu njegovog trajanja. Predmet istraživanja biće nam zakonodavstva sa prostora bivše SFRJ, uz poseban osvrt na pravo Republike Srpske, budući da je u toku postupak usvajanja novog porodičnog zakona.

2. Obaveznost određivanja probnog smještaja i dužina trajanja

U pravu Srbije, period prilagođavanja⁵ u postupku za zasnivanje usvojenja u načelu je obavezan,⁶ i prethodi donošenju rješenja o usvojenju. Međutim, kada

4 Vid. Evropska konvencija o usvojenju djece iz 1967. god., *European Convention on the Adoption of Children, 1967, ETS No. 58*, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/058.htm>, čl. 17: „An adoption shall not be granted until the child has been in the care of the adopters for a period long enough to enable a reasonable estimate to be made by the competent authority as to their future relations if the adoption were granted.“

Vid. Revidirana Evropska konvencija o usvojenju djece iz 2008. god., *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/202.htm>, čl. 19 („Probationary period“): „States Parties are free to require that the child has been in the care of the adopter before adoption is granted for a period long enough to enable a reasonable estimate to be made by the competent authority as to their future relations if the adoption were granted. In this context the best interests of the child shall be the paramount consideration.“

5 Kod proučavanja pojedinačnih zakonskih rješenja nastojaćemo da se služimo izrazima koji su korišćeni u tim zakonodavstvima za označavanje određenih pravnih pojmova i instituta.

6 Imajući u vidu da je Porodičnim zakonom Srbije predviđeno da se izbor budućih usvojlaca ne vrši ako dijete usvaja supružnik ili vanbračni partner roditelja djeteta, odnosno ako usvojeno dijete usvaja supružnik ili vanbračni partner usvojioca djeteta, i ako usvojioci i roditelj odnosno staralac djeteta sporazumno izvrše izbor i ako organ starateljstva ocijeni da je takav sporazum u najboljem interesu djeteta (PZ Srbije, čl. 317. st. 2 i 3), a da organ starateljstva koji je “izabrao buduće usvojitelje” (naglasio autor) usvojiocima upućuje dijete radi uzajamnog prilagođavanja (PZ Srbije, čl. 318, st. 1), postavlja se pitanje da li je u ova dva slučaja uzajamno prilagođavanje obavezno. Budući da organ starateljstva „ne vrši izbor budućih usvojitelja“ u ovim slučajevima, moglo bi se zaključiti da nije dužan ni da im upućuje dijete radi uzajamnog prilagođavanja. Ovakav stav, bar za prvi slučaj, dodatno potkrepljuje odredba po kojoj pripremu za usvojenje po posebnom programu ne pohađa supružnik ili vanbračni partner roditelja odnosno usvojioca djeteta (PZ Srbije, čl. 102, st. 1). Besmisleno je zakonsko rješenje po kome se “ne vrši izbor” očuha ili maćehe kao usvojioca, da oni ne idu u školu za usvojiocce, ali da ipak postoji mogućnost da ne budu izabrani jer su se u probnom smještaju pokazali nepodobnim. Da ovdje nije kraj nedorečenosti pravnih normi, svjedoči i upitanost nekih sa kojima smo razgovarali – šta ako, primjera radi, očuh ne želi da usvoji pastorče, da li to dijete može usvojiti neko drugo lice? Da li se može stvoriti konfuzija od trijadnog odnosa: biološkog roditelja/usvojioca, očuha ili maćehe kao tazbinskog srodnika i usvojioca kao “netazbinskog” srodnika?!

U drugom primjeru, kod sporazumnog izbora, zaključivanje u pogledu toga da li je uzajamno prilagođavanje usvojenika i usvojlaca obavezno biva još teže. U kojoj fazi postupka organ starateljstva

usvajaju strani državljani dijete se ne smješta kod usvojlaca radi uzajamnog prilagođavanja. Period prilagođavanja ne može trajati duže od šest mjeseci. Tokom ovog perioda, organ starateljstva nadzire uspješnost uzajamnog odnosa budućih usvojlaca i djeteta, o čemu sastavlja službene zabilješke. Organ starateljstva odbiće zahtjev za zasnivanje usvojenja ako utvrdi da uzajamno prilagođavanje nije bilo uspješno.⁷

U vezi sa izuzetkom po kome se prilagođavanje ne provodi kada usvajaju stranci, iskazane su ozbiljne primjedbe u pravnoj književnosti. Naglašena je nelogičnost tog rješenja jer se dvije različite skupine pogodoju u postupku zasnivanja usvojenja jedna u odnosu na drugu. Prvo se daje prednost domaćim državljanima u odnosu na strance koji mogu da usvoje tek ako ne mogu da se nađu domaći usvojioci,⁸ a onda se strancima daje mogućnost da usvoje dijete bez obaveze probnog smještaja što nije dozvoljeno domaćim usvojiocima. Istaknuto je da se prostorne teškoće, kao razlog za ovakvo zakonsko rješenje, mogu prevazići osmišljavanjem možda rjedih ali sadržajnijih metoda nadzora od strane organa starateljstva posredstvom drugih organa i lica, te korišćenjem savremenih sredstava komunikacije. Ukazano je i na mogućnost u kojoj bi neki stranac imao domicil u Srbiji, ili bi živio u susjednoj državi nadomak granice, ali po izričitom slovu zakona ni tada ne bi bilo sprovedeno međusobno prilagođavanje sa usvojenikom. Nedosljednost je uočena i u vezi sa pravilom po kome stranci moraju pohađati program pripreme za usvojioca ali ne moraju primiti dijete na prilagođavanje. Kako to slikovito vele ovi autori – “Studentskim duhom kazano: postoji oslobođenje od ispita, ali su predavanja obavezna”.⁹

Nama se čini da bi strano državljanstvo usvojlaca trebalo da bude jedan od razloga za naročitu provjeru međusobne prilagođenosti usvojenika i usvojlaca imajući u vidu mnoštvo mogućih različitosti u pogledu društvenih shvatanja,

ocjenjuje da postignuti sporazum nije u najboljem interesu djeteta?! Da li samo na osnovu dostavljene i po službenoj dužnosti pribavljene dokumentacije, ili i na osnovu pohađanja programa pripreme za usvojioca i sprovedenog probnog smještaja?! Riječima radoznalijih, čemu udvajanje uslova – da je sporazum u najboljem interesu djeteta (PZ Srbije, čl. 317, st. 3), kad usvojenje svakako mora biti u najboljem interesu djeteta (PZ Srbije, čl. 89).

Jedan od pisaca Porodičnog zakona Srbije navodi da kod sporazumnog izbora – „najvažniji zadatak organa starateljstva (...) jeste da proceni opštu i ‘posebnu’ (naglasio autor) podobnost budućih usvojitelja i usvojenika, kako bi mogao da se izjasni da li je izbor usvojitelja koji su učinili roditelji u najboljem interesu njihovog deteta“. Vid. Draškić, M., *Komentar Porodičnog zakona*, Službeni glasnik, Beograd, 2015, str. 657. Imajući u vidu da je u zakonu izričito navedeno da je „organ starateljstva dužan (je) da nadzire uspešnost uzajamnog prilagođavanja budućih usvojitelja i deteta te da o svojim ocenama sastavlja službene beleške (posebna podobnost usvojitelja i usvojenika)“ (PZ Srbije, čl. 318, st. 3), to bi moglo da znači da prof. Draškić pod „posebnom podobnosti usvojioca i usvojenika“ podrazumijeva njihovo uspješno uzajamno prilagođavanje. Međutim, pojašnjavajući razloge zašto nije propisano obavezno prilagođavanje kada usvajaju strani državljani, ovaj pisac navodi da „sve vreme dok traje postupak zasnivanja usvojenja organ starateljstva neprekidno prati međusobno prilagođavanje budućih usvojitelja i deteta i uvek je u prilici da spreči zasnivanje usvojenja ako međusobno prilagođavanje oceni kao neuspješno“. Vid. Draškić, str. 658.

7 PZ Srbije, čl. 318, st. 3 i čl. 319.

8 PZ Srbije, čl. 103.

9 Panov, S., *Harmonizacija porodičnog prava Srbije sa pravom EU*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2013, str. 181–183.

ekonomskih prilika, etničke i religijske pripadnosti i dr.¹⁰ Neko će možda osporavati ovakav stav navođenjem podatka da stranci uglavnom usvajaju djecu koju niko od domaćih nije htio da usvoji (vrlo često to su djeca sa određenim psiho-fizičkim oboljenjima), pa takvoj djeci treba omogućiti što jednostavnije i brže usvojenje, i posljedično bolje životne prilike. Međutim, upravo je ovo razlog više za posebnu provjeru međusobne prilagođenosti stranih usvojlaca i takve djece.¹¹ Unaprijed poklonjeno povjerenje u iskazane i ispisane riječi potekle od stranaca i stranih organa i organizacija, bez obaveze provjere međusobnog prilagođavanja sa usvojenikom, u najmanju ruku dovodi u neravnopravan položaj domaće usvojioce, a o mogućim životnim neprilikama za usvojeno dijete da i ne govorimo. Nismo sigurni da su ovakvim zakonskim rješenjem zaštićeni najbolji interesi djeteta, baš suprotno!¹²

I događaji iz skorije prošlosti sa naših prostora ukazuju da se usvojenje sa elementom inostranosti vrlo lako može zloupotrijebiti. Neki pojedinci (ljekari)¹³ i organizacije (nevladine i vladine humanitarne organizacije i ustanove posvećene zaštiti prava djeteta),¹⁴ kod kojih bismo zbog zanimanja i djelatnosti pretpostavili humanost, u nekoliko navrata bili su sudionici najvećih zloupotreba kod usvojenja.¹⁵ Očito su u pravu mislioci koji pominju da je ponekad/često/uvijek sporna iskrenost

10 Iako građansko srodstvo nastaje na bitno drugačiji način u odnosu na krvno srodstvo, zanimljivo je da se kod usvojenja uglavnom i dalje vodi računa o sličnosti usvojenikovog biološkog, društvenog i kulturnog porijekla sa odgovarajućim svojstvima na strani usvojlaca. Zbog toga, rijetko ćemo u pravnoj praksi naići na primjere da su, primjera radi, bijelci usvojili crno dijete, i obrnuto, osim u slučaju ličnosti iz svijeta muzike, filma i uopšte javnog života. O nastojanjima da se građansko srodstvo što više poistovijeti sa biološkim, vid. Cahn, N., *Perfect Substitutes or the Real Thing*, Duke Law Journal, Vol. 55, Issue 6, April 2003, str. 1148–1150.

11 I u Konvenciji o zaštiti djece i saradnji u oblasti međudržavnog usvojenja, predviđeno je nekoliko mjera u slučaju da centralni organ zemlje prijema utvrdi da smještaj djeteta nije u najboljem interesu. Vid. Haška konvencija o zaštiti djece i saradnji u oblasti međudržavnog usvojenja iz 1993. god., *Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption*, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69>, čl. 21.

Ova konvencija usvojena je na Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo 29. maja 1993. god. U Zaključnim razmatranjima Komiteta o pravima djeteta na Kombinovani peti i šesti periodični izvještaj BiH o primjeni Konvencije o pravima djeteta, od 5. decembra 2019. god., preporučuje se pristupanje ovoj konvenciji. Vid. Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Bosnia and Herzegovina*, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/336/95/PDF/G1933695.pdf?OpenElement>, F/31/(d).

12 “U oblasti usvojenja, principu ‘najboljeg interesa deteta’ daje se apsolutna prednost naspram javnih (ekonomskih, političkih) i ličnih interesa samih usvojlaca.” Vid. Hodgkin, R., Newell, P., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF – United Nations Publications, Geneva – New York, 2007, str. 295.

13 Vid. *Prodavala strancima bolesnu decu: Doktorka zarađivala hiljade dolara na usvajanju!*, <https://www.telegraf.rs/vesti/1521208-doktorka-prodavala-strancima-bolesnu-decu-zaradjivala-na-usvajanju-hiljade-dolara>, 20. 9. 2022.

14 Vid. *Nakon 18 godina: Gdje je nestalo 46-ero djece iz sarajevskog dječjeg doma*, <https://www.hercegovina.info/vijesti/bih/nakon-18-godina-gdje-je-nestalo-46-ero-djece-iz-sarajevskog-djecjeg-doma/19112/>, 20. 9. 2022; *Pronađeni ili izgubljeni: priča bosanske zaboravljene djece*, <http://www.balkandiskurs.com/?p=871&lang=ba>, 20. 9. 2022.

15 Vid. *Životno raskršće za brata i sestru*, <https://www.rtvbn.com/3882519/zivotno-raskrsce-za-brata-i-sestru>, 20. 9. 2022.

plaćenih „usrećitelja“, odnosno humanista na „marksističkoj“, profitnoj osnovi.¹⁶ Jedan od preduslova (koji nije dovoljan, ali je neophodan) da ne bismo ponovo bili svjedoci nemilih događaja, jeste i taj da se u postupku zasnivanja usvojenja sa elementom inostranosti obavezno mora odrediti probni smještaj tokom određenog vremenskog perioda u kome nadležni organ u svakom trenutku može da vrši nadzor.¹⁷

U našoj pravnoj književnosti, odavno je naglašavan „nesklad između stvarnog i manifestnog“ kao razlog za normiranje obaveznog probnog smještaja u postupku zasnivanja usvojenja. Utoliko je neobičnije što je Porodičnim zakonom Srbije iz 2005. god. predviđen izuzetak kod stranih državljana. Riječima mudrijih, „tek ovaj socijalni eksperiment (obavezan probni smještaj) može pokazati da li su izjave i ponašanje mogućih usvojlaca iskreni i autohtoni, ili hipokrizijski i konformistički. Između verbalistike i realnog ova civilizacija pokazuje neidentičnost i stoga samo pretpostavka obaveznog probnog smještaja može dati vjerodostojan odgovor o stabilnoj skladnosti u novouspostavljenoj porodici.“¹⁸ Četvrt vijeka nakon što su napisane, ove riječi zvuče još istinitije, pogotovo kad se dovedu u vezu sa elementom inostranosti. Dovoljno je reći – „Milosrdni anđeo“ i Milica Rakić.

Makedonski zakonopisac nastojao je da izmiri interese stranih usvojlaca i domaćeg usvojenika. Tako se u ovom pravu dijete obavezno smješta u usvojilačku porodicu prije donošenja odluke o zasnivanju usvojenja, s tim da kada usvajaju stranci, koji ne žive na teritoriji ove države, polovinu perioda probnog smještaja moraju provesti u Sjevernoj Makedoniji. Probni smještaj ne može da bude kraći od dva mjeseca ni duži od tri mjeseca, s tim da su rokovi kraći za po mjesec ako usvaja bračni drug roditelja djeteta. Smještaj nadgleda centar za socijalni rad, ali i Komisija za usvojenje (uspostavljena na nacionalnom nivou), ukoliko procijeni da ima potrebe za tim. Po isteku roka za probni smještaj, nadležni centar za socijalni rad sastavlja izvještaj o probnom smještaju i daje mišljenje o usvojenju, koje dostavlja Komisiji na odlučivanje.¹⁹

U hrvatskom pravu, prije donošenja rješenja o zasnivanju usvojenja takođe je obavezno ostvarivanje ličnih odnosa između najprikladnijeg mogućeg usvojioca i

16 “Selektivni zli humanisti se bave suštinskim pitanjima, a čute o svemu važnom, pa i o životima banjalučkih beba koje su umrle zbog ovakvih humanista, domaćih i stranih. Zapravo, u oba slučaja stranih. Bebe koje su rodile Dušanka, Živka, Fatima, Željka, Zilha, Safeta, Nađa, Dragoslava, Milena, Dragica, Majda, Grozda. Beba Slađana je živela do svoje 13. godine, a Marko je bolestan. U čemu je njihova krivica? Jer im je za život trebao kiseonik. Zašto antifašisti koji su fašisti, kako tačno veli akademik Ekmečić, čute o tome? Zato što su tako fini ili im niko ne plaća za te teme? Da li je ovo jedina nepravda?” – Panov, S., *Pravo, tradicija i promene – Ravnopravnost polova: dimenzija prakse identitetskog preobražaja Srbije*, Zbornik radova „Pravo, tradicija i promjene“, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2020, str. 85.

17 Na ovakvo zakonsko rješenje u srpskim pravima obavezuje i viševjekovno praktikovanje i normiranje usvojenja kome je prevashodni cilj bila zaštita djeteta bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, a ne „pribavljanje“ djeteta bezdjetnim supružnicima. Srpski građanski zakonik bio je prvi izvor prava u istoriji čovječanstva u kome je usvojenje bilo propisano sa ovakvim ciljem. O ovome, vid. Čeranić, D., *Nasljedne posljedice usvojenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2020, str. 32–40.

18 Vid. Panov, S., *Dileme u konceptu usvojenja*, Reforma porodičnog zakonodavstva, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1996, str. 256–257.

19 Vid. PZ Makedonije, čl. 104-i i 104-j.

djeteta koje se usvaja, radi procjene hoće li zasnivanje usvojenja biti u skladu sa dobrobiti djeteta. Za vrijeme trajanja ostvarivanja ličnih odnosa, odnosno tokom boravka djeteta u usvojilačkoj porodici, centar za socijalni rad obezbijediće mogućim usvojiojcima stručnu pomoć i podršku te će procjenjivati budući odnos djeteta i usvojilaca. U Porodičnom zakonu Hrvatske nema posebnih odredaba u vezi sa ostvarivanjem ličnih odnosa između djeteta i stranih usvojilaca. Samo je predviđeno da, izuzetno, usvojilac može biti strani državljanin ako je to u najboljem interesu djeteta, te da za usvojenje sa elementom inostranosti treba i dozvola²⁰ nadležnog ministarstva.²¹

U pravu Federacije BiH i Brčko Distrikta BiH, prije donošenja rješenja o zasnivanju usvojenja, organ starateljstva obavezno smješta dijete u porodicu budućeg usvojioaca. U FBiH smještaj traje šest mjeseci, a u BD BiH šest mjeseci ili kraće ako je to u interesu djeteta. Za vrijeme trajanja smještaja, dijete je pod nadzorom organa starateljstva kako bi se utvrdilo da li je usvojenje u njegovom najboljem interesu. U porodičnim zakonima FBiH i BD BiH nema odredaba kojima bi se predviđjela drugačija pravila u vezi sa smještajem djeteta u porodicu stranih usvojilaca. Izričito je propisano da usvojilac može biti i strani državljanin, ako je usvojenje u najboljem interesu djeteta²² i ako dijete ne može biti usvojeno u Bosni i Hercegovini, uz dodatak u pravu Brčko Distrikta – ako za to postoje naročito opravdani razlozi. Za ovakvo usvojenje, potreban je prethodni pristanak nadležnog federalnog organa odnosno organa Brčko Distrikta BiH.²³

U crnogorskom pravu smještaj djeteta u porodicu budućih usvojilaca nije obavezan, ali je moguć. Prije donošenja rješenja o zasnivanju usvojenja organ starateljstva može ali ne mora odrediti smještaj kada usvajaju domaći državljanin, a kada usvajaju stranci smještaj se ne određuje. Kada se odredi, smještaj traje šest mjeseci. U Porodičnom zakonu Crne Gore nema posebnih odredaba o smještaju u usvojilačku porodicu stranaca. Inače, predviđeno je da strani državljanin, izuzetno, može usvojiti dijete ako se ne može naći usvojilac među domaćim državljanima. Za ovakvo usvojenje potrebna je saglasnost nadležnog ministarstva koja se daje na osnovu mišljenja stručne komisije.²⁴

Ni u slovenačkom pravu smještaj djeteta u usvojilačku porodicu nije obavezan. Sud može odlučiti da dijete provede određeno vrijeme u porodici budućeg usvojioaca prije nego što donese odluku o usvojenju, kako bi se utvrdilo da li će dijete i budući usvojilac moći da se naviknu na novonastale okolnosti te da li će usvojenje koristiti djetetu. Kada dijete usvaja supružnik ili vanbračni drug jednog od roditelja djeteta

20 Zanimljivo je da se u nekim proučavanim zakonodavstvima ne pravi razlika između dozvole koja prethodi i odobrenja koje slijedi, pa se pominje „prethodno odobrenje“ i „odobrenje“ iako je očito riječ o dozvoli.

21 Vid. PZ Hrvatske, čl. 186.

22 O mjerilima za ocjenjivanje najboljeg interesa djeteta u postupku za zasnivanje usvojenja, vid. Vlašković, V., *Najbolji interes deteta kao kriterijum za zasnivanje usvojenja*, Zbornik "Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog", Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2012, str. 144–151.

23 Vid. PZ FBiH, čl. 95; PZ BDBiH, čl. 80.

24 Vid. PZ Crne Gore, čl. 125.

smještaj se ne određuje.²⁵ U Porodičnom zakoniku Slovenije nisu predviđene posebne norme o smještaju usvojenika u porodicu stranih usvojlilaca. Usvojlilac izuzetno može biti i strani državljanin, ako centar za socijalni rad za dijete koje se usvaja nije uspio pronaći domaćeg usvojioca, i ako postoji saglasnost nadležnog ministarstva sa ovakvim usvojenjem. Saglasnost ministarstva nije potrebna ako dijete usvaja supružnik ili vanbračni drug jednog od roditelja djeteta ili srodnik djeteta.²⁶

Porodičnim zakonom Republike Srpske predviđen je neuobičajen način primjene probnog smještaja djeteta u postupku za zasnivanje usvojenja. Naime, propisano je da „ako organ starateljstva nađe da su ispunjeni uslovi propisani ovim zakonom, donijeće rješenje o zasnivanju usvojenja, a ako ti uslovi nisu ispunjeni, rješenjem će odbiti zahtjev za usvojenje“. Pritom, „organ starateljstva rješenjem o zasnivanju usvojenja može odrediti probni smještaj usvojenika u usvojiočevu porodicu uz nadzor organa starateljstva od najduže tri mjeseca“. „Ukoliko se u roku određenom u rješenju o probnom smještaju, nadzirani probni smještaj pokaže uspješnim s aspekta međusobne adaptacije usvojioca i usvojenika, organ starateljstva će potvrditi rješenje o usvojenju.“²⁷

Na ovakvo zakonsko rješenje možemo uputiti nekoliko primjedaba. Prva zamjerka tiče se neobaveznosti probnog smještaja. Sve što kažemo s tim u vezi, može da se odnosi i na crnogorsko i slovenačko pravo. Probni smještaj u ovim zakonodavstvima zavisi od procjene organa starateljstva, odnosno suda,²⁸ da li u datom slučaju ima potrebe za njim ili ne. U pravnoj književnosti isticano je da probni smještaj nadležni organ određuje „na prijedlog stručne ekipe, kao i kada postoje izvesne sumnje o spremnosti usvojlilaca da se kao roditelji posvete detetu“.²⁹ Nije nam sasvim jasno na osnovu kojih mjerila organ starateljstva, odnosno sud, može odlučivati o ovako osjetljivom pitanju. Pogotovo nam je sporno da se probni smještaj određuje samo ako postoji sumnja u posvećenost djetetu budućih usvojlilaca.

Zato, smatramo da bi probni smještaj trebalo predvidjeti kao obaveznu radnju u postupku utvrđivanja posebne podobnosti usvojenika i usvojioca. Takođe, kada usvaja stranac, probni smještaj mora biti obavezan i mislimo da bi u potpunosti trebalo da se sprovodi na teritoriji države čiji je državljanin usvojenik.³⁰ Imajući u vidu mnoštvo negativnih iskustava u zemlji i inostranstvu u vezi sa usvojenjem sa elementom inostranosti,³¹ ovakvo zakonsko rješenje čini nam se opravdanim.³²

25 Vid. PZ Slovenije, čl. 228 („Posebnosti posvojitve otroka zakonca ali zunajzakonskega partnerja“).

26 Vid. PZ Slovenije, čl. 217.

27 Vid. PZ RS, 166, st. 1 i 2 i 167, st. 2.

28 O stvarnoj nadležnosti za zasnivanje usvojenja, kao i prednostima i nedostacima pojedinih zakonskih rješenja, vid. Čeranić, D., *Stvarna nadležnost za zasnivanje usvojenja*, Pravna misao, Sarajevo, br. 5-6/2010, str. 25–44.

29 Vid. Mladenović, M., *Porodično pravo u Jugoslaviji*, Beograd, 1991, str. 415.

30 Ovakvo zakonsko rješenje predložili smo i na sastancima Radne grupe za izradu Nacrta porodičnog zakona Republike Srpske, što je prihvaćeno i uvršteno u zakonski tekst poslat u skupštinsku proceduru.

31 Neke podatke s tim u vezi, vid. u Panov, 2013, str. 180 i 181.

32 O pogodovanju domaćih državljana zbog očuvanja nacionalnog identiteta i pada nataliteta, te usvojenju sa elementom inostranosti kao alternativnom vidu zbrinjavanja djeteta bez odgovarajućeg staranja, vid. Kitanović, T., *Međudržavno usvojenje i Konvencija o zaštiti dece*, Pravni život, br.

O nekim razlozima za ovakve stavove govorili smo u dijelu rada koji se odnosi na zakonodavstvo Srbije. Dodaćemo još ponešto.

Svaki odrastao čovjek i svako dijete posebni su po mnogo čemu. Zbog te posebnosti treba provjeriti međusobni odnos konkretnih usvojlaca i usvojenika. Ne znamo koji odnos može biti „posebniji“, onaj kada je dijete vrlo malo ili kada je poprilično odraslo, odnosno kada su usvojioci mlađi ili stariji, kada imaju ili nemaju sopstvenog potomstva, i sl. U svakom slučaju, tek probni smještaj može pokazati međusobnu prilagođenost ili bar naznake prilagođenosti lica koja su do tada, uglavnom, bila potpuno nepoznata jedno drugom. Pošto živimo u vremenu ljubavnosti, a ne u vremenu ljubavi, kada je trpeljivost većini nepoznat pojam (često označen tuđicom „tolerancija“, koja suštinski ne označava isti pojam), treba dati prostora i vremena nadležnom organu da provjeri koliko bi vještački odnos kakvo je usvojenje mogao biti saobrazan „prirodnom“ odnosu roditelj–dijete. Umnji vele da je pažnja najočitiji izraz ljubavi. Nadležni organ tek neposrednim uvidom u „količinu“ i „kakvoću“ pažnje koju iskazuje mogući usvojlac prema mogućem usvojeniku, kao i u djetetov odgovor na tu pažnju, može da utvrdi da li će dijete u baš toj usvojlackoj porodici imati uslove za potpun i skladan razvoj njegove ličnosti,³³ odrastanje u porodičnoj sredini, u atmosferi sreće, ljubavi i razumijevanja.³⁴

Zbog svega ovoga, zagovornici smo stava o obaveznosti probnog smještaja. Takav stav zastupali smo i u Radnoj grupi za sačinjavanje Nacrta porodičnog zakona Republike Srpske. Pritom, ukazivali smo na zakonodavstvo Srbije kao polazni osnov za izradu novih zakonskih rješenja, uz izričitu ogradu prema pravilima poput nesprovođenja probnog smještaja kad usvajaju stranci. Osim nekih dobrih rješenja u oblasti usvojenja,³⁵ dodatni razlog za ovaj zakonodavni uzor jeste i međunarodnim ugovorom preuzeta obaveza usklađivanja zakonskih i drugih propisa između Srbije i Republike Srpske, odnosno saradnja u toj oblasti.³⁶

10/2006, str. 194.

33 Vid. Bubić, S., *Opšti trendovi u promovisanju najboljeg interesa djeteta – usvojenika*, Zbornik radova „Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog“, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2012, str. 75.

34 Vid. Preambulu Konvencije o pravima djeteta, *Convention on the Rights of the Child*, <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>, usvojena na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989. god. Konvenciju UN o pravima djeteta iz 1989. god. SFRJ je ratifikovala 1990. godine. Vid. Zakon o ratifikaciji Konvencije UN o pravima djeteta, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/90. Međunarodni sporazumi koji su potpisani i ratifikovani od strane SFRJ, u unutrašnji pravni poredak Republike Srpske i Federacije BiH, uneseni su prije nastanka Bosne i Hercegovine 1995. god. U pravni sistem Republike Srpske, ovi akti uneseni su 1992. god., na osnovu Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske, *Službeni glasnik R. Srpske*, br. 3/92, 6/92, 7/92, 15/92, 19/92 i 21/92 – prečišćeni tekst, čl. 12. O ovome, više vid. Čeranić, D., *Primjena međunarodnih konvencija o pravima djeteta u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova „Aktuelnost i značaj ljudskih prava i sloboda“, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2011, str. 262–278.

35 Primjera radi, uspostavljanje jedinstvenog registra u kome se vodi evidencija o usvojiocima i o usvojenicima. Na potrebu uspostavljanja jedinstvene evidencije, ukazivano je i u stranoj pravnoj teoriji. O uvođenju ovakvih registara u pravu Engleske i Velsa, više vid. Aquieno, T., *Family law*, Cavendish Publishing Limited, London–Sydney, 2001, str. 267–268. O potrebi centralizacije podataka, ali ne i centralizacije moći u postupku za zasnivanje usvojenja, više vid. Panov, S., *Pravo na roditeljstvo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1998, str. 190–191.

36 Usklađivanje zakonskih i drugih propisa, jedna je od obaveza, odnosno jedan od oblika saradnje koji

Nakon izlaganja primjedbi u vezi sa neobaveznošću probnog smještaja u važećem pravu Republike Srpske, da kažemo ponešto i o njegovom trajanju. Čini nam se da je postojeći rok od najduže tri mjeseca za probni smještaj isuviše kratak, pogotovo za usvojenje hendikepirane, nepokretne ili na drugi način oboljele djece, kada vrlo pažljivo treba provjeriti odnos između djeteta i mogućih usvojlaca. Cijeneći razloge za i protiv kraćeg³⁷ ili dužeg,³⁸ odredivog³⁹ ili određenog⁴⁰ perioda zasnivanja probnog smještaja, Radna grupa za izradu Nacrta porodičnog zakona Republike Srpske predložila je da probni smještaj ne može trajati duže od šest mjeseci. Na ovaj način, organ starateljstva će vodeći računa o okolnostima svakog pojedinačnog slučaja moći odrediti primjeren period trajanja probnog smještaja. Primjera radi, ako je između djeteta i budućih usvojlaca već bio izgrađen odnos kroz neki od oblika zaštite djeteta bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, period probnog smještaja mogao bi biti kraći, i suprotno. Ili, recimo, kada dijete usvaja bračni (ili vanbračni)⁴¹

je predviđen u sva tri do sada potpisana međunarodna sporazuma o specijalnim i paralelnim vezama/ odnosima između Republike Srpske i SR Jugoslavije, odnosno Republike Srbije. Vid.: Sporazum o specijalnim paralelnim vezama između Savezne Republike Jugoslavije i Republike Srpske, potpisan 28. februara 1997. godine, čl. 6, st. 1, tač. 11; Sporazum o uspostavljanju specijalnih paralelnih odnosa između Savezne Republike Jugoslavije i Republike Srpske, potpisan 5. marta 2001. godine, čl. 2, st. 1, tač. 3 (Zakon o ratifikaciji Sporazuma o uspostavljanju specijalnih paralelnih odnosa između Savezne Republike Jugoslavije i Republike Srpske, *Službeni glasnik R. Srpske*, br. 26/01); Sporazum o uspostavljanju specijalnih paralelnih odnosa između Republike Srpske i Republike Srbije, potpisan 26. septembra 2006. godine, čl. 2, st. 1, tač. 3 (Zakon o ratifikaciji Sporazuma o uspostavljanju specijalnih paralelnih odnosa između Republike Srpske i Republike Srbije, *Službeni glasnik R. Srpske*, br. 60/07).
37 Pojedini autori smatraju da bi period duži od tri mjeseca mogao voditi zloupotrebi instituta probnog smještaja. Vid. Morait, B., *Porodični zakon sa predgovorom*, Banja Luka, 2003, str. 37.

38 U švajcarskom pravu maloljetno dijete može biti usvojeno ako su lica koja žele da ga usvoje odgajala i brinula se o njemu najmanje godinu dana i pod uslovom da opšte okolnosti ukazuju na to da bi uspostavljanje odnosa roditelj–dijete bilo u najboljem interesu djeteta, a da to ne bude nepravično prema bilo kom drugom usvojiočevom djetetu. Usvojenje je dozvoljeno samo ako su lica koja žele da usvoje dijete u mogućnosti da ga obezbijede do punoljetstva na osnovu svog uzrasta i ličnih prilika. Dostora, bile su predviđene dvije a ne godinu dana za postojanje međusobnog bliskog odnosa između djeteta i budućih usvojlaca. Vid. Švajcarski građanski zakonik, Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 1 July 2022), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en, čl. 264.

39 „Fiksni određenjem maksimalnog trajanja probnog smještaja zakon štiti usvojitelje i skraćuje njihovu neizvesnost u pogledu okončanja postupka usvojenja deteta, ali s obzirom da donja granica nije određena, otvara mogućnost za arbitrnost i nemarno postupanje službenih lica organa starateljstva. Ni fiksno ustanovljena donja granica (minimalno trajanje probnog smještaja), ne bi bila najpoželjnije rešenje, ali bi ipak takvo određenje roka više bilo u interesu deteta, jer bi se smanjio prostor za manipulacije, a mogućnost skraćivanja trajanja probnog smještaja do granice obesmišljavanja ove faze u procesu usvojenja, bila bi onemogućena. Mišljenja smo da bi rok od šest meseci koji je u pozitivnom pravu Srbije određen kao maksimalni trebao biti fiksni rok u istom trajanju.“ Vid. Stjepanović, B., *Probni smještaj kao faza u procesu zasnivanja usvojenja*, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, br. 8, Banja Luka, 2018, str. 263.

40 U zakonodavstvima u kojima je određen fiksni period od šest mjeseci za probni smještaj, budući usvojioci koji su u radnom odnosu nerijetko imaju poteškoća zbog odsustvovanja sa posla. O ovome, sa prijedlozima kako bi se ovo pitanje moglo urediti, vid. Krešić, B., Šehrić, E., *Zaštita žena i majčinstva u novom radnom zakonodavstvu Federacije BiH*, Srpska pravna misao, br. 50, Banja Luka, 2017, str. 49–50.

41 Ogradu stavljamo iz razloga što u pravu Republike Srpske vanbračni supružnici trenutno nemaju pravo da usvoje dijete.

supružnik roditelja odnosno usvojioca djeteta i kada su usvojioci i roditelji odnosno staralac djeteta sporazumno izvršili izbor a nadležni organ procijeni da je takav sporazum u najboljem interesu djeteta, period bi mogao biti kraći.

Na kraju, da istaknemo i našu osnovnu zamjerku na pozitivnopravno uređenje probnog smještaja u pravu Republike Srpske, a koja se tiče smisla i domašaja ovog instituta. Ova ustanova trebalo bi da služi za utvrđivanje stepena i kvaliteta međusobne prilagođenosti usvojenika i usvojioca, kao jednog od uslova da bi uopšte došlo do zasnivanja usvojenja. Međutim, u pravu Republike Srpske probni smještaj (može da)⁴² posluži i kao provjera već zasnovanog usvojenja, kao neka vrsta, uslovno rečeno, raskidnog uslova.⁴³ To znači, da probni smještaj u ovom pravu u stvari (ponekada) i nije probni, nego kontrolni jer ne prethodi nego slijedi zasnivanju usvojenja.

Na ovakav zaključak, prije svega, ukazuje to što se u zakonu izričito navodi da se „rješenjem o zasnivanju usvojenja“ može odrediti probni smještaj, što jezički može da ukazuje da se usvojenje tim rješenjem već zasniva. Pritom, u odredbi koja prethodi pomenutoj, predviđeno je da „ako organ starateljstva nađe da su ispunjeni uslovi propisani ovim zakonom, donijeće rješenje o zasnivanju usvojenja, a ako ti uslovi nisu ispunjeni, rješenjem će odbiti zahtjev za usvojenje“. Redosljed ovih dvaju odredbi u okviru istog člana, istovrsna sintagma – „rješenje o zasnivanju usvojenja“, neobaveznost probnog smještaja koji se ne pominje među zakonskim uslovima, idu u prilog zaključku da se usvojenje može zasnovati i prije nego što počne probni smještaj, ma koliko to nevjerojatno zvučalo.⁴⁴ Do istog zaključka dolazimo i pogledamo li naredni član zakona i odredbu koja neposredno slijedi poslije odredbe o mogućnosti određivanja probnog smještaja. Naime, u njoj se pominje „rješenje o zasnivanju nepotpunog usvojenja“ koje treba da sadrži sporazum o prezimenu usvojenika i o nasljednim pravima usvojenika prema usvojiocu, što opet može ukazati na stav da se pod sintagmom „rješenje o zasnivanju usvojenja“ misli na zasnovano usvojenje. Ova odredba sadržana je u istom članu sa odredbom prema kojoj „ukoliko se u roku određenom u rješenju o probnom smještaju, nadzirani probni smještaj pokaže uspješnim s aspekta međusobne adaptacije usvojioca i usvojenika, organ starateljstva će potvrditi rješenje o usvojenju“. Odnos prvog i drugog stava istog člana, kao i riječi „potvrditi rješenje o usvojenju“ (izrično se govori o potvrđivanju rješenja o usvojenju, a ne o potvrđivanju rješenja o probnom smještaju), u duhu su pomenutog tumačenja.

42 Riječi „može da“ navodimo zbog mnoštva postojećih vidova primjene zakonskog rješenja u pravu Republike Srpske čiji je jedini zajednički imenilac – pravna nesigurnost! O svakom od ovih načina imamo negativan vrijednosti sud, ali nismo u prilici da se ovom prilikom o tome detaljno izjašnjavamo.

43 Vid. Stjepanović, str. 265. – „U pokušaju da iznademo smisao zakonskog rješenja propisanog u Porodičnom zakonu Republike Srpske razmatrali smo probni smještaj kao raskidni uslov, konstrukciju ne baš najlogičniju, ali zamislivu. Da je probni smještaj predviđen kao raskidni uslov bilo bi potrebno da u zakonu bude propisano šta u se događa u slučaju da se u probnom smještaju pokaže da ne postoji posebna adoptivna sposobnost usvojioca i/ili deteta. S obzirom da to nije propisano, zaključujemo da je u zakonodavstvu Republike Srpske očigledno načinjena omaška u regulisanju ovog instituta.“

44 U Uputstvu o postupku usvojenja djece (*Službeni glasnik R. Srpske*, br. 27/04), nigdje se ne pominje ni probni smještaj, ni rješenje o probnom smještaju, samo rješenje o zasnovanom usvojenju.

Ono što može ukazivati na suprotan zaključak jeste, na jednom mjestu, pominjanje „rješenja o probnom smještaju“, koje bi moglo predstavljati posebno rješenje koje prethodi rješenju o zasnivanju usvojenja. Takođe, i ciljno tumačenje moglo bi ići u tom smjeru kada bismo bili sigurni šta je zakonopisac želio postići, što bi možda moglo da se nasluti iz naziva instituta – „probni“ smještaj.

Bilo kako bilo, ovakvo protivrječno i neprecizno zakonsko rješenje dovelo je do potpuno neujednačene pravne prakse. Nakon razgovora sa pojedinim radnicima centara za socijalni rad i uvida u određene spise,⁴⁵ saznali smo da su oni u mnogim slučajevima ipak prvo donosili rješenje o probnom smještaju. U takvim rješenjima nerijetko je navođeno da su „pravosnažna danom donošenja jer su se učesnici u postupku odrekli prava na žalbu“, odnosno da su „konačna jer je stranka izjavila da neće izjavljivati žalbu“.⁴⁶ Ako bi se smještaj pokazao uspješnim, obično bi centri donosili novo rješenje kojim bi „zasnivali“ ili „potvrđivali“ usvojenje. Međutim, neki centri, nakon uspješno okončanog probnog smještaja, pozivali bi usvojioce da „pristupe činu usvojenja“ pa bi na ročištu zapisnički konstatovali da je toga dana „zaključeno usvojenje“ i na osnovu „zapisnika o zasnovanom usvojenju“ donosili bi rješenje kojim bi „nalagali matičaru da izvrši upis usvojenja djeteta“ sa novim podacima o imenu i prezimenu djeteta i usvojiocima, uz „poništenje ranijeg upisa“. I ova rješenja sticala su svojstvo konačnosti i pravosnažnosti na različite načine. Ponekada, centri su donosili rješenja o zasnivanju usvojenja bez određivanja probnog smještaja, a koliko smo mogli da saznamo bilo je i onih koji su se držali slova zakona i donosili „rješenje o zasnivanju usvojenja“ u kome bi određivali probni smještaj, nakon čega bi prvodoneseno rješenje naknadno potvrđivali.

Kada smo pitali radnike centara za socijalni rad šta je bio razlog da postupaju na ovako različite načine, odgovor je bio manje-više sličan. Parafraziramo: Nastojali smo da napravimo što je moguće manju štetu. Mislimo da je mnogo štetnije dati dijete na usvajanje bez probnog smještaja nego na bilo koji način odrediti adaptacioni period pa provjeriti međusobnu podobnost usvojenika i usvojilaca.

Zbog prirode i obima rada, ne možemo se izjašnjavati o svim pomenutim načinima zasnivanja usvojenja u pravnoj praksi, a imali bismo štošta reći. Osvrnućemo se samo na mogućnost da su, ili da će, neki centri za socijalni rad donijeti „rješenje o zasnivanju usvojenja“ u kome su, ili će, odrediti „probni smještaj“, da bi nakon toga potvrdili to rješenje.

Ukoliko je neko usvojenje nastalo na ovakav način, ili će biti zasnovano, interesi bilo kog lica koje učestvuje u postupku za zasnivanje usvojenja izuzetno

⁴⁵ Ovom prilikom ispunjavamo obećanje dato tim radnicima da ćemo sačuvati potpunu anonimnost u pogledu njih lično, ustanova u kojima su zaposleni i predmeta u koje smo kao naučni radnici imali uvid.

⁴⁶ O nezakonitosti ovakvog postupanja, već je pisano. Vid. Čeranić, D., *Appeal Against Adoption Decree in the Legislation of Serbia and the Legislation of Republic of Srpska*, Collection of papers “Legal, Social and Political Control in National, International and EU Law“, Faculty of Law – Medivest, Niš, 2016, str. 547–564. Samo ćemo podsjetiti da je tek Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik R. Srpske*, br. 66/2018, predviđena mogućnost odricanja od prava na žalbu. – Član 212a: „Stranka se može odreći prava na žalbu u pisanom obliku ili usmeno na zapisnik od dana prijema prvostepenog rješenja do dana isteka roka za izjavljivanje žalbe. Odricanje prava na žalbu u višestranačkim stvarima ima pravno dejstvo samo ako se sve stranke odreknu prava na žalbu. Odricanje od prava na žalbu ne može se opozvati, o čemu organ neće donositi poseban akt.“

su ugroženi. Između ostalog, postavlja se pitanje šta je sa roditeljskim pravom usvojenikovih prirodnih roditelja odnosno sa roditeljskim pravom usvojioca kod ovakvih rješenja o zasnivanju usvojenja. Da li roditeljsko pravo prirodnih roditelja prestaje, ili miruje dok je uspostavljeno uslovno roditeljsko pravo usvojioca, tj. šta se dešava sa roditeljskim pravom u slučaju uspješnog odnosno neuspješnog probnog smještaja?! Ovo pitanje nije samo pravno-teorijskog karaktera nego i pravno-tehničkog. Postojećim zakonskim rješenjem uspostavljen je nejasan odnos između dejstava prvog rješenja o zasnivanju usvojenja uz probni smještaj sa dejstvom drugog rješenja kojim se potvrđuje odnosno „opoziva“ prvo rješenje.⁴⁷

Razloge za ovakvo neprecizno zakonsko uređenje treba tražiti u istorijatu ove ustanove u domaćem pravu. Iako probni smještaj nije bio predviđen u Porodičnom zakonu SR BiH,⁴⁸ bio je primjenjivan u pravnoj praksi. Naime, centri za socijalni rad nerijetko su upražnjavali ovu radnju u toku pripremnog postupka za zasnivanje usvojenja, a sam institut je hvaljen u pravnoj književnosti.⁴⁹ S obzirom na ovakvo stanje, zakonopisac u Republici Srpskoj vjerovatno je želio da ovu praksu na neki način ozakoni. Međutim, po svemu sudeći, nije to uradio na valjan način. Čini nam se da bi bilo bolje da su i u ovom dijelu prepisane manjkave odredbe iz Porodičnog zakona SR BiH, što je uostalom učinjeno i sa većinom zakonskog teksta, nego što je napravljen „pokušaj normiranja“ probnog smještaja.⁵⁰ Ne možemo da se otmemo utisku da su za izuzetno neprecizne norme o zasnivanju usvojenja sadržane kako u Porodičnom zakonu SR BiH, tako i Porodičnom zakonu Republike Srpske, krivi zakonopisci koji nisu dosljedno sproveli prelazak sa ranijeg sistema ugovora na sistem dekreta kod zasnivanja usvojenja,⁵¹ kao i prilično štetan proces „dejurizacije porodičnog prava“.⁵²

Da bi se otklonila ovakva neprecizna zakonska rješenja, u okviru Radne grupe za izradu Nacrta porodičnog zakona Republike Srpske predložili smo da se ustanova probnog smještaja odredi kao jedna od obaveznih radnji u pripremnom postupku

47 Vid. Račić, R., *Postupak za zasnivanje usvojenja*, Novine u porodičnom zakonodavstvu, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2006, str. 128.

48 Porodični zakon, *Službeni list SR BiH*, br. 21/79 i 44/89.

49 Vid. Alinčić, M., Bakarić-Mihanović, A., *Porodično pravo*, Zagreb, 1980, str. 238.

50 Na pojednostavljenje i racionalizaciju postupka za zasnivanje usvojenja u pravima u Bosni i Hercegovini skretana je pažnja i u Zaključnim primjedbama Komiteta UN o pravima djeteta iz oktobra 2012. godine na Kombinovani drugi, treći i četvrti periodični izvještaj BiH o primjeni Konvencije o pravima djeteta. Vid. Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Committee considered the consolidated second, third and fourth periodic report of Bosnia and Herzegovina*, https://archive.crin.org/en/docs/CRC-C-BIH-CO-2-4_en.pdf, E/50/(a).

51 O ovome više vid. Čeranić, D., *Sistem ugovora i sistem dekreta u postupku za zasnivanje usvojenja*, Zbornik radova sa Naučnog skupa sa međunarodnim učešćem Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2013, str. 211–223.

52 U pravnoj teoriji usvojenje je označavano kao socio-juristički proces u kome pravni i elementi socijalnog rada imaju podjednaku važnost. Umjesto svih, vid. Đuretić, N., *Usvojenje – teorija i zakonodavna praksa*, August Cesarec, Zagreb, 1982, str. 114. Međutim, često se dešavalo da se u tzv. socijalizaciji prava, išlo toliko daleko da su pojedini autori ovaj fenomen označavali kao dejurizaciju prava, što samo po sebi predstavlja *contradictio in adjecto*.

koja prethodi donošenju rješenja o zasnivanju usvojenja, što je i prihvaćeno. Nadamo se da će ovo rješenje biti konačno potvrđeno u zakonodavnom postupku. Ipak, dok se ne usvoji novi porodični zakon, moramo skrenuti pažnju na nekoliko nedoumica koje mogu nastati kao posljedica postojećeg uređenja probnog smještaja u pravu Republike Srpske. Tu prije svega mislimo na pitanje od kada postoji nasljednopravna veza između usvojioca i usvojenika, kao i od kada postoji pravo i dužnost prelaska djeteta u dom usvojlaca.

2.1. Probni smještaj u postupku za zasnivanje usvojenja u pravu Republike Srpske i nasljednopravna djetva

Šta je sa zakonskim pravom nasljeđivanja između usvojenika i usvojioca dok traje probni smještaj određen „rješenjem o zasnivanju usvojenja“ kao jednim od „načina zasnivanja usvojenja“ u pravu Republike Srpske. Od kada postoji nasljednopravna veza između ovih lica, odnosno šta je sa međusobnim pravom nasljeđivanja ako usvojlac ili usvojenik umru u toku trajanja takvog probnog smještaja, osnovna su pitanja koja nas zanimaju. Još jednom naglašavamo, ovdje govorimo isključivo o slučajevima kada je doneseno „rješenje o zasnivanju usvojenja“ u kome je određen probni smještaj a koje naknadno treba da bude potvrđeno.

Odgovor na ovo pitanje treba tražiti na polju osnova pozivanja na nasljeđe. S obzirom na to da je jedna od pravnih činjenica na kojima počiva sistem zakonskog nasljeđivanja u našem pravu i građansko srodstvo, ukoliko ono postoji u trenutku smrti ostavioca, onda će se lica iz adoptivnog odnosa moći međusobno nasljeđivati. I pored svih nepreciznosti u Porodičnom zakonu, čini nam se da možemo tvrditi da usvojenje, a samim tim i građansko srodstvo po tom usvojenju, u pravu Republike Srpske, kao i nekadašnjem pravu SR BiH, nastaje odnosno nastajalo je trenutkom sticanja svojstva pravnosnažnosti rješenja o zasnivanju usvojenju.⁵³

Na ovakav zaključak, između ostalog, upućuju načelo zakonitosti⁵⁴ i načelo pravne sigurnosti kao neka od osnovnih načela na kojima počiva upravni postupak i pravni poredak u cjelini. Pošto je pravo na žalbu u pravu Republike Srpske veoma sporno zbog nepostojanja roka za izjavljivanje ovog pravnog lijeka na rješenje o zasnivanju usvojenja,⁵⁵ bilo kakav drugi zaključak sem da usvojenje nastaje trenutkom pravnosnažnosti dovođio bi do neizvjesnosti u pravnim odnosima između usvojioca i usvojenika. Ovakav stav potkrepljuje i načelo materijalne istine koje se ogleda u zahtjevu da se u upravnom postupku (za razliku od parničnog postupka u kome je nakon zakonskih reformi ovo načelo izgubilo značaj), ustanovi objektivna,

53 Pravnosnažno je ono rješenje protiv koga se ne može izjaviti žalba, niti pokrenuti upravni spor. Vid. Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP RS, *Službeni glasnik R. Srpske*, br. 13/02, 87/07 – ispr., 50/10 i 66/18, čl. 13.

54 Neki autori, govoreći o načelu zakonitosti, naglašavaju kako ovo načelo zajedno sa načelom ustavnosti izražava ideju vladavine prava u društvu – podvrgavanje svih pojedinaca, organa, i organizacija pravnim normama. Vid. Tomić, Z., Bačić, V., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni list, Beograd, 1988, str. 51.

55 O nesvakidašnjem zakonskom rješenju u pravu Republike Srpske u vezi sa rokom i razlozima za izjavljivanje žalbe na rješenje o zasnivanju usvojenja, vid. Čeranić, 2016, str. 547–564.

stvarna istina – pravo stanje stvari, kako se to u pravnoj književnosti ističe.⁵⁶ Priroda odnosa koji se uspostavlja rješenjem o zasnivanju usvojenja, takođe ukazuje na ovo. Načelna nepromjenljivost koju stiče pravnosnažno rješenje jamči učesnicima u postupku usvojenja da su njihovi odnosi koji se uspostavljaju pravnim, a ne prirodnim putem, u potpunosti riješeni.

Pošto usvojenje nastaje trenutkom pravnosnažnosti „rješenja o zasnivanju usvojenja“, postavlja se pitanje dejstva probnog smještaja koje je određeno takvim rješenjem. Ako je doneseno pravnosnažno „rješenje o zasnivanju usvojenja“, i to je izričito navedeno u njemu, svejedno što je njime određen probni smještaj, usvojenik i usvojilac su trenutkom pravnosnažnosti takvog prvog rješenja već postali građanski srodnici. To nam ukazuje i na to da između njih postoji pravo zakonskog nasljeđivanja koje počiva na pravnoj činjenici građanskog srodstva. U slučaju da neko od ovih lica za vrijeme trajanja probnog smještaja umre, između njih će postojati zakonsko nasljedno pravo. Da ne bi bilo zabune, još jednom naglašavamo da je ovdje riječ samo o „probnom“ smještaju koji postoji u pravu Republike Srpske, a koji može da se ustanovi rješenjem o zasnivanju usvojenja i može da slijedi nakon usvojenja, a ne prethodi mu kako je to u svim ostalim proučavanim pravima.

Pošto je usvojenje u trenutku zasnivanja ispunjavalo sve zakonom propisane uslove,⁵⁷ ne može biti riječi o naknadnom „poništenju“ usvojenja ako bi se smještaj pokazao neuspješnim.⁵⁸ Eventualna kasnija odluka o prestanku usvojenja ne može imati retroaktivno dejstvo. Institut probnog smještaja i odluka o njegovoj uspješnosti u pravu Republike Srpske mogu imati smisla samo u djelovanju *pro futuro*, a nikako retroaktivno. Svejedno da li je neko od lica iz usvojeničkog odnosa umrlo ili nije u toku probnog smještaja, eventualna odluka o neuspješnosti probnog smještaja može djelovati samo *ex nunc*. To znači, da pravnosnažnošću odluke o ukidanju ranijeg rješenja o zasnivanju usvojenja zbog neuspjelog probnog smještaja usvojenje prestaje za ubuduće. Isto tako, to znači da je u jednom periodu usvojenje postojalo i proizvodilo sva pravna dejstva, pa tako i nasljednopravna dejstva.⁵⁹

Bilo kako bilo, mislimo da bi što prije trebalo promijeniti pravila o probnom smještaju u pravu Republike Srpske i uskladiti ih sa opšteprihvaćenom svrhom ovog instituta. U tom slučaju, ne bi bilo potrebe da se postavlja pitanje o nasljednopravnom značaju smrti nekog od lica kod probnog smještaja, jer usvojenje u tim trenucima ne bi ni bilo zasnovano, pa ne bi postojalo ni građansko srodstvo.

56 O načelu materijalne istine i njegovom značaju po upravni postupak, više vid. Tomić, Bačić, str. 57–58.

57 Što je izričito zakonom određeno, jer u suprotnom organ starateljstva ne bi mogao donijeti rješenje o zasnivanju usvojenja.

58 Neki autori opravdano kritikuju zakonska rješenja u pogledu probnog smještaja u pravu Republike Srpske, između ostalog, ističući kako zakonodavac nije ništa izričito predvidio šta će biti sa rješenjem o zasnivanju usvojenja ako se smještaj pokaže neuspješnim. Vid. Račić, str. 128.

59 Ukidanjem rješenja ne poništavaju se pravne posljedice koje je rješenje već proizvelo, ali se onemogućava dalje proizvođenje pravnih posljedica tog rješenja. Vid. ZUP RS, čl. 254, st. 2.

2.2. Prelazak djeteta u dom usvojlaca i probni smještaj

Budući da je moguće da se prema Porodičnom zakonu Republike Srpske „probni smještaj“ djeteta sprovodi nakon zasnivanja usvojenja, jedno od dejstava uspješno zasnovanog usvojenja u ovom pravu jeste i predaja djeteta usvojiocu, iako se ono već trebalo nalaziti u njegovoj porodici da je institut probnog smještaja normiran u skladu sa njegovim opšteprihvaćenim ciljem.⁶⁰ To znači, da u skladu sa ovim porodičnopravnim propisom jedna od radnji koju treba preduzeti nakon zasnivanja usvojenja može biti i prelazak djeteta u dom usvojioca.

Postavlja se pitanje od kada usvojlac ima pravo da zahtijeva da usvojeno dijete pređe kod njega u porodicu. Odgovor na ovo pitanje tiče se izvršnosti rješenja o zasnivanju usvojenja, pošto od tada taj upravni akt može biti faktički izvršen.⁶¹ Osim najočitije radnje izvršenja – uzimanja djeteta na roditeljsku brigu i staranje, nakon izvršnosti rješenja o zasnivanju usvojenja preduzimaju se i radnje upisa u matičnu evidenciju, evidenciju o usvojenoj djeci, prijavljivanje na zdravstveno osiguranje, eventualno otvaranje štedne knjižice na ime djeteta od strane usvojioca kao njegovog zakonskog zastupnika itd. Za preduzimanje svih ovih radnji odlučan je trenutak nastupanja svojstva izvršnosti rješenja o zasnivanju usvojenja.

Po opštim pravilima upravne procedure, zbog odgovnog dejstva žalbe, do izvršenja dolazi poslije odlučivanja po žalbi, odnosno poslije proteka roka za žalbu, a prije eventualnog raspravljanja po tužbi u upravnom sporu, i raspravljanja po vanrednim pravnim sredstvima.⁶² Međutim, pitanje je da li se ovo pravilo odnosi i na akt o zasnivanju usvojenja u pravu Republike Srpske. S obzirom na to da je izvršnost sekundarne, odnosno akcesorne prirode,⁶³ ona umnogome zavisi od izričitih zakonskih normi u posebnim upravnim postupcima zbog prirode upravne stvari povodom koje je donesen upravni akt. Zato, odgovor na pitanje kada je rješenje o zasnivanju usvojenja izvršno treba tražiti u izričitim odredbama Porodičnog zakona.

Kako Porodičnim zakonom Republike Srpske nije izrično predviđeno da žalba na rješenje o zasnivanju usvojenja nema odgodno dejstvo, niti je njime uskraćena mogućnost žalbe, jasno je da izvršnost ne nastupa prije konačnosti. Međutim, da li onda izvršnost nastupa kad i konačnost, što je uobičajeno u upravnom postupku?⁶⁴

60 U engleskom pravu izričito je regulisano pravo roditelja, kao i staralaca, te ostalih lica kod kojih je dijete bilo smješteno prije upućivanja na probni smještaj da zahtijevaju vraćanje djeteta sa probnog smještaja, čime biva onemogućeno zasnivanje usvojenja. Praktično, upućivanje ovakvog zahtjeva znači odbijanje davanja saglasnosti sa usvojenjem u datom slučaju. Vid. Hayes, M., Williams, C., *Family Law, Principles, Policy & Practice*, Butterwoths, London–Dublin–Edinburgh 1995, str. 276–282.

61 Izvršnost kao procesno svojstvo upravnog akta znači da ne postoje smetnje u pogledu njegove realizacije. Kako to neki pravni teoretičari napominju, izvršenje upravnog akta predstavlja fazu oživotvorenja sadržine odluke nekog organa kojom se odlučuje u konkretnoj upravnoj stvari. Vid. Kunić, P., *Upravno pravo, Opšti i posebni dio*, Banja Luka, 2001, str. 378.

62 Vid. Rađenović, M., *Pravo opšteg upravnog postupka*, Banja Luka, 2005, str. 178; ZUP RS, čl. 255.

63 Vid. Šikić, M., *Pravomoćnost, konačnost i izvršnost u upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2012, str. 213.

64 Pojedini pravni teoretičari navode da se „izvršnost često poklapa sa pravnosnažnošću, jer ona nastupa trenutkom pravnosnažnosti“. – Vid. Marković, P., *Upravno pravo*, Beograd, 2002, str. 315. Ipak, čini nam se da je pravilnije kazati da se izvršnost uglavnom poklapa sa konačnosti, a da izuzetno, rjeđe, nastupa kada i pravnosnažnost.

Uvažavajući činjenicu da izuzetak od opšteg pravila mora biti predviđen posebnim propisom kojim se uređuje određena upravna stvar, čini nam se da se u Porodičnom zakonu Republike Srpske trenutak sticanja svojstva izvršnosti i trenutak sticanja svojstva pravnosnažnosti podudaraju. To znači, da je akt o zasnivanju usvojenja izvršan kada ga više nije moguće napadati ni žalbom u upravnom postupku, ni tužbom u upravnom sporu.

Razloge za ovakav stav pronalazimo u zakonskoj odredbi po kojoj je organ starateljstva dužan da rješenje o zasnivanju usvojenja u roku od 15 dana od dana pravnosnažnosti dostavi nadležnom matičaru radi upisa u matičnu knjigu rođenih.⁶⁵ Ovo pravilo je dodatno potvrđeno u Uputstvu o vođenju evidencije i dokumentacije o usvojenoj djeci u kome je rečeno da se podaci u knjigu evidencije usvojenja upisuju odmah nakon što rješenje o usvojenju, odnosno prestanku usvojenja postane pravnosnažno.⁶⁶ S obzirom na to da evidenciju o usvojenoj djeci vodi organ starateljstva pred kojim je sproveden adoptivni postupak, jasno je da taj organ odmah nakon sticanja svojstva izvršnosti upravnog akta o usvojenju, mora taj akt evidentirati. Prva radnja izvršenja u vezi sa upravnim aktom koji je stekao mogućnost da se faktički izvrši jeste njegovo evidentiranje. Nakon upisa u evidenciju o usvojenju, nadležni organ je dužan dostaviti izvršno rješenje i ostalim organima koji vode službenu evidenciju.

Povodom mogućih izmjena zakonskih rješenja u pravu Republike Srpske u vezi sa svojstvom izvršnosti rješenja o zasnivanju usvojenja, čini nam se da bi se moglo ponešto učiniti. Osim što bi obavezno trebalo promijeniti pravila o „probnoj smještaju“, i usaglasiti ih sa opšteprihvaćenom svrhom ove pravne ustanove, pa samim tim i izvršnost rješenja razgraničiti od radnji predaje djeteta usvojiocima na probni smještaj, i vezati je za ostale radnje izvršenja (npr., upis u evidenciju, zdravstveno osiguranje, upis u školu i sl.), trebalo bi jasno naglasiti od kada nastupa izvršnost. Priroda odnosa koji nastaju zasnivanjem usvojenja ukazuje nam na to, da bi najbolje bilo kada bi rješenje o zasnivanju usvojenja postajalo izvršno od trenutka pravnosnažnosti, a ne od trenutka konačnosti. Stoga, predložili smo, što je i uvaženo na Radnoj grupi za izradu Nacrta porodičnog zakona Republike Srpske, da bude izričito normirano da je usvojenje zasnovano kada rješenje o zasnivanju usvojenja postane pravnosnažno, ujedno da je od tada i izvršno.

3. Zaključak

Pravo na roditeljstvo može se ostvariti na više načina, jedan od njih je i usvojenje djeteta. Kod prirodnog roditeljstva, otac i majka ne traže ničiju saglasnost, kod usvojenja pita se upravna ili sudska vlast. Prije konačne ili pravnosnažne odluke o zasnivanju usvojenja, u mnogim savremenim zakonodavstvima predviđen je probni smještaj djeteta u usvojilačku porodicu.

65 Vid. PZ RS, čl. 168.

66 Vid. Uputstvo o vođenju evidencije i dokumentacije o usvojenoj djeci, *Službeni glasnik R. Srpske*, br. 27/04, tač. 6.

Čini nam se da je propisivanje obaveznosti ovakvog smještaja u skladu sa najboljim interesom djeteta. Mnogo je manji eksperiment povjeriti dijete mogućim usvojiocima na probni smještaj uz nadzor nadležnog organa, pa potom odlučiti o usvojenju, nego eksperimentisati bez provjere, pa „na riječ“ – usvojlaca, roditelja, staraoca, djeteta, domaćih i inostranih organa, ustanova i organizacija – dati dijete na usvojenje. Opštu podobnost usvojenika i usvojlaca moguće je utvrditi na osnovu iskaza i isprava, ali odnos djeteta i lica koja ga žele usvojiti poseban je i vidljiv samo u stvarnosti. Djetetu bez odgovarajućeg roditeljskog staranja treba pružiti priliku da stasava u porodičnom okruženju koje će omogućiti skladan razvoj njegove ličnosti, a to je moguće samo uz dovoljno sreće, ljubavi i razumijevanja. Nismo sigurni da se javnim i privatnim ispravama, iskazima ovim i onim, ovo može dokazivati. Etimologija riječi sreća u glagolu je sresti. Tek u sretanju mogućih usvojlaca i usvojenika nadležni organ može naslutiti sreću djeteta koje se usvaja.

Da bi sreća bila trajna, susret treba biti primjeren. Do šest mjeseci čini nam se dovoljnim, a može i kraće, primjera radi, ako su postojali raniji susreti koji ukazuju na trajnost. O tome neka odlučuje nadležni organ u svakom pojedinačnom slučaju, vodeći računa o interesima djeteta.

Odvođenje djeteta na prvi, nenadzirani ali trajni susret u inostranstvo, po mnogo čemu sporno je zakonsko rješenje. Državljanstvo opstaje kao osnov za propisivanje većih prava za domaće državljane, i u tome diskriminaciju ne vide ni najiskreniji pa ni najplaćeniji borci za ljudska prava, stoga griješe zakonopisci koji strancima dozvoljavaju da usvoje dijete bez obaveze sprovođenja probnog smještaja, istovremeno domaćima to ne dozvoljavajući. Nemili događaji iz skorije prošlosti opominju na oprez kod usvojenja sa elementom inostranosti.

O umijeću pisaca novog porodičnog zakona Republike Srpske tek će se pisati. Najavili smo neka od predloženih rješenja – da budu osporena ako treba, prije usvajanja. Ono što smo u vezi sa predmetom istraživanja zamjerali starijima u zakonotvoračkom poslu, obrazložili smo. Rukovodeći se mišlju da je etimologija temelj lingvistike, zaključili smo da je probni smještaj nedvosmisleno trebalo normirati kao probni, a ne kao kontrolni. Da nije postojećih protivrječnosti i nepreciznosti u normiranju, u Republici Srpskoj ne bi bile sporne nasljednopravne i porodičnopravne posljedice zasnivanja probnog smještaja. Dok se ne izmijene ova, u najmanju ruku neprecizna zakonska rješenja, zaključujemo da su usvojenik i usvojioci saobitelnici sa međusobnim pravima i dužnostima od trenutka pravnosnažnosti rješenja o zasnivanju usvojenja. Sa pravnosnažnošću podudara se i izvršnost odluke o usvojenju. Da ne bi bilo nedoumica, predložili smo kako da se to uredi novim porodičnim zakonom.

Dimitrije Čeranić, LL.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of East Sarajevo

PROBATIONARY PERIOD IN ADOPTION PROCEDURE

Summary: In the paper, the author talks about probationary period as one of the stages in the adoption process. The purpose of the probationary period is to enable a reasonable estimate to be made by the competent authority as to their future relations if the adoption were granted. Although many laws provide for the trial placement of an adopted child in the adoptive family, the legal solutions differ greatly. The author of *de lege lata* and *de lege ferenda* analyzes the legislation of the countries created on the territory of the former Yugoslavia, especially referring to the legislation of the Republic of Srpska. Mandatory probationary placement, the moment of its occurrence and duration, as well as family law and inheritance law consequences are the subject of research in this paper. The author used comparative law, historical law, normative and sociological methods.

Key words: Probationary period; Adoption procedure; Adoptee; Adopter.

SOCIJALNOPRAVNA ZAŠTITA PORODICE S DJECOM

Sažetak: Socijalna prava i mogućnost njihovog ostvarivanja, posebno u zaštiti vulnerabilnih društvenih skupina, kojima je za obezbjeđenje egzistencije, sukladno njihovom ljudskom dostojanstvu, neophodna društvena pomoć, zavise od finansijske i ekonomske moći određenog društva. Svjesnost o tome, u manjoj ili većoj mjeri, prisutna je i u različitim međunarodnim dokumentima gdje se obaveznost primjene ovih prava nalaže, na primjer, kod obezbjeđenja odgovarajuće pomoći u stvaranju potrebnih uslova za zdrav i pravilan razvoj djeteta u porodici. Ovakav pristup, uz nastojanja da se socijalno pravnim/zaštitnim mjerama, posebno kroz materijalnu podršku porodici s djecom, prema raspoloživim mogućnostima, obuhvate djeca i nezaposlene žene/porodilje, prevladava u socijalnom zakonodavstvu Federacije Bosne i Hercegovine. Stoga je u ovom radu, s ciljem sagledavanja mogućnosti i stvarnog stanja, prezentirana uporedno pravna analiza odgovarajućih odredaba Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom Federacije Bosne i Hercegovine, koji je utvrdio devet različitih prava u zaštiti porodice s djecom, i Zakona o materijalnoj podršci porodice s djecom u Federaciji Bosne i Hercegovine, koji normira samo dva obavezujuća prava: dječji dodatak i novčanu pomoć nezaposlenoj porodilji. Isti zakon normira da druga dodatna prava u podršci porodicama s djecom, uključujući prava propisana ranijim zakonom, i dalje ostaju u nadležnosti kantona. Navedeno normiranje, odnosno podjela prava na materijalnu podršku porodicama s djecom na dva obavezujuća prava i „druga dodatna prava“, koja utvrđuju kantoni zavisno od njihovih materijalnih mogućnosti, vjerovatno će u praksi, uz određene prednosti u odnosu na raniji zakonski okvir, i dalje imati za posljedicu diskriminaciju korisnika, posebno temeljem mjesta življenja i različitih nivoa podrške.

Ključne riječi: socijalna prava, međunarodni dokumenti, materijalna podrška porodici s djecom, ekonomske mogućnosti, diskriminacija.

1. Uvod

Stvoriti neophodne pretpostavke i jednake mogućnosti korištenja socijalnih prava svoj djeci bez obzira na ekonomski status njihovih porodica, danas je ključni cilj socijalnopravne zaštite porodice s djecom u demokratskim i razvijenim državama širom svijeta. Ovakav pristup sadržan je u više međunarodnih dokumenata među kojima je i UN Konvencija o pravima djeteta (dalje: KPD)¹, koja u svojim odredbama ističe da svako dijete ima pravo na korištenje socijalne zaštite, uključujući socijalno

1 UN Konvencija o pravima djeteta, „Sl. list Republike BiH“, br. 25/93.

osiguranje, uz obavezu države na preduzimanje potrebnih mjera za postizanje punog ostvarivanja ovog prava, sukladno nacionalnom zakonu (čl. 26. st. 1). S tim u vezi, ukoliko navedene odredbe uporedimo s odgovarajućim odredbama zakonodavstva iz oblasti socijalne zaštite u Federaciji Bosne i Hercegovine (dalje: FBiH),² gdje je socijalna zaštita, odnosno zaštita porodice s djecom, utvrđena u okviru deset kantonalnih zakona čije su odredbe u većini usklađene s odredbama okvirnog Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom FBiH (dalje: Federalni zakon o socijalnoj zaštiti),³ onda je jasno da realizacija svih socijalnih prava zavisi od ekonomskih mogućnosti kantona. Navedeno stanje, pored diskriminacije u odnosu na mjesto življenja, u smislu da jedan kanton osigurava materijalnu podršku porodici s djecom, a drugi ne, ima za posljedicu pojavu formalnih i stvarnih migracija čitavih porodica putem faktičkog preseljenja ili fiktivnog prijavljivanja iz kantona koji ne isplaćuje socijalne naknade u kanton ili drugu, najčešće susjednu, zemlju gdje se te naknade isplaćuju, što se povratno, u manjoj ili većoj mjeri, negativno odražava posebno na ukupnu ekonomsku moć ovih kantona. Drugim riječima, kantoni koji ne realiziraju zakonom utvrđena prava iz oblasti socijalne zaštite, odnosno porodice s djecom, izlažu se riziku još većeg gubitka ekonomske moći zbog kontinuiranog odlaska mladih, odnosno radne snage. U sličnoj situaciji su i kantoni koji poštuju zakonske odredbe i isplaćuju odgovarajuće naknade porodicama s djecom, budući da su zbog stalnog priliva novih korisnika iz drugih kantona također izloženi riziku slabljenja svojih ekonomskih mogućnosti, što opet može dovesti do potrebe neophodnosti izmjena odgovarajućih odredaba kantonalnog zakonodavstva u smislu smanjenja određenih naknada porodicama s djecom.⁴ Navedeno, tim prije što su odredbama kako Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti tako i kantonalnih zakona, na što upućuju njihovi nazivi, obuhvaćena različita socijalna prava za tri odvojene skupine: korisnici socijalne zaštite, civilne žrtve rata i porodice s djecom. Stoga je provođenje utvrđenih odredaba u svakom od postojećih jedanaest zakona iz oblasti socijalne zaštite na području FBiH veoma otežano i gotovo nemoguće za praćenje, pri čemu o socijalnim nejednakostima među različitim i inače socijalno ugroženim skupinama stanovništva, kao i o nepoštivanju brojnih međunarodnih dokumenata koje je BiH potpisala i ratificirala, ne treba ni govoriti. Svjesnost nadležnih vlasti o, samo djelomično, pobrojanim problemima, ne zanemarujući pri tome i neophodnost usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa zakonodavstvom Europske Unije (dalje: EU), najvjerojatnije je imala bitnog uticaja za poduzimanje odgovarajućih aktivnosti na izmjenama i usklađivanju

2 Država BiH je sastavljena od dva entiteta i distrikta: Federacija BiH, Republika Srpska i Brčko Distrikt BiH. Ovakvo državno uređenje ima za posljedicu nepostojanje nacionalnog zakonodavstva iz oblasti socijalne zaštite na državnom nivou. Navedeno stanje dodatno komplicira uređenje Federacije BiH, koja je sastavljena od 10 kantona, pri čemu je prema Ustavu FBiH, socijalna politika FBiH u zajedničkoj nadležnosti FBiH i kantona, a njeno provođenje isključivo u nadležnosti kantona (v. Poglavlje III, čl. 2., 3. i 4. Ustava FBiH).

3 Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom FBiH, „Službene novine FBiH”, br. 36/99, 54/04, 39/06, 14/09, 45/16 i 40/18.

4 Federalno ministarstvo rada i socijalne politike, *Javna politika o zaštiti obitelji s djecom u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2017, str. 41. Dostupno na: <http://eservisiappi.fbih.gov.ba/Content/files/12e82422-314c-49b6-932d-b88ce1670709.pdf>, datum pristupa: 18.09.2022. godine.

pravnog okvira u oblasti socijalne zaštite, posebno u dijelu zaštite porodice s djecom u FBiH. S tim u vezi, sukladno odredbama Uredbe o načinu pripreme, procjeni uticaja i odabiru politike izrade akata koje predlažu i donose Vlada Federacije Bosne i Hercegovine i federalna ministarstva (2011),⁵ u decembru 2014. godine nadležno ministarstvo je počelo sa izradom ključnog dokumenta: Javna politika o zaštiti porodice s djecom u FBiH (dalje: Javna politika), koja je usvojen u decembru 2017. godine.⁶ Konačan tekst Zakona o materijalnoj podršci porodicama s djecom u Federaciji Bosne i Hercegovine (dalje: ZMPPD), nakon provođenja neophodnih procedura za njegovo usvojenje, stupio je na snagu u julu 2022. godine.⁷ Budući da Javna politika sadrži dva cilja: eliminiranje tzv. teritorijalnih oblika diskriminacije i ublažavanje posljedica siromaštva posebno djece, prema Obrazloženju prijedloga ZMPPD u njemu se obezbjeđuje osnova za punu implementaciju ovih ciljeva, s tim da: „Predložena rješenja u Zakonu se zasnivaju na preferentnim opcijama, uzimajući u obzir ustavom definisane nadležnosti svih nivoa vlasti.“⁸ Uz navedeno, ovdje posebno ističemo da je nadležnim vlastima bilo potrebno više od jedne decenije različitih priprema, procjena, analiza i sl., da ZMPPD ugleda svjetlost dana.

2. Međunarodni dokumenti

Većina međunarodnih dokumenata, koji u manjoj ili većoj mjeri sadrže odredbe o ekonomskim i socijalnim pravima, ističe obavezu država potpisnica da te odredbe implementiraju u svoja nacionalna zakonodavstva garantirajući tako njihovu primjenu, posebno u dijelu koji se odnosi na porodicu s djecom. Ovakav pristup prisutan je i u Općoj deklaraciji o ljudskim pravima (1948) (dalje: Deklaracija),⁹ koja, uz Povelju UN, predstavlja najbitniji dokument o ljudskim pravima nastao u 20. stoljeću. O tome svjedoči činjenica da danas najveći broj država svijeta preuzima/ implementira načelo ljudskog dostojanstva u nacionalna zakonodavstva. Stoga, može se kazati da je sadržaj Deklaracije na općesvjetskom nivou, implementiran posebno u ustavima brojnih država svijeta, doprinio mijenjaju ranijih sistema u kojima su ljudska prava bila zanemarivana i nisu poštivana. U istom kontekstu, nemjerljiv: „Značaj ove Deklaracije se ogleda i u činjenici što stavlja akcenat na nedeljivost svih prava čoveka, građanskih (kao što je sloboda izražavanja i zaštita privatnog života),

⁵ Uredba o načinu pripreme, procjeni uticaja i odabiru politike izrade akata koje predlažu i donose Vlada Federacije Bosne i Hercegovine i federalna ministarstva „Sl. novine FBiH“ br. 27/11.

⁶ V. *supra* note 4.

⁷ Zakon o materijalnoj podršci porodicama s djecom u FBiH, „Sl. novine FBiH“ br. 52/22, od 01.07.2022. godine. ZMPPD „stupa na snagu osmog dana od dana objave u “Službenim novinama” Federacije BiH”, a početak će se primjenjivati tri mjeseca nakon stupanja na snagu“ (čl. 50).

⁸ V. Obrazloženje Prijedloga ZMPPD, Sarajevo, 20021, str. 21. Dostupno na: <https://www.paragraf.ba/nacrti-i-prijedlozi/prijedlog-zakona-o-materijalnoj-podrsci-porodicama-s-djecom-u-federaciji-bosne-i-hercegovine.pdf>, datum pristupa: 18.09.2022. godine.

⁹ Predsjedništvo Republike BiH donijelo je ispravku Uredbe sa zakonskom snagom o ratifikaciji međunarodnih konvencija kojom je naknadno uvrštena ispuštena Opća deklaracija o ljudskim pravima (Ispravka 318, „Sl. list RBiH“ br. 15/92).

ekonomskih i socijalnih (kao što su pravo na zaštitu zdravlja, pravo na socijalnu sigurnost i pravo na razvoj).¹⁰ Pri tome, zajednička karakteristika navedenih prava je ta da se svako od njih, u manjoj ili većoj mjeri, odnosi i na porodicu koja je, prema Deklaraciji, „prirodna i osnovna ćelija društva i ima pravo na zaštitu društva i države“ (čl. 16. st. 1). Drugim riječima, pravo na socijalno osiguranje i pravo na ostvarivanje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, potrebnih za dostojanstvo i za slobodan razvoj ličnosti,¹¹ pored pripadanja svakom ljudskom biću kao jedinki, istovremeno, pripada i porodici kao društvenoj grupi, odnosno svakom pojedinačnom članu porodice. Posebno mjesto u Deklaraciji ima pravo na životni standard koje pripada svakom članu društva budući da se njime „osigurava zdravlje i blagostanje, njegovo i njegove porodice, uključujući prehranu, odjeću, stanovanje i zdravstvenu njegu ...“ Uz navedeno u ovom dokumentu se naročito ističe da: „Majke i djeca imaju pravo na porodičnu brigu i pomoć. Sva djeca rođena u braku ili van njega uživaju jednaku socijalnu zaštitu“ (čl. 25. st. 1 i 2).¹²

Drugi međunarodni dokument koji je u cijelosti posvećen ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, na što upućuje i njegov naziv, je Međunarodni pakt o ekonomskim socijalnim i kulturnim pravima (1966) (dalje: Pakt).¹³ Obaveznost država stranaka u provođenju prava sadržanih u ovom međunarodnom dokumentu istaknuta je normiranjem: „da osiguraju jednako pravo muškaraca i žena da uživaju sva ekonomska, socijalna i kulturna prava izložena u ovom Paktu“ (čl. 3). U istom kontekstu, u Paktu se insistira i na priznanju države stranke da: „treba pružiti najveću moguću zaštitu i pomoć porodici koja je prirodna i temeljna društvena jedinica, napose za njezino osnivanje i dok je ona odgovorna za izdržavanje i odgoj djece koja su joj na brizi ...“ (čl. 10. st. 1). Istim članom normirana je i obaveza države stranke da: „treba pružiti posebnu zaštitu majkama kroz razumno vrijeme prije i poslije rođenja djeteta. Za to vrijeme treba majkama koje rade dati plaćeni dopust ili dopust s odgovarajućim povlasticama socijalnog osiguranja“ (čl. 10. st. 2).

Citirane odredbe, u kojima se, pored obaveze društva na pružanje najveće moguće zaštite i pomoći porodici apostrofira i odgovornost porodice za izdržavanje i odgoj djece, upućuju na zaključak da pitanje položaja djeteta i njegovih prava u Paktu ostaje otvoreno. Razlog za navedeno moguće je tražiti u tome što su u različitim društvima odnosi u porodici, pored ekonomskog položaja porodice, uslovljeni koliko utjecajem tradicije i kulture, toliko i zavisnošću od aktualnog sistema i društvenih

10 Ponjavić, Z. *Siromaštvo – uzrok i posljedica nepoštovanja prava deteta na primereni životni standard*, Zbornik radova, Treći međunarodni naučni skup – Dani porodičnog prava: Pravna sredstva za smanjenje siromaštva djece, Pravni fakultet, Univerzitet Džemal Bijedić, Mostar, 2015, str. 33 – 52, str. 35.

11 V. čl. 22. Deklaracije.

12 Pojam socijalna zaštita u stručnoj literaturi određuje se različito, s tim da većina autora smatra da je to jedan od pojmova/segmenata socijalne politike, koja je akademska disciplina i praktična djelatnost. Pojedini autori pojam socijalna zaštita određuju u širem i užem značenju. Tako, socijalna zaštita: „obuhvata naknade socijalnog osiguranja i socijalne pomoći, univerzalne naknade (dječji doplatci, socijalne mirovine te socijalne usluge). U užem značenju, socijalna zaštita obuhvata sve mjere kojima je cilj zaštita ranjivih skupina. Često se pojam socijalne zaštite poistovjećuje s pojmom socijalna sigurnost“ (Puljiz, V. *et al*, *Socijalna politika*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2005, str. 461):

13 „Sl. list R BiH“, br. 25/93.

odnosa, tako da se, gotovo u pravilu, „pravni odnos djeteta i porodice odražava u relativnoj anonimnosti deteta“.¹⁴ Stoga se čini da prisutna otvorenost pitanju položaja djeteta u porodici, sadržana u Paktu, zapravo, ostavlja prostor za donošenje jednog posebnog međunarodnog dokumenta vezanog isključivo za prava djeteta, među kojima bi bilo normirano i pravo o uređivanju odnosa porodice i djeteta.

Uz navedeno, treba istaći, iako se u Paktu prvenstveno govori o tri povezana i međusobno isprepletena ljudska prava, da se već na početku Uvodnog dijela ovog dokumenta naglašava obaveza priznanja da ljudska prava proizlaze iz urođenog dostojanstva čovjekove osobe, što uključuje i pravo svakog pojedinačnog člana društva na socijalnu sigurnost,¹⁵ čije ostvarivanje, zajedno sa drugim pravima koja su utvrđena ovim dokumentom, u biti zavisi od ekonomske i finansijske moći svakog društva, odnosno od najviše mogućih raspoloživih sredstava.¹⁶

Usvajanjem UN Konvencije o pravima djeteta (1989), čiji je jedan od ciljeva „da prilagodi prava čoveka detetu, vodeći računa o specifičnostima deteta, garantujući mu u skladu sa tim i posebna prava“¹⁷, socijalna prava djeteta, posebno normiranjem prava djeteta na život, opstanak i razvoj¹⁸, postaju paradigma nedjeljivosti ljudskih prava na građanska, koja su univerzalna, i socijalna prava, čija realizacija zavisi od ekonomskih mogućnosti određenog društva. Ovo zbog činjenice što bez ostvarenja prava na život, ostanak i ostvarenje svih drugih prava djeteta postaje nemoguće. S tim u vezi, treba istaći da se u okviru ovog prava, koje je jedan od četiri ključna principa Konvencije, nalaze: pravo na životni standard, što je primarna odgovornost roditelja uz obavezu države da pruži odgovarajuću pomoć roditeljima da ovu obavezu ispune (čl. 27), pravo na socijalnu sigurnost (čl. 26), pravo na zdravstvenu zaštitu (čl. 24).

U istom kontekstu, ukoliko se napravi paralela između odredaba Pakta, gdje se priznaje pravo na životni standard dovoljan za svakog člana društva kao i za njegovu porodicu (čl. 11. st. 1), i odredaba KPD, gdje se pravo djeteta na životni standard, koji odgovara djetetovom fizičkom, mentalnom, duhovnom i socijalno razvoju, priznaje svakom djetetu kao zasebnoj individui (čl. 27. st. 1. i 2), onda se može utvrditi da razlika između navedena dva normiranja govori u prilog ranijoj pretpostavci o potrebi usvajanja posebnog međunarodnog ugovora koji bi normirao isključivo prava djeteta, što uključuje i pitanje njegovog položaja u porodici (čl. 27. st. 1). Ovakav pristup posebno je vidljiv u normiranju prava djeteta na slobodno izražavanje sopstvenog mišljenja o svim pitanjima koja ga se tiču i pravo da se mišljenju djeteta posvećuje dužna pažnja sukladno godinama života i zrelošću djeteta (čl. 12. st. 1). Na istom tragu, odgovornost roditelja „da osiguraju, u okviru svojih sposobnosti i finansijskih mogućnosti uslove života potrebne za razvoj djeteta“ (čl. 27. st. 2) govori da ti uslovi, odnosno potrebe djeteta, trebaju biti primjereni njegovom uzrastu, što je od nemjerljive važnosti za pravilan rast i razvoj djeteta. Međutim, kako stvaranje tih uslova zavisi ne samo od finansijske mogućnosti

14 Vučković, Šahović, N, Prava deteta i međunarodno pravo, Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, 2000. str. 157.

15 V. čl. 9. Pakta.

16 V. čl. 2.

17 Ponjavić, *supra note* 10, str. 36.

18 V. čl. 6. KPD.

djetetovih roditelja nego i od države/društva u kome živi dijete i njegova porodica, ovdje dolazi do specifičnosti realizacije ovog prava, na način da u siromašnim društvima obezbjeđenje egzistencijalnog minimuma za dijete i njegovu porodicu postaje svakodnevni način preživljavanja. Drugim riječima, u uslovima siromaštva, zbog ekonomske (ne)razvijenosti društva, pravo na odgovarajući životni standard za svu djecu postaje neostvarivo.

Posljedicu ovakvog stanja, pored prisutne nejednakosti u ukupnoj populaciji djece, čini to da danas u većini, čak i najrazvijenijih država svijeta jedan broj djece živi u siromaštvu bez odgovarajućih uslova potrebnih za njihov rast i razvoj. Svjesnost o tome čini se prisutnom i u odredbama KPD koja, uz isticanje obaveze država potpisnica na poduzimanje odgovarajućih mjera za ostvarivanje svih prava priznatih u ovom međunarodnom ugovoru, normira: „u pogledu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, države ugovornice će preduzeti takve mjere maksimalno koristeći svoja raspoloživa sredstva, a gdje je to potrebno u okviru međunarodne saradnje“ (čl. 4). S tim u vezi, UN Komitet za prava djeteta usvojio je Opći komentar br. 19. o izdvajanju sredstava iz javnih proračuna za realizaciju dječjih prava (2016) (dalje: Komentar br. 19),¹⁹ kako bi se pomoglo državama da što je najviše moguće ubrzaju provedbu svih prava djeteta sadržanih u KPD, a posebno olakšala primjena člana 4. KPD, koji se odnosi na javne proračune. Stoga, Komentar br. 19, pored definiranja obaveza država članica, sadrži preporuku kako ostvariti sva prava djeteta iz KPD, a posebno prava koja se odnose na vulnerabilne skupine djece, kroz efektivno, pravično, transparentno i održivo donošenje odluka iz oblasti javnog finansiranja. Uz navedeno, cilj ovog dokumenta je da se poboljša razumijevanje obaveza o finansiranju vezano za prava djeteta, jačanje realizacije tih prava uz promoviranje istinske promjene, na koji se način proračuni planiraju, usvajaju, realiziraju i prate. Ova obaveza se odnosi na sve nivoe vlasti u procesu budžetiranja kao i na donatore i korisnike međunarodne saradnje. Pri tome, države potpisnice su obavezne stvoriti uslove za aktivan nadzor i svrsishodno učešće svih zainteresiranih starana, uključujući i djecu, u kreiranju budžeta.

Europska socijalna povelja (revidirana) (dalje: Povelja)²⁰ je međunarodni dokument koji već u Preambuli naglašava „potrebu očuvanja nedjeljive naravi ljudskih prava, bilo da se radi o građanskim, socijalnim ili kulturnim pravima.“ Također, u Dijelu Povelje, koji sadrži ukupno 31 pravo, odnosno princip, ističe se da je ključni cilj politike zemalja potpisnica da nastoje svim prihvatljivim sredstvima, po karakteru i nacionalnim i internacionalnim, ostvariti uslove u kojima će se moći realizirati ta prava i principi. Dio II Povelje, pored ostalih prava, sadrži i sljedeća: pravo zaposlenih žena na porodijsku zaštitu (čl. 8); pravo na socijalnu i medicinsku pomoć (čl. 13); pravo na korištenje službi socijalne zaštite (čl. 14); pravo porodice

19 Dostupno na: <http://snaznijiglaszadjecu.org/blog/2017/11/23/opci-komentar-br-19-2016-o-izdvajanju-sredstava-iz-javnog-budzeta-za-realizaciju-djecjih-prava-clan-4/>, pristup: 16.09.2022. godine.

20 Europska socijalna povelja usvojena je i otvorena za potpisivanje u Torinu 1961. godine. Na obilježavanju tridesetogodišnjice od usvojenja, 1991. godine, odlučeno je da se Europska povelja revidira tako da se pored usvajanja novih prava u ovaj dokument unesu i prava sadržana u ranije usvojenim protokolima.

na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu (čl. 16); pravo djece i mladih na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu (čl. 17); pravo na zaštitu od siromaštva i socijalne isključenosti (čl. 30).

Sva pobrojana socijalna prava, u manjoj ili većoj mjeri, govore o obaveznosti zemalja potpisnica da obezbijede socijalno pravnu i ekonomsku zaštitu, odnosno socijalnu sigurnost porodice kao „osnovne jedinice društva“, uključujući i njezine najosjetljivije članove. To su, na prvom mjestu žene/porodilje, koje po osnovu zaštite materinstva imaju pravo na posebnu zaštitu, i djeca, koja imaju pravo na obrazovanje, zaštitu od zanemarivanja, iskorištavanja i nasilja u porodici, slično kao i pravo da se njihovo odrastanje odvija u okruženju koje podstiče pravilan rast i razvoj djeteta.

UN Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (1979)²¹ (dalje: Konvencija) je međunarodni dokument u čijem se Uvodu ističe: „da su u uvjetima siromaštva ženama najmanje dostupni hrana, zdravstvena zaštita, obrazovanje, obuka i zapošljavanje i zadovoljavanje drugih potreba.“ Također, pored određenja termina „diskriminacija žena“,²² u ovoj Konvenciji se nalaže da države članice usvoje posebne privremene mjere za ubrzavanje ostvarivanja ravnopravnosti između muškaraca i žena, što se ne smatra diskriminacijom, pri čemu usvajanje posebnih mjera uključuje i mjere kojima je cilj zaštita materinstva, što se, također, ne smatra diskriminacijom (čl. 4. st. 1. i 2).

Konvencija također sadrži više članova kojima se države članice obavezuju na poduzimanje različitih mjera, među kojima se neke od njih odnose na oblast socijalne zaštite, na sprečavanju pojave diskriminacije prema ženi i uklanjanju različitih praksi i shvaćanja o inferiornosti žene u društvu. S tim u vezi, insistira se „da porodični odgoj obuhvati pravilno shvaćanje majčinstva kao društvene funkcije i priznanje zajedničke odgovornosti muškaraca i žena u podizanju i razvoju djece, razumijevajući da se u svim slučajevima na prvom mjestu mora voditi računa o interesima djeteta“ (čl. 5. tač. b). Sličan zahtjev, upućen državama potpisnicama, je i kod poduzimanja mjera eliminiranja diskriminacije žena u oblasti zapošljavanja kako bi po osnovu ravnopravnosti muškaraca i žena, pored ostalih, mogla osigurati jednaka prava na socijalnu zaštitu i na zdravstvenu zaštitu (čl. 11. st. 1. tač. (e) i (f)). Također, radi sprečavanja diskriminacije žena zbog stupanja u brak ili majčinstva i osiguranja njihovog stvarnog prava na rad, države članice se posebno obavezuju na poduzimanje odgovarajućih mjera radi „uvođenja plaćenog porodiljskog odsustva ili sličnih socijalnih beneficija, bez gubljenja prava na ranije radno mjesto, primanja po osnovu staža i socijalna primanja (čl. 11. st. 2. tač. b). Uz navedeno, Konvencija obavezuje države članice da uzmu u obzir naročito poteškoće s kojima se suočava

21 Usvojena je na Generalnoj skupštini UN, Rezolucijom 34/180, 1979. godine, a stupila je na snagu 3. septembra 1981. godine. Ovu Konvenciju SFRJ je ratificirala 1981. godine („Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori“ br. 11/81). BiH je Konvenciju ratificirala 1993. godine („Sl. list BiH“ br. 25/93, pregled međunarodnih multilateralnih ugovora čija je članica, odnosno kojima je vezana R BiH nakon izvršenja notifikacije o sukcesiji, prihvatanju ili pristupanju na osnovu čl. 1., Prvi dio st. 4. tač. 6 Uredbe sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u BiH primjenjuju kao republički zakoni („Sl. list RBiH“ br. 2/92).

22 V. čl. 1. Konvencije.

žena na selu, ističući njezinu ulogu u ekonomskom opstanku porodice, ali i na poduzimanje odgovarajućih mjera kako bi se ovoj skupini žena, obezbijedilo pravo na pristup odgovarajućoj zdravstvenoj zaštiti, uključujući informacije, savjete i usluge u vezi sa planiranjem porodice, kao i direktno korištenje programa socijalne zaštite.²³

Analizom naprijed prezentiranih odredaba može se zaključiti da je u svakom od međunarodnih dokumenata pojedinačno, iz kojih su citirane odredbe preuzete, izuzev Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena, mogućnost ostvarivanja određenog broja ljudskih prava, u manjoj ili većoj mjeri, uslovljena ekonomskim mogućnostima države potpisnice. To se na prvom mjestu odnosi na mogućnost realiziranja različitih socijalnih prava koja se po osnovu ratifikacije određenog međunarodnog dokumenta, sa ciljem stvaranja odgovarajućih pretpostavki za punu socijalnu sigurnost porodice s djecom, implementiraju u nacionalna zakonodavstva različitih država svijeta. Stoga se čini da ova prava, zapravo, više pripadaju skupini relativnih nego apsolutnih prava, iako se obaveznost njihove primjene posebno apostrofira ukoliko se odnose na žene i djecu, odnosno porodice s djecom. Navedeni pristup je najvjerojatnije motiviran stanjem da su djeca i žene, naročito nezaposlene porodilje, gotovo u pravilu, najranjiviji članovi suvremene porodice. Ta ranjivost se, s jedne strane, može vezati za njihove sposobnosti, što se kod djece npr. može poistovjetiti sa njihovim dobnim uzrastom, a kod žena npr. s (ne) zavisnošću i obrazovnim statusom, a s druge strane, s ekonomskom moći porodice i materijalnim mogućnostima društva/države, od čega u biti zavisi socijalna sigurnost same porodice, odnosno njezinih najranjivijih članova. Pri tome, ukoliko pođemo od činjenice da Opća deklaracija o ljudskim pravima u cjelini predstavlja prvi međunarodni „dokument koji počiva na konceptu dostojanstva ljudske osobe unutar ljudske porodice“,²⁴ onda se može postaviti i pitanje: da li se život porodice, koja se u međunarodnim dokumentima često naziva osnovnom jedinicom društva, odnosno život njezinih članova koji nemaju neophodnu socijalnu sigurnost i mogućnost kontinuiranog zadovoljavanja neke od osnovnih ljudskih potreba, može nazvati životom dostojnim čovjeka? Ovo posebno što su, kako je to ranije istaknuto u ovom radu, odredbe Deklaracije o pravu na ljudsko dostojanstvo postale sastavni dio svih demokratskih i civiliziranih ustava brojnih država svijeta, što opet, npr. u BiH, ali i drugim siromašnim državama, ne garantira u svakom pojedinačnom slučaju odgovarajuću socijalnu sigurnost čak i porodice s djecom.

3. Socijalno zakonodavstvo Federacije Bosne i Hercegovine

Socijalnopravna zaštita porodice s djecom u FBiH najvećim dijelom je regulirana u okviru jedanaest posebnih zakona o socijalnoj zaštiti, od koji je krovni zakon na nivou entiteta, a ostalih deset zakona na nivou kantona, pri čemu je, do

23 V. čl. 14. st. 1. i st. 2. tač. b i c Konvencije.

24 Glendon, M, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York: Random House, 2022, str.174.

početka primjene ZMPPD,²⁵ provođenje svih Federalnim zakonom o socijalnoj zaštiti utvrđenih prava i mjera socijalne politike, što uključuje i zaštitu porodice s djecom, u nadležnosti kantona. Navedeno postupanje je sukladno s odredbama Ustava FBiH,²⁶ iako se njegovim provođenjem u praksi čini određeni oblik diskriminacije korisnika, s obzirom da vrste i nivo socijalnozaštitnih mjera, koje isključivo finansiraju kantoni, zavise od finansijskih mogućnosti svakog kantona pojedinačno. Drugim riječima, Ustavom FBiH propisana zajednička nadležnost FBiH i kantona za oblast socijalne politike, bez jasnog određenja i razgraničenja odvojenih nadležnosti između ova dva nivoa vlasti, u praksi, pored neusklađenosti kantonálnih zakona, rezultirala je svojevrsnom diskriminacijom različitih skupina korisnika socijalnih prava. Uz navedeno, djelomičnu konfuziju izaziva i sam naziv, odnosno brojna prava za različite skupine korisnika, po završetku rata u BiH usvojenog, još uvijek za pojedine korisnike važećeg, Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti, koji je u proteklom periodu, s ciljem da se određena prava osoba s invaliditetom i civilnih žrtava rata preciznije odrede, u više navrata pretrpio određene izmjene i dopune. Naime, sama činjenica da su Federalnim zakonom o socijalnoj zaštiti obuhvaćena i objedinjena različita područja socijalne politike: socijalna zaštita, zaštita porodice s djecom, socijalna prava osoba s invaliditetom i zaštita civilnih žrtava rata, govori ne samo u njenoj složenosti nego i o (ne)mogućnosti njene primjene u praksi, posebno ako se ima u vidu nejasno diferenciranje i razgraničenje nadležnosti utvrđenih odredbama Ustava FBiH.

Navedeno stanje se neminovno odrazilo na donošenje odgovarajućeg pravnog okvira u kantonima, čija je posljedica neadekvatna zaštita najugroženijih društvenih skupina, među kojima su porodice s djecom.

3.1. Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom Federacije Bosne i Hercegovine

Zaštita porodice s djecom regulirana je u Federalnom zakonu o socijalnoj zaštiti i to u okviru tri dijela: 1. Pojam i cilj instituta zaštite porodice s djecom; 2. Osnovna prava porodice s djecom i 3. Dječja nedelja. Sva tri dijela sadrže ukupno deset članova, od kojih se tri člana odnose na Dječju nedelju.

U prvom dijelu koji sadrži ukupno dva člana, pored određenja porodice s djecom (čl. 87), utvrđeni su sljedeći ciljevi zaštite porodice s djecom: da se svojoj djeci osiguraju približno jednaki uslovi za zdrav i pravilan tjelesni, intelektualni i emocionalni razvoj u porodici; pomoć porodici u ostvarivanju reproduktivne uloge, njezi, podizanju, odgoju i zaštiti djece i poboljšanju kvalitete života porodice; razvijanje humanitarnih odnosa sukladno s načelima građanskog morala i solidarnosti, i na kraju, s ciljem da se djetetu koje je bez jednog ili oba roditelja, porodici koja ima dijete s invaliditetom, porodici u kojoj su oba ili jedan roditelj

²⁵ ZMPPD će se primjenjivati početkom oktobra 2022. godine.

²⁶ Ustav FBiH u Poglavlju III čl. 2. propisuje: „Federalna vlast i kantoni nadležni su za: ... (e) socijalnu politiku.“ U čl. 4. istog poglavlja normirano je i da: „kantoni imaju sve nadležnosti koje nisu izričito povjerene federalnoj vlasti“ s tim da su, pored ostalog posebno nadležni za „provođenje socijalne politike i uspostavu službi socijalne zaštite.“

s invaliditetom, osiguravaju povoljniji uslovi u sticanju i ostvarivanju prava i veći iznosi materijalnih i drugih davanja (čl. 88). Sukladno navedenim ciljevima, u Zakonu su taksativno navedena osnovna prava (ukupno devet) koja ostvaruju porodice s djecom (čl. 89), uz normiranje da se, pored osnovnih prava, porodici s djecom propisom kantona mogu utvrditi i druga prava, te bliže urediti uslovi, način, postupak, tijela i finansiranje svih utvrđenih prava. U istom kontekstu, propisana je obaveza nadležnih organa kantona da, radi provođenja ovog zakona, u roku od tri mjeseca od dana stupanja na snagu ovog zakona, donesu odgovarajuće propise i opće akte iz svoje nadležnosti (čl. 103), što u većini kantona, sve do danas, nije urađeno na odgovarajući način, posebno u dijelu usklađivanja kantonalnog zakonodavnog okvira s Federalnim propisima. Ovakvo stanje, uz činjenicu da je Federalni zakon o socijalnoj zaštiti pripreman i usvojen samo četiri godine po završetka posljednjeg rata u BiH, te da su materijalne mogućnosti većine kantona bile veoma loše, djelomično se može pravdati i nedovoljnom povezanošću i neodređenošću većine zakonskih odredaba o zaštiti porodice s djecom. Jednom riječju, sveukupno siromaštvo i posljedice rata posebno u prvim godinama po donošenju Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti, vjerovatno su bili ključni razlog neusklađenosti utvrđenih prava s objektivnim materijalnim mogućnostima kantona, koji u svojim proračunima nisu bili u stanju obezbijediti odgovarajuća sredstva za ostvarivanje osnovnih prava u zaštiti porodice s djecom utvrđenih Federalnim zakonom o socijalnoj zaštiti. Stoga je, kroz prepuštanje finansiranja i provođenja zaštite porodice s djecom u isključivu nadležnost kantona, očita namjera zakonodavca da sveobuhvatno postavljenim pravima što je moguće više zaštiti ratom osiromašenu porodicu s djecom, rezultirala neusklađenošću pravnog okvira, odnosno različitošću ne samo normiranja nego i mogućnosti ostvarivanja tih prava na području FBiH, koja variraju od kantona do kantona. U prilog tome, najkonkretnije govori podatak da su svih devet osnovnih prava porodice s djecom koja su propisana Federalnim zakonom o socijalnoj zaštiti utvrđena u samo dva (Kanton Sarajevo i Hercegovačko -neretvanski kanton),²⁷ od ukupno deset kantona u FBiH. Slično stanje je i s mogućnošću ostvarivanja svakog pojedinačnog prava, s tim da će, s obzirom na neophodnost uporednopravne analize odredaba Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti vezano za zaštitu porodice s djecom i odredaba ZMPPD, u ovom radu u fokusu istraživanja biti mogućnost ostvarivanja prava na dodatak na djecu i prava na novčanu pomoć za vrijeme trudnoće i porođaja žene – majke koja nije u radnom odnosu.

3.1.1. Dodatak na djecu

Jedno od osnovnih prava zaštite porodice s djecom, prema odredbama Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti je pravo na dodatak na djecu, koje pripada porodici djeteta čiji ukupni mjesečni prihod ostvaren po svim osnovama, izuzev primanja ostvarenih iz socijalne zaštite i zaštite porodice s djecom, po članu

27 Prema raspoloživim podacima u FBiH ne postoji jedinstvena baza podataka vezana za materijalnu pomoć/davanje porodicama s djecom za svaku godinu pojedinačno. Također, ovi podaci se ne nalaze ni u odgovarajućim statističkim pokazateljima sadržanim u godišnjim statističkim biltenima pod nazivom: Socijalna zaštita, Federalnog zavoda za statistiku.

domaćinstva, ne prelaze iznos koji je utvrđen propisom kantona kao najniži iznos prihoda dovoljnih za izdržavanje, s tim da porodica koja ima dijete s teškoćama u razvoju kao i porodica u kojoj su jedan ili oba roditelja osobe s invaliditetom, ima pravo na dodatak na djecu bez obzira na visinu prihoda domaćinstva (čl. 91). Ovako u Federalnom zakonu o socijalnoj zaštiti široko postavljena mogućnost ostvarivanja prava na dodatak na djecu, u praksi, odnosno u njegovom provođenju na nivou kantona, prema raspoloživim pokazateljima, rezultirala je stanjem da se dodatak na djecu isplaćuje u šest od ukupno deset kantona na području FBiH.²⁸ U istom kontekstu, primjena odredbe, propisane Federalnim zakonom o socijalnoj zaštiti, da svi kantoni svojim propisima utvrđuju uslove, način i postupak ostvarivanja svih prava porodice s djecom, u praksi je rezultirala utvrđivanjem različitih uslova, kako za ostvarivanje prava na dodatak za djecu, tako i za ostvarivanje drugih prava u zaštiti porodice s djecom. Slično stanje je i s postupkom za ostvarivanje ovih prava (zahtjev se podnosi različitim institucijama, npr. centrima za socijalni rad ili općinskim službama), kao i osnovicom za obračun visine naknada (prosječna plaća u kantonu ili prosječna plaća u FBiH). Tako se, kod ostvarivanja prava na dodatak na djecu u većini kantona osnovica za obračun naknade veže za prosječnu plaću kantona, čija je visina različita od kantona do kantona, kao i utvrđeni procenat od osnovice za obračun određene naknade. U slučaju dodatka na djecu utvrđeni procenat se u većini kantona koji realiziraju ovo pravo, kreće u rasponu 2% do 5% prosječne plaće kantona, što neminovno dovodi do isplate različitog iznosa koji se kreće od 14.5 KM – 33 KM dodatka na djecu porodici koja ostvaruje to pravo. Isto se, sukladno čl. 88. Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti, odnosi na tzv. uvećani dodatak na djecu koji se isplaćuje u rasponu od 21,75 KM do 50 KM.²⁹

Prezentirano stanje o ostvarivanju prava na dodatak na djecu pokazuje da materijalna primanja u zaštiti porodice s djecom zavise od finansijske mogućnosti kantona, umjesto od potrebnih sredstava za njihovo realiziranje. Ovo je uočljivo kroz podatak da pet od ukupno deset kantona, prema raspoloživim podacima, dodatak na djecu uopće ne isplaćuju. Takvim postupanjem, pored neposredne diskriminacije, u odnosu na mjesto življenja, odnosno stanja da neki kantoni obezbjeđuju novčani naknadu po osnovu ostvarivanja prava na dodatak na djecu, a neki ne, ne ostvaruje se ni ključni cilj zaštite porodice s djecom utvrđen Federalnim zakonom o socijalnoj zaštiti: osiguranje približno jednakih uslova svoj djeci za zdrav i pravilan rast i razvoj u porodici (čl. 88. st. 1). Isto tako, navedenim se krše i prava djeteta utvrđena posebno čl. 4. KPD, ali i drugim odredbama ovog međunarodnog ugovora, npr. pravo djeteta na: socijalnu zaštitu (čl. 26), životni standard (čl. 27) i posebno pravo djeteta s invaliditetom ili s teškoćama u razvoju koje „treba da uživa pun i kvalitetan život, u uvjetima koji obezbjeđuju njegovo dostojanstvo“ (čl. 23), što je u Federalnom zakonu o socijalnoj zaštiti, kroz utvrđivanje većeg iznosa materijalnih i drugih davanja porodici takvog djeteta, bilo prepoznato.

28 V. Analiza politike o zaštiti obitelji s djecom u FBiH, *supra note* 4, str. 15 (tab. br. 2).

29 Analiza politike o zaštiti obitelji s djecom u FBiH, *supra note* 4, str. 26 – 29 (tab. 6. i 7).

3.1.2 Novčana pomoć za vrijeme trudnoće i porođaja žene – majke koja nije u radnom odnosu

Za razliku od ostvarivanja prava na dodatak na djecu koji se isplaćuje u pet od ukupno deset kantona, novčana pomoć za vrijeme trudnoće i porođaja žene majke koja nije u radnom odnosu isplaćuje se u osam od ukupno deset kantona na području FBiH.³⁰ Pri tome, kod ostvarivanja ovog prava postoji zajednička karakteristika s ostvarivanjem prava na dodatak na djecu, a to je da se uslovi ostvarivanja, osnovica i postotak od osnovice za obračun naknade, najvećim dijelom razlikuju od kantona do kantona. Tako, npr. kod utvrđivanja osnovice za obračun novčane pomoći za vrijeme trudnoće i porođaja žene-majke koja nije u radnom odnosu, najčešće se uzima prosječna plaća kantona, izuzetno, samo u jednom kantonu je to prosječna plaća u FBiH, pri čemu se u pojedinim kantonima visinu pomoći ovoj skupini korisnica utvrđuje kantonalna vlada. Slično stanje je i s utvrđivanjem osnovice za obračun ove vrste novčane pomoći, gdje se ona samo u četiri kantona utvrđuje u rasponu od 15%-35% prosječne plaće kantona, odnosno prosječne plaće u FBiH.³¹ Sve to ima za posljedicu različite visine naknada koje se u nekim kantonima ženi/majci koja nije u radnom odnosu isplaćuju kao jednokratna novčana pomoć u iznosu 100 KM do 150 KM i to u trajanju od šest do dvanaest mjeseci.³²

Na osnovu u što je moguće u kraćem obimu prezentiranih pokazatelja može se zaključiti da se u FBiH ne poštuju ne samo odredbe međunarodnih dokumenata o pravima i zaštiti žene/majke nego i o obavezi države na poduzimanje odgovarajućih mjera kojima se osigurava da porodični odgoj obuhvati i odgovarajuće shvaćanje majčinstva kao društvene uloge,³³ što se u konkretnom slučaju odnosi posebno na nezaposlene žene majke.

3.1.3. Ostala prava normirana Zakonom o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom Federacije Bosne i Hercegovine

Pored prava na dodatak na djecu i prava na novčanu pomoć za vrijeme trudnoće žene majke koja nije u radnom odnosu, koja su bila predmet analize u prethodnom dijelu ovog rada, Federalni zakon o socijalnoj zaštiti normira još sedam osnovnih prava koje ostvaruje porodica s djecom u FBiH. Ta prava su: naknada umjesto plaće zaposlenoj ženi/porodilji; jednokratna pomoć za opremu novorođenog djeteta; pomoć u prehrani djeteta do šest mjeseci i dodatna ishrana za majke dojilje; psihosocijalni tretman bračnih partnera koji žele djecu i trudnica; smještaj djece uz osiguranu ishranu u ustanovama predškolskog odgoja; osiguranje jednog obroka u vrijeme nastave u školama osnovnoškolskog obrazovanja i školarine i stipendije đacima i studentima (čl. 89).

30 Od ukupno deset kantona u FBiH, devet kantona je odgovarajućim zakonskim okvirom normiralo pravo porodilje koja nije u radnom odnosu, od kojih jedan kanton ovo pravo zakonski regulira ali ne realizira, odnosno ne isplaćuje novčanu pomoć, dok jedan kanton u okviru svojih propisa navedeno pravo uopće nije regulirao (Analiza politike o zaštiti obitelji s djecom u FBiH, *supra note 4*, str. 52).

31 Navedeni podaci se odnose na 2016. godinu, Analiza politike o zaštiti obitelji s djecom u FBiH, *supra note 4*, str. 25 – 30.

32 V. Analiza politike o zaštiti obitelji s djecom u FBiH, *supra note 4*, tab. br. 7.

33 Čl. 5. tač. (b) Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena.

Ključne karakteristike svih devet pobrojanih prava porodice s djecom su: da se osam njih ostvaruje putem novčane naknade/pomoći; da je njihovo provođenje u isključivoj nadležnosti kantona; da zbog različite finansijske moći kantona postoje neujednačene mogućnosti njihove primjene; da zbog različitog uređenja, uslova, načina, postupka, organa i finansiranja osnovnih prava u kantonima prevladava neujednačenost visine novčane naknade/pomoći. U istom kontekstu, pored nepostojanja podataka o broju pruženih psihosocijalnih tretmana bračnim partnerima koji žele djecu i trudnicama, raspoloživi podaci za 2016. godinu pokazuju da se pravo na jednokratnu pomoć za opremu novorođenog djeteta, u okviru sedam kantona koji propisuju mogućnost njegovog ostvarivanja, u većini veže za ostvarivanje prava na dodatak na djecu.³⁴ Slično stanje pokazuju i raspoloživi podaci, također za 2016. godinu, koji se odnose na mogućnost ostvarivanja ostalih prava porodice s djecom u kantonima. Tako, npr. niti u jednom od kantona nije evidentirano osiguranje jednog obroka u vrijeme nastave u školama osnovnog obrazovanja, dok je smještaj djece uz osiguranu ishranu u ustanovama predškolskog odgoja, koji se finansira iz općinskih proračuna, realiziran samo u tri kantona, a školarine i stipendije đacima i studentima u četiri kantona. Nešto bolje stanje je s naknadom, odnosno pomoći za prehranu djeteta do 6 mjeseci i za dodatnu ishranu za majke-dojilje, koja se isplaćuje u četiri kantona u različitim iznosima 48 KM do 237.30 KM.³⁵

Ključni problem u okviru svih devet osnovnih prava porodice s djecom predstavlja realizacija prava na naknadu umjesto plaće zaposlenoj ženi-majci u radnom odnosu za vrijeme dok odsustvuje s posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta. Naime, prema odgovarajućim međunarodnim standardima navedeno pravo se veže za radni odnos, kako je to i propisano Zakonom o radu FBiH,³⁶ koji normira: „Za vrijeme trudnoće, porođaja i njege djeteta, žena ima pravo na porođajno odsustvo u trajanju od jedne godine neprekidno“ (čl. 62. st. 1). Isti zakon normira i da: „Za vrijeme korištenja porođajnog odsustva, radnik ima pravo na naknadu plaće, u skladu sa posebnim zakonom“ (čl. 68. st. 1), sukladno čemu je realizacija navedenog prava bila u nadležnosti zdravstvenog osiguranja sve do donošenja Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti, odnosno do 1999. godine, kada je pravo na naknadu umjesto plaće zaposlenoj ženi-majci u radnom odnosu za vrijeme porođajnog odsustva „bez prethodne suglasnosti resornih kantonalnih ministarstava i kantonalnih vlada, iz sistema socijalnog osiguranja prebačeno u sistem socijalne zaštite.“³⁷ Na taj način je jedno od prava iz radnog odnosa postalo dio temeljnih socijalnih prava zaštite porodice sa djecom, koja, putem socijalnih naknada/pomoći, pripadaju onim porodicama s djecom kojima je neophodna društvena pomoć u podizanju, njezi, odgoju i zbrinjavanju djece, ali i poboljšanju kvaliteta života porodice. Navedeno postupanje, pored diskriminacije vezano za različite iznose porođajskih naknada, ili njihovog neisplaćivanje u pojedinim kantonima, uz neusklađenosti s međunarodnim standardima, „u konačnici dovodi do značajnih izdvajanja koja ni pravno ni

34 Analiza politike o zaštiti obitelji s djecom u FBiH, *supra note* 4, str. 54 (tab. br. 21).

35 Analiza politike o zaštiti obitelji s djecom u FBiH, *supra note* 4, str. 28 i 29 (tab. br. 7).

36 Zakon o radu FBiH „Sl. novine FBiH“ br. 26/16, 89/18 i 44/22.

37 Analiza politike o zaštiti obitelji s djecom u FBiH, *supra note* 4, str. 17.

činjenično ne bi trebala pripadati sistemu socijalne zaštite.³⁸ Drugim riječima, izdvajanjem značajnih finansijskih sredstava za naknade umjesto plaće zaposlenoj ženi-majci u radnom odnosu za vrijeme porođajnog odsustva umanjuje se mogućnost ostvarivanja osnovnih prava porodice s djecom. Stoga rješavanju ovog problema treba pristupiti sukladno s utvrđenim međunarodnim standardima, ali i praksom BiH susjednih zemalja, npr. Republike Slovenije, Republike Hrvatske, Republike Srbije, koje naknade umjesto plaće ženi/majci u radnom odnosu za vrijeme odsustva s posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta, u svojim zakonodavstvima utvrđuju kao pravo iz radnog odnosa. Na ovaj način bi se, uz povećanje sredstava namijenjenih zaštiti porodice s djecom, eliminirao još jedan oblik svojevrsne diskriminacije ove društvene skupine ne samo na nivou FBiH nego i na nivou države BiH, budući da, za razliku od entiteta FBiH, entitet RS navedeno pravo u svojem zakonodavstvu normira pravom iz radnog odnosa.

3.2. Zakon o materijalnoj podršci porodicama s djecom u Federaciji Bosne i Hercegovine

Analiza zakonskih, sada već nevažećih, rješenja o zaštiti porodice s djecom u Federalnom zakonu o socijalnoj zaštiti, kao i analiza njihove primjene, prezentirane u prethodnom dijelu ovog rada, nedvosmisleno pokazuju koliko prisutne nedorečenosti u normiranju utvrđenih osnovnih prava porodice s djecom toliko i nemogućnost primjene tih prava u praksi, koja je označena različitim oblicima diskriminacije korisnika. Takvo stanje, čiji je ključni uzrok različite materijalne (ne) mogućnosti kantona, konačno je rezultiralo spoznajama o neodrživosti postojećeg sistema socijalne zaštite, odnosno zakonodavstva iz ove oblasti i neophodnosti njegove reforme, koja je u dijelu zaštite porodice s djecom u okviru Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti, pretočena u izradu posebnog zakona kojim se regulira socijalnopravna zaštita porodice s djecom. U svjetlu navedenog, Zakon o materijalnoj podršci porodicama s djecom u Federaciji Bosne i Hercegovine,³⁹ sadrži šest odvojenih dijelova s ukupno 50 članova, u kojima se, pored osnovnih odredaba i načela, utvrđuju osnovna materijalna prava porodice s djecom, uslovi za ostvarivanje prava, visina naknade i druga pitanja bitna za ostvarivanje materijalne podrške porodicama s djecom u FBiH.*?*

Uporednopravnom analizom odredaba ZMPPD s odredbama Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti koje se odnose na zaštitu porodice s djecom evidentno je da su u prvom dijelu ZMPPD, pod naslovom: Osnovne odredbe, određenje i cilj materijalne podrške porodicama s djecom, ove odredbe normirane gotovo na identičan način kao u Federalnom zakonu o socijalnoj zaštiti. To se posebno odnosi na utvrđeni cilj koji se u oba zakona želi postići pružanjem materijalne podrške porodicama s djecom: „da se svoj djeci obezbijede približno jednaki materijalni uslovi za zdrav i pravilan psihofizički razvoj u porodici“ (čl. 3. ZMPPD).⁴⁰ Analizom citiranih

38 Analiza politike o zaštiti obitelji s djecom u FBiH, *supra note* 4, str. 24.

39 ZMPPD je stupio na snagu u prvoj trećini jula 2022. godine, a primjenjivat će se početkom oktobra iste godine.

40 V. čl. 87. i čl. 88. st. 1. Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti i čl. 2. i 3. ZMPPD.

odredaba, već na prvi pogled, uočljiva je određena nejasnoća i nedorečenost, i to kroz u formulaciju „da se svoj djeci obezbijede približno jednaki materijalni uslovi“, što je moguće razumjeti na način da se materijalna podrška odnosi na sve porodice s djecom u FBiH, bez obzira na njihov materijalni status, odnosno da će se djeci, čije porodice ispunjavaju kriterijume za određenu materijalnu podršku ostvarivanjem, npr. prava na dječji dodatak, obezbijediti „približno jednaki materijalni uslovi“ za njihov „zdrav i pravilan psihički razvoj“, koji moraju biti slični uslovima i kojima žive djeca iz izrazito bogatih porodica. To posebno što se u zakonu utvrđenim ciljem na isti način, kroz npr. realizaciju npr. prava na dječji dodatak, sigurno ne mogu obezbijediti „približno jednaki uslovi“ čak i u okviru porodica s djecom kojima je neophodna odgovarajuća društvena materijalna pomoć za pravilan odgoj i razvoj djeteta.

Slično stanje je i s normiranjem u čl. 4. ZMPPD: Značenja pojedinih izraza u zakonu, gdje se prihodima porodice (tač. e) smatraju: „... 3) primanja po propisima o boračko-invalidskoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti lica s invaliditetom; ... 6) prihodi po osnovu naknada za hraniteljstvo, odnosno starateljstvo.“ Naime, citirano normiranje vjerovatno zasnovano na činjenici da nepreciznost i nedorečenost pojedinih odredaba, ne samo u još aktualnom Federalnom zakonu o socijalnoj zaštiti (dijelovi koji se odnose na socijalnu zaštitu i zaštitu civilnih žrtava rata), nego i u drugim propisima, stvara prostor da pojedini korisnici istovremeno ostvaruju više različitih prava iz oblasti socijalne zaštite, ali i drugih izvora, npr. u okviru nevladinog sektora, s jedne strane ima određeno opravdanje, iako se navedeno mahom događa zbog neuspostavljenog mehanizma vođenja jedinstvene evidencije, odnosno baze podataka o korisnicima socijalne zaštite. Međutim, s druge strane, ubrajanjem naknada po osnovu hraniteljstva i starateljstva u ukupni mjesečni prihod po članu zajedničkog domaćinstva kod utvrđivanje cenzusa za ostvarivanje prava porodice s djecom na dječji dodatak u suprotnosti je s najboljim interesima posebno djeteta bez roditeljskog staranja koje se smješta u hraniteljsku porodicu, kao i punoljetnih osoba koje su pod starateljstvom zbog oduzete ili ograničene poslovne sposobnosti. To posebno što iskustvo centra za socijalni rad pokazuje da se izrazito mali broj porodica odlučuje za hraniteljstvo, isto kao i pojedinaca koji se žele prihvatiti dužnosti staratelja.

Za razliku od Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti, koji normira devet osnovnih prava porodice s djecom, čije je provođenje, način, postupak, finansiranje itd. isključivo u nadležnosti kantona, ZMPPD utvrđuje samo dva osnovna prava porodice s djecom: dječji dodatak i novčana pomoć nezaposlenoj porodilji (čl. 10. st. 1. tač. a i b), uz normiranje da kantoni utvrđuju i druga dodatna prava, zavisno od njihovih materijalnih mogućnosti i drugih potreba porodice s djecom (čl. 10. st. 3). Navedeno opredjeljenje, u Obrazloženju prijedloga ZMPPD, objašnjava se time da se predlagač „odlučio da na federalnom nivou uredi ova dva prava kako bi u Federaciji osigurao minimum osnovnih prava iz oblasti zaštite porodica s djecom. Ovakvo rješenje treba doprinijeti socijalno pravičnijem i fiskalno održivijem funkcionisanju sistema, ukidanju diskriminacije po osnovu mjesta življenja, te izjednačavanju prava djece u Federaciji.”⁴¹

41 Obrazloženje prijedloga ZMPPD, *supra* note 8, str. 21.

Citirano obrazloženje, s obzirom na mogućnosti ostvarivanja osnovnih prava porodice s djecom utvrđenih Federalnim zakonom o socijalnoj zaštiti, odnosno analizu prezentiranu u prethodnom dijelu ovog rada, na prvi pogled izgleda razumno i prihvatljivo, posebno ako se ima u vidu očekivano ukidanje diskriminacije po osnovu mjesta življenja i izjednačavanje visine naknada za sve porodice s djecom u FBiH. U istom kontekstu, svođenje mogućih prava koja se odnose na materijalnu podršku porodici s djecom „na minimum osnovnih prava“, odnosno samo na dva prava, vrlo upečatljivo govori o odnosu ne samo predlagača nego i zakonodavca/države prema porodicama s djecom koje zbog lošeg materijalnog stanja trebaju društvenu pomoć u obezbjeđenju neophodnih uslova za normalan rast i razvoj djece. Ovo posebno što danas većina bosanskohercegovačkih porodica s djecom živi u uslovima siromaštva, koje je, prema slobodnoj procjeni, prisutno gotovo u istoj mjeri kao i u vrijeme donošenja Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti, odnosno kao unazad nešto više od dvije decenije. Stoga, koliko god predlagač smatrao da novo zakonsko rješenje doprinosi „socijalno pravičnijem i fiskalno održivijem funkcionisanju sistema“, čini se da ono kroz rigoroznije kriterijume za ostvarivanje prava zapravo predstavlja umanjenje materijalne podrške porodicama s djecom, što opet, povratno, može uticati na daljni pad stope nataliteta, na povećanje broja porodica s djecom koje su npr. korisnici javnih kuhinja, smanjenje boravka broja djece u ustanovama predškolskog odgoja i obrazovanja itd. Jednom riječju, postoji mogućnost da će „osiguranjem minimuma osnovnih prava u oblasti zaštite porodica s djecom“, uz rigorozne uslove za njihovo ostvarivanje, kod jednog broja porodica, koje za obezbjeđenje uslova za pravilan rast i razvoj djeteta trebaju društvenu pomoć, doći do povećanja siromaštva, čega je, čini se, bio svjestan i zakonodavac. U prilog tome govori i sljedeće normiranje u ZMPPD: „Kantoni utvrđuju i druga dodatna prava od onih utvrđenih ovim zakonom zavisno od njihove materijalne mogućnosti i drugih potreba porodice s djecom“ (čl. 10. st. 3). Djelomična kontradiktornost citirane odredbe ogleda se, s jedne strane, u decidnom određenju, odnosno obaveznosti kantona da „utvrđuju i druga dodatna prava“, koja se, s druge strane, mogu ostvariti „zavisno od njihove materijalne mogućnosti“, čime ta prava, umjesto apsolutna, postaju relativna prava.

U istom kontekstu, imajući u vidu prisutne razlike u ekonomskoj moći kantona, može se dogoditi da se utvrđivanjem dodatnih prava samo u pojedinim kantonima nastavi diskriminacija porodice s djecom u FBiH u odnosu na mjesto življenja ili, jednostavno, da niti jedan od deset kantona u svom zakonskom okviru ne normira mogućnost ostvarivanja drugih prava, koliko god potrebe porodica s djecom to nalagale. Stoga se čini da se donošenjem ZMPPD, vjerovatno pod pritiskom međunarodne zajednice, odnosno neodložne potrebe usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa zahtjevima Europske Unije, na neki način htjelo, koliko je to moguće, izbjeći dodatno opterećenje federalnog budžeta za izdvajanja sredstava u oblasti zaštite porodice s djecom. Navedenu pretpostavku, pored normiranja da se sredstva za ostvarivanje prava na novčanu pomoć nezaposlenoj porodilji obezbjeđuju u budžetima kantona,⁴² potkrepljuju i rigorozniji kriteriji u odnosu na kriterije normirane Federalnim zakonom o socijalnoj zaštiti za utvrđivanje jedinstvenog

42 Čl. 29. st. 2. ZMPPD.

cenzusa, odnosno ukupnih mjesečnih prihoda po članu zajedničkog domaćinstva porodice, bez osiguranja povoljnijih uslova i većih iznosa kod ostvarivanja prava na dječji dodatak za određene porodice i djecu. Naime, kako je to ranije prezentirano u prethodnom dijelu ovoga rada, Federalni zakon o socijalnoj zaštiti je porodici koja ima dijete s invaliditetom, kao i porodici u kojoj su oba ili jedan roditelj osobe s invaliditetom, propisivao pravo na dodatak na djecu bez obzira na visinu prihoda domaćinstva, pri čemu primanja ostvarena iz socijalne zaštite i zaštite porodice s djecom nisu ulazila u ukupni mjesečni prihod po članu domaćinstva za ostvarivanje prava na dječji dodatak.⁴³ To bi i danas, s obzirom na prisutno siromaštvo većine bosanskohercegovačkih porodica, bilo u najboljim interesima djeteta. Na tragu navedenog je normiranje da prema ZMPPD pravo na dječji dodatak, čija visina iznosi 19% najniže plaće u FBiH,⁴⁴ ostvaruje dijete do navršene 18. godine života,⁴⁵ iako su, sukladno odredbama Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti,⁴⁶ svi kantoni koji su isplaćivali ovu vrstu materijalne podrške, navedeno pravo vezivali za starosnu dob djeteta/osobe do 26 godina, ukoliko se nalazi na redovnom školovanju. Navedena ograničenja prava na dječji dodatak do navršene 18. godine života, prema Obrazloženju prijedloga ZMPPD uslovljeno je ograničenim budžetskim sredstvima,⁴⁷ što nije bilo slučaj u ranijem Federalnom zakonu o socijalnoj zaštiti kada se pravo na dječji dodatak finansiralo iz budžeta kantona.

Uz sve pobrojano, ZMPPD sadrži i određene pravne nedorečenosti, od kojih izdvajamo odredbu: „Pravo na dječji dodatak ostvaruje i dijete sa težim ili teškim invaliditetom nastalim prije osamnaeste godine života ili za vrijeme redovnog školovanja, od dana podnošenja zahtjeva pa sve dok invaliditet postoji” (čl. 12. st. 2). Nedorečenost ili, bolje kazano, kontradiktornost citiranih odredaba, ogleda se posebno u normiranju da dijete sa težim ili teškim invaliditetom pravo na dječji dodatak ostvaruje „od dana podnošenja zahtjeva pa sve dok invaliditet postoji,“ iako različiti oblici „težeg ili teškog“ invaliditeta nerijetko traju doživotno, npr. potpuni gubitak vida. Stoga će nespretnost citirane odredbe vjerovatno izazvati određene dileme i teškoće u njezinoj realizaciji.

Budući da prezentirana analiza odredaba ZMPPD, u dijelu ostvarivanja prava na dječji dodatak, u odnosu na Federalni zakon o socijalnoj zaštiti, pokazuje normiranje znatno rigoroznijih uslova za ostvarivanje ovog prava, jedan od mogućih zaključaka bio bi da se njegovom primjenom ne mogu očekivati pozitivni pomaci u boljoj materijalnoj podršci porodicama s djecom u FBiH, što, gledajući u cjelini nije u potpunosti tačno. Ovo posebno što je pravo na dječji dodatak, kao i pravo na novčanu pomoć nezaposlenoj porodilji, utvrđeno zakonom na nivou FBiH, čime su, pored eliminiranja diskriminacije u odnosu na mjesto življenja, izjednačene mogućnosti za

43 V. čl. 89. i 91. Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti.

44 Čl. 14. ZMPPD.

45 Čl. 12. st. 1. ZMPPD.

46 Federalni zakon o socijalnoj zaštiti, pored određenja da se djetetom smatra osoba do 18 godina života, normira da: „Izuzetno djetetom, u smislu ovog zakona, smatra se i lice koje radi ostvarivanja prava na dodatak na djecu i osiguravanja školarine ili stipendije za đake i studente, ima i više od 18, a manje od 27 godina života“ (čl. 26).

47 Obrazloženje prijedloga ZMPPD, *supra* note 8, str. 22.

ostvarivanje prava na dječji dodatak za sve porodice s djecom u FBiH koje ispunjavaju zakonom utvrđene kriterije. Uz navedeno, zakonom utvrđena obaveza da se sredstva za dječji dodatak obezbjeđuju iz budžeta FBiH, kao i da visina dječjeg dodatka iznosi 19% najniže plaće u FBiH, što prema trenutnim pokazateljima⁴⁸ iznosi 103 KM po djetetu, tako da je to duplo veći iznos od dosada po kantonalnim zakonima o socijalnoj zaštiti isplaćene visine dječjeg dodatka u pojedinim kantonima.

Drugo osnovno pravo vezano za materijalnu podršku porodicama s djecom utvrđeno odredbama ZMPPD, je pravo na novčanu pomoć nezaposlenoj porodilji (čl. 10. st. 2), pri čemu su u Odjeljku B normirani korisnici ovog prava, uslovi za njegovo ostvarivanje, visina novčane pomoći, isplata i prestanak prava na novčanu pomoć nezaposlenoj porodilji. S tim u vezi, ZMPPD normira da pravo na novčanu pomoć ostvaruje porodilja koja nije u radnom odnosu, a radi porođaja i njege svakog rođenog djeteta. Izuzetno, u slučaju da majka nije živa ili da je spriječena neposredno brinuti o djetetu ili da je napustila dijete, navedeno pravo može ostvariti i otac djeteta (čl. 17. st. 1. i 2). Uslovi za ostvarivanje prava na novčanu pomoć nezaposlenoj porodilji prema odredbama ZMPPD su: da je prijavljena na evidenciji nadležne službe za zapošljavanje ili da se nalazi na redovnom školovanju, te da se u evidenciji Porezne uprave ne vodi kao zaposleno lice (čl. 18). Uz navedeno, ZMPPD utvrđuje da visina mjesečne pomoći ovoj skupini korisnica materijalne podrške iznosi 55% najniže plaće u Federaciji, utvrđene sukladno odredbama Zakona o radu FBiH (čl. 19), s tim da novčana pomoć traje „dok postoje uslovi za ostvarivanje prava, a najduže 12 mjeseci od dana rođenja djeteta“ (čl. 20. st. 4). U zakonu su također, utvrđeni i razlozi zbog kojih pravo na novčanu pomoć nezaposlenoj porodilji prestaje (čl. 21).

Prezentirane odredbe sadržane u ZMPPD vezane za mogućnost ostvarivanja prava na novčanu pomoć nezaposlene porodilje, u odnosu na odredbe ranijeg Federalnog zakona o socijalnoj zaštiti, prema kome je mogućnost ostvarivanja navedenog prava bila u nadležnosti kantona, predstavljaju značajan pomak kroz ostvarenje prava i veću socijalnu sigurnost ove skupine korisnica materijalne podrške. Ovo posebno, ako se ima u vidu da je mogućnost ostvarivanja navedenog prava u okviru deset kantona bila različita, pri čemu se najčešće isplaćivala naknada u vidu jednokratne materijalne pomoći i to u kantonima gdje je ovo pravo bilo realizirano. Stoga, za razliku od navedenog, u ZMPPD utvrđena jedinstvena visina novčane pomoći nezaposlenoj porodilji, 55% najniže plaće u FBiH, odnosno trenutno 298 KM pomoći za sve nezaposlene porodilje, pored eliminiranja ranije prisutne diskriminacije u odnosu na mjesto življenja, predstavlja ostvarivanje najboljeg interesa, posebno novorođenog djeteta. Međutim, i pored pozitivnih promjena, ovdje posebno ističemo da je u zakonu normirano da se sredstva za ostvarivanje prava na novčanu pomoć nezaposlenoj porodilji obezbjeđuju u budžetima kantona.⁴⁹ S tim u vezi, budući da je u Obrazloženju ZMPPD vezano za finansiranje prava na dječji dodatak i prava nezaposlenoj porodilji na novčanu pomoć, navedeno: „Ovakvim zakonodavnim rješenjem došlo bi do fiskalnog rasterećenja kantonalnih budžeta,

48 Prema Odluci o iznosu najniže plaće za 2022. godinu („Sl. novine FBiH“ br. 3/22), najniža plaća u FBiH za 2022. godinu iznosi 543KM.

49 Čl. 29. st. 2 ZMPPD.

što bi omogućilo obezbjeđenje finansijskih sredstava za finansiranje ostalih prava iz oblasti socijalne i dječje zaštite”,⁵⁰ može se postaviti pitanje: da li je to zaista tako? Ovo posebno što ZMPPD, kako je to ranije istaknuto u ovom radu, normira da kantoni, osim prava na dječji dodatak koje se finansira iz budžeta FBiH, i novčane pomoći nezaposlenoj porodilji koja se finansira iz budžeta kantona, „utvrđuju i druga dodatna prava ... zavisno od njihovih materijalnih mogućnosti.”⁵¹ Stoga se čini da je i sam zakonodavac svjestan stanja da materijalna podrška porodicama s djecom, odnosno zaštita porodice s djecom u FBiH, što uključuje i finansiranje sredstava za novčanu pomoć nezaposlenim porodiljama, zavisi od nivoa raspoloživih, a ne potrebnih sredstava, koje većina kantona nema u svojim budžetima.

4. Zaključak

Siromaštvo bosanskohercegovačkog društva, zajedno s postojećim uređenjem zemlje, čini se ima najpogubnije posljedice na socijalnu sigurnost porodice s djecom, što se u FBiH nastoji prikriti zakonskim rješenjima koja su, površno gledajući, usklađena s odredbama brojnih međunarodnih dokumenata koje je država BiH ratificirala. Pri tome, neophodnost usklađivanja zakonskog okvira iz oblasti socijalne zaštite sa zakonodavstvom Evropske Unije, rezultirala je, nakon poduzimanja različitih aktivnosti, koje su trajale više od jedne decenije, donošenjem posebnog Zakona o materijalnoj podršci porodicama s djecom u Federaciji Bosne i Hercegovine, početkom jula 2022. godine. Njegova ključna karakteristika je reduciranje osnovnih prava porodice s djecom, s ranijih devet, na samo dva osnovna prava: dječji dodatak i novčana pomoć nezaposlenoj porodilji, uz mogućnost da kantoni utvrđuju i druga dodatna prava zavisno od njihove materijalne mogućnosti i potreba porodice s djecom. S tim u vezi, bez obzira na navedeno reduciranje osnovnih prava porodice s djecom, donošenjem ZMPPD evidentni su i određeni pomaci: ukinuta je ranije prisutna diskriminacija korisnika u odnosu na mjesto življenja, koja je bila uzrokovana finansijskim mogućnostima kantona, i ujednačena visina novčane pomoći na ime dječjeg dodatka kao i visina naknade nezaposlenoj porodilji na području FBiH. S druge strane, pored navedenih pomaka, čini se da zakonom utvrđen cilj materijalne podrške porodicama s djecom: „da se svoji djeci obezbijede približno jednaki materijalni uslovi za zdrav i pravilan psihofizički razvoj u porodici“, realiziranjem samo dva prava, nije moguće ostvariti. Stoga cijenimo da se zaštita porodice s djecom u FBiH, posebno ako se polazi od u KPD utvrđenih prava djeteta na životni standard i socijalnu sigurnost, svodi na stvaranje minimalnih uslova za djetetov rast i razvoj, odnosno na golo preživljavanje, za šta opravdanje ne treba tražiti u lošem ekonomskom stanju zemlje.

Borjana Miković, LL. D., Associate Professor
Faculty of Political Science, University of Sarajevo

⁵⁰ Obrazloženje prijedloga ZMPPD, *supra note* 8, str. 23.

⁵¹ Čl. 10. st. 3. ZMPPD.

SOCIAL AND LEGAL PROTECTION OF FAMILIES WITH CHILDREN

Summary: Social rights and the possibility of their implementation, particularly in the protection of vulnerable social groups which need social assistance to ensure their existence, in accordance with their human dignity, depend on society's financial and economic power. Awareness of this, to lesser or greater extent, is present in various international documents where the mandatory implementation of these rights is specifically stipulated, for example, when providing appropriate assistance in creating necessary conditions for healthy and proper development of the child in the family. This approach, along with efforts to include children and unemployed women/postpartum women, using social and legal protective measures, especially through material support for families with children, in line with the available resources, prevails in the social legislation of the Federation of Bosnia and Herzegovina. Therefore, this paper, with the aim of looking at the possibilities and the actual situation, presents a comparative legal analysis of the relevant provisions of the Law on the Principles of Social Protection, Protection of Civilian Victims of War and Protection of Families with Children of the Federation of Bosnia and Herzegovina, which established nine different rights in the protection of families with children, and the Law on Material Support for Families with Children in the Federation of Bosnia and Herzegovina, which stipulates only two binding rights: child allowance and financial assistance to unemployed postpartum women. The same law specifies that other additional rights related to support for families with children, including the rights prescribed by the previous law, still remain within the competence of the cantons. The aforementioned standardization, i.e. the division of the right to material support for families with children into two binding rights and "other additional rights", which are determined by the cantons depending on their financial capabilities, will inevitably in practice, with certain advantages compared to the earlier legal framework, continue to result in discrimination of beneficiaries, especially based on place of residence and different levels of support.

Keywords: social rights, international documents, material support for families with children, economic capabilities, discrimination.

PORODICA U JEVREJSKOM PRAVU

Sažetak: S obzirom na izuzetno jak značaj porodice i porodičnih odnosa u okviru svake od monoteističkih religija, u radu će se akcenat staviti na pojam porodice u okviru najstarije monoteističke religije, odnosno religijskog prava, a to je jevrejsko pravo.

Metodom analize, komparacije i dogmatske metode ukazaće se na specifičnosti braka sa posebnim osvrtom na institut roditeljstva u jevrejskom pravu. Nadalje, rad se bavi pitanjem strukture bračne zajednice u judaizmu i načinom na koji se ona formira, obavezama bračnih partnera, pitanjem da li je moguće razvesti nefunkcionalnu bračnu zajednicu, te implikacijama rješenja sadržanih u pravnim izvorima koji regulišu ta pitanja.

Radom se nastoji potvrditi postavka da je institut porodice u jevrejskom pravu okosnica judaizma, regulisan kako normativno tako i pravilima običajnog prava.

Ključne riječi: jevrejsko pravo, porodica, judaizam, nekonvencionalni oblici porodice

1. Uvod

U bosanskohercegovačkoj historiji Jevreji se javljaju od prve polovine XVI stoljeća i od tada su sastavni dio društvenog života tadašnje Bosne u okviru Osmanskog carstva. Tako, 1565. godine u Sarajevu osnivaju sefardsku jevrejsku općinu¹ i organizuju život u novoj sredini. Zbog zajedničkog života bez nasilništva i agresije sa pripadnicima drugih religija i zbog toga što je „Bosna bila rasadište rabina i hahama koja je već stoljećima davala rabine cijeloj Evropi“² Sarajevo nosi i počasni naziv koji su mu Jevreji dali, a to je *Jerušalajim ketana* (Mali Jeruzalem).

Sa svojim dolaskom Jevreji donose i svoje jevrejsko pravo koje u Osmanskoj carevini biva štovano u okviru poznatog milet sistema.³ Osnovni izvori jevrejskog vjerovanja je Tora, koja u prijevodu s hebrejskog jezika znači „učenje“, a u širem smislu „zakon“. Tora, u suštini, predstavlja petoknjižje Starog zavjeta kog čine:

1. Knjiga postanka (opis postanka svijeta),

1 Imamović M., *Historija države i prava Bosne i Hercegovine*, Magistrat, Sarajevo, 2001, 128.

2 Nezirović M., *Mjesto Bosanske Sefardske Zajednice u Sefardskim Zajednicama Europe*, Sefard 92, 13-31, Web stranica „La Benevolencija“ (<https://www.jews.ba/>), <https://www.jews.ba/post/21/Mjesto-Bosanske-Sefardske-Zajednice-u-Sefardskim-Zajednicama-Europe> (19. 9. 2022.)

3 Milet sistem označava sistem zaštićenih (religijskih) manjina u Osmanskom carstvu. Osnovni uslov za sticanje statusa zaštićene manjine je da to nemuslimansko stavovništvo pripada narodu „knjige“, odnosno da im je data/spuštena Božija objava. Jevreji su ispunjavali taj uslov i tako su imali status zaštićene manjine.

2. Knjiga izlaska (period egipatskog ropstva, izlazak po Mojsijom i dobivene zapovijedi),
3. Levitski zakonik (zakon svećenika sa propisima o službi, dužnostima i praznicima),
4. Knjiga brojeva (opis jevrejskog lutanja po pustinji) i
5. Ponovljeni zakon (zbirka pravila koja je diktirao Mojsije u svojim govorima).⁴

Osim iz Tore, jevrejsko pravo crpimo još iz Mišne⁵, Talmuda (Jerusalimski i Babilonski)⁶ i iz Gemare.⁷ Jedna od specifičnosti Talmuda jeste da norme koje pronalazimo unutar istog ne sadrže ni zabranu, ni naredbu, niti proglaš⁸, nego se obično sastoji iz argumenata, razloga za neki stav.⁹ Osnov jevrejskog prava, po kom se Jevreji trebaju voditi i ponašati su Božije zapovijedi koje su spuštene na Sinaju (Sinajskoj gori) i kojih ima deset. Deset Božijih zapovijedi označava se još i terminom Dekalog. U okviru Dekaloga vidljive su zapovijedi koje se direktno odnose na porodični život Jevreja, o kojima će biti više riječi u nastavku.

Prije nego što ukažemo na norme jevrejskog prava koje se tiču porodice i porodičnog života, napomenut ćemo da autor „Levi-Štros ističe da se porodica može posmatrati „vertikalno“ kao osnovna ćelija društva i tada se odnos između roditelja i djece nalazi u centru pažnje, ili „horizontalno“ kao povezivanje dvije porodice (iz kojih potiču mladoženja i mlada) da bi nastala nova, treća porodica).“¹⁰

Bez obzira da li porodicu posmatramo „vertikalno“ ili „horizontalno“, osnova jevrejskog društva je porodica u kojoj je od pradavnih vremena bila micva¹¹ poštivanje roditelja, dužnost roditelja da stvaraju potomstvo, da djetetu daju odgovarajuće vjersko obrazovanje i da ga nauče čuvanju porodičnog imena.¹²

4 Drino Dž., *Komparativna pravna historija*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2017, 59.

5 Mišna ili „druga Tora“ predstavlja običajnopravna pravila koji se bave desetinom, praznicima, bračnim pravom, krivičnim postupkom, te obredima. *Ibid.*

6 I Jerusalimski i Babilonski Talmud predstavljaju komentar Mišne. Talmud je obavezujući samo za Jevreje, jer njegovo nastajanje predstavlja splet historijskih okolnosti i potrebe očuvanja jevrejske religije i tradicije. *Ibid.*, 60.

7 Gemara je komentar koji se sastoji od detaljne analize riječi i rečenica Mišne uz izlaganja svih mogućih tumačenja. *Ibid.*, 59.

8 Stanojević O.; Stanković E., *Savremeni pravni sistemi*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu – Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2010, 92.

9 Pravna norma ponekad ima ovakav oblik: „Ovo je dobro, a ovo nije“. *Ibid.*

10 Avramović S.; Stanimirović V., *Uporedna pravna tradicija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2011, 41.

11 Na hebrejskom vrlo kratka riječ micva - označava osnovnu Božju zapovijed. Samokovlija S., Židovi u BiH, Judaizam, Micve, Običaji, Web stranica „La Benevolencija“ (<https://www.jews.ba/>), <https://www.jews.ba/post/88/%C5%BDidovi-u-BiH.-Judaizam.-Micve.-Obi%C4%8Daji> (19. 9. 2022.)

12 Verber E., *Uvod u jevrejsku veru*, Savez jevrejskih opština Jugoslavije, Beograd, 1993, 93. Knjiga dostupna online na linku: https://jevrejskigitalnabiblioteka.rs/bitstream/handle/123456789/1334/VerberUvodUjevrejskuVeruOCR.pdf?sequence=1&isAllowed=y&fbclid=IwAR3YARSHf-eFvObHkmiK1q0_ZoNckl3PzyNihF-hhAOamlejA7Gal5dJc (18. 9. 2022.)

2. Brak u jevrejskoj zajednici i jevrejskom pravu

Kako navodi autorica Deretić, zaključenje braka kod Jevreja bila je primarna obaveza koja je u skladu s predanjem da je poslije stvaranja svijeta najvažniji zadatak Svevišnjeg bio zaključenje brakova između ljudi.¹³ Svaki odrasli muškarac je u obavezi da se oženi i da ostvari potomstvo, dok je neudata djevojka predstavljala nesreću za porodicu.¹⁴ Jevrejski brak podrazumijeva brak između muškarca i žene koji su potomci majke jevrejke, jer se u judaizmu pripadnost preuzima od majke, a ne od oca.

Obaveznost braka proizlazi kao rezultat svojevrsne legalizacije spolnih odnosa, koji su u judaizmu shvaćeni kao prirodan i sastavni dio ljudskog bića i života, za razliku od kršćanstva. U kršćanstvu seksualnost ima karakter poroka kao posljedica prvog grijeha Adamovog, dok u judaizmu seksualnost ima obilježje grijeha onda kada je upražnjavana u vezi koja je običajno i društveno neprihvatljiva.

Primjer takve veze je svakako homoseksualna veza, koja je bila strogo zabranjena još od starozavjetne epohe.¹⁵ „Ovakve zabrane protezale su se i na određene postupke koji ne spadaju u seksualnu nastranost, ali narušavaju prirodan tok u izražavanju i zadovoljavanju intimnih potreba.“¹⁶ Kao naprimjer: prekidanje spolnog odnosa u svrhu kontracepcije i muška apstinencija. Svakako, jevrejsko pravo poznaje i bračne prepreke zbog kojih se nije mogao sklopiti brak, a to su: krvno srodstvo (zabrana ženidbe sa majkom, kćerkom, unukom, tetkom), širi porodični odnosi (snaha, maćeha, bratova žena), sa nerazvedenom ženom (posebno izraženo u jevrejskom pravu), kao i sa ženinom sestrom (svastikom, šogoricom) sve dok je žena živa, čak i ako je razvedena. Identične bračne zapreke vrijede i za ženu i njezinu udaju.¹⁷

13 Neka je rimska gospoda pitala rabi Josea, sina Halaftina: „Za koliko je dana Sveti, blagoslovljen neka je, stvorio svoj svijet?“ On joj reče: „Za šest dana.“ Ona mu reče: „A što radi otad, pa dosad?“ On joj reče: „Sveti, blagoslovljen neka je, sjedi i sparuje parove: Kćer toga i toga tome i tome.“ Ona mu reče: „I to mu je sav posao? Tako i ja mogu da činim. Koliko robova i koliko robinja imam, za tili čas ih mogu spariti.“ On joj reče: „Ako se to tebi čini lako, Svetom, blagoslovljen neka je, čini se teško, kao rastavljanje Crvenog mora.“ Ona otpusti rabi Josea, sina Halaftina, te on ode.

Što je učinila? Uze tisuću robova i tisuću robinja te ih postoroji u redove i reče im: „Taj i taj će oženiti tu i tu, a ta i ta će se udati za toga i toga.“ Sparila ih je za jednu noć. Sutradan dođoše pred nju – ovaj je ranjen u glavu, ovome je oko povrijeđeno, onome ruka iščašena, ovome noga slomljena.

Ona im reče: „Šta je vama?“ Ovaj reče: „Neću ovu.“ Ova reče: „Neću ovoga.“ Odmah posla po rabi Josea, sina Halaftina i reče mu: „Rabi, istinit je vaš Nauk. Poštovanja dostojan. Sve što mi reče, lijepo mi reče!“ (B' rešit Raba list 68)

14 Deretić N., *Zaključenje braka u pravnoj istoriji*, Pravni fakultet u Novom Sadu – Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2011, 17.

15 Radovanović V., *Muškarac i žena – judaizam i brak*, Životni ciklus - običaji kod Jevreja, Jevrejski istorijski muzej Savez jevrejskih opština Srbije, Beograd, 2013, 31. Članak dostupan na linku: <https://jevrejskadigitalnabiblioteka.rs/bitstream/id/4158/RadovanovicMuskaraciZenaJudaizamOCR.pdf?fbclid=IwAR3YH3yVq78pBUaJ5JVKQSorZgSEWzOX5KQ-g4A5Z6GGZ83ultzLjcF0I-U> (18. 9. 2022.)

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*, 32.

U Talmudu je jasno navedeno da se kćer ne smije udavati dok je još mala: „Ne smije čovjek udavati kćer dok je mala, sve dok ne odraste i rekne: Toga i toga hoću.“¹⁸ Što nam pokazuje da judaizam kao takav štiti djevojčice od preuranjenih ili tzv. dječijih brakova. Ipak, smatra se da je brak najbolje sklopiti u ranoj mladosti, u osamnaestoj ili dvadesetoj godini života.¹⁹ Izuzetak postoji onda kada se muškarac obrazuje i posveti nauci, tada može kasnije sklopiti brak.²⁰ S obzirom da govorimo o najstarijoj monoteističkoj religiji, jasno se nameće pitanje postojanja poligamnih brakova, odnosno, višeženstva. Mnogoženstvo je u judaizmu bilo dozvoljeno i muškarac je nakon skapanja braka ostajao pravno neoženjen, ipak početkom XI stoljeću rabi Geršom ben Juda, tadašnji rabin u Mainz-u i duhovni vođa evropskih Jevreja ukida i zabranjuje višeženstvo, koje inače u praksi nije bilo tako jako zastupljeno.²¹ Sklapanje braka u judaizmu možemo podijeliti na tri čina: šiduhin - posredovanje, provodažisanje; *kidušin* - vjeridba i *nisuim* - vjenčanje.²² Bračna procedura započinje provodažisanjem, gdje provodažije nazivamo šadhani (šahden) koji traže mladu ili mladoženju po volji roditelja, a kasnije učestvuju i ugovaranju uslova za brak. Drugi čin u sklapanju braka je vjeridba, koja je specifična za stare narode.

Vjeridbu su činili: preliminarni dogovori između roditelja ili staratelja budućih vjerenika, plaćanje tzv. *mohara* (cijene) i ostalih darova, davanje saglasnosti očeva ili staratelja, određivanje vrijednosti miraza i sama svečanost proglašenja vjeridbe.²³ Nakon tog čina potencijalna mlada postaje vjerenica – *arusa*. Do sklapanja braka, odnosno, do vjenčanja nije dolazilo ukoliko bi se zaruke tj. vjeridba raskinula. Vjeridba se mogla raskinuti u sljedećim slučajevima: ako otac vjerenice ne održi obećanje dato na vjeridbi ili ako izostane obećani miraz.²⁴

Ukoliko se zaruke održe, onda se mladenci upućuju na čin vjenčanja. Žena se stječe na tri načina, a ona se stječe samu sebe na dva načina. Stječe se novcem, pisanom ispravom i općenjem. A samu sebe stječe otpusnim pismom ili smrću muža.²⁵ Veoma važan pojam za bračno jevrejsko pravo je i *ketuba*, a u nekim izvorima²⁶ se navodi i kao *kituba*. *Ketuba* je pisani vjenčani ugovor koji sadrži informacije o mirazu, o dijelu imovine koji ostaje ženi, te neki drugi podaci, odnosno, dogovori važni za zajednički, bračni život. Pisana je na aramejskom jeziku, obično na koži, bila je veoma često bogato ukrašena,²⁷ te je čitana na ceremoniji vjenčanja pod otvorenim nebom. Kao posebna ugovorna klauzula ketube može se dodati odredba o visini

18 Kidušin list 11.

19 Radovanović V., 32.

20 Učahu učitelji naši: Ako (sin) treba da uči Nauk i da uzme ženu, onda neka prvo uči Nauk, a zatim neka uzme ženu. Ali ako se ne može lišiti žene, neka onda uzme ženu, pa zatim neka uči Nauk. (Kidušin list 29/b)

21 Verber E., *Uvod u jevrejsku veru*, 98.

22 *Ibid.*, 99.

23 Deretić N., 17.

24 *Ibid.*

25 Kidušin list 2/a.

26 Ganija H., *Bračno pravo i nasilje u porodici*, Univerzitetska hronika – časopis Univerziteta u Travniku, 121. Članak dostupan online na linku: <file:///C:/Users/xy/Desktop/8-13.pdf> (18. 9. 2022.)

27 Verber E., *Uvod u jevrejsku veru*, 101.

novčanog iznosa ili druga imovinska korist koju je muž obavezan isplatiti ili predati u slučaju razvoda braka. Takvu klauzulu nazivamo *ikar ketuba*.²⁸

Posebnu vrstu braka, koju uočavamo u judaizmu, nazivamo levitratski brak i on predstavlja obavezu vjenčanja žene kojoj je muž umro za njegovog brata. *Levir* na hebrejskom znači djever i levirat predstavlja ostatke patrijarhalnog sistema. Ovaj brak se sklapao samo ako iza umrlog lica nije bilo potomaka i obaveza se odnosila isključivo na braću umrlog po ocu, preciznije, na najstarijeg brata među njima.²⁹ Cilj je bio očuvati porodicu, ali svakako i imovinu unutar te porodice.

Muškarci i žene u judaizmu nisu isti – stoga nemaju ni ista prava ni obaveze. Poslovi koje žena radi za svog muža su: žrvnja, peče i pere, kuha i doji svoje dijete, prostire mu postelju i obrađuje vunu.³⁰ Muževljeva ovlaštenja su podijeljena na deset obaveza prema ženi i četiri prava u odnosu na ženu.

Obaveze muža su sljedeće:

1. (da joj ne uskrati) opstanak, a to znači izdržavanje;
2. (da joj ne uskrati) odijelo, podrazumijeva adekvatnu odjeću;
3. (da joj ne uskrati) sezonu, obaveza stupanja u normalne seksualne odnose;
4. da je liječi u slučaju bolesti;
5. da je iskupi u slučaju da bude zarobljena;
6. da je sahrani u slučaju smrti;
7. da ostane u njegovoj kući po njegovoj smrti;
8. da se izdržava od njegovih prihoda, sve dane njenog udovištva, po njegovoj smrti;
9. da se njene kćeri, iz braka sa njim, izdržavaju, po njegovoj smrti, od njegove imovine – dok se ne zaruče i
10. da njeni sinovi, iz braka sa njim, naslijede i podijele svotu naznačenu u njenom bračnom ugovoru, povrh nasljednog dijela koji ih sljeduje na osnovu podjele imovine između njih i sinova drugih očevih žena.

Četiri muževa prava u odnosu na ženu su:

1. da raspolaže njenom zaradom;
2. da raspolaže stvarima koje bi ona pronašla;
3. da uživa dividendu njene predbračne imovine;
4. da je naslijedi - ako ona umre za njegovog života, te da ima prednost pri nasljeđivanju pred svim drugim ljudima.³¹

Na koncu, kada sagledamo prava i obaveze obje strane, „proizlazi da su prava i obaveze vrlo precizno raspodijeljeni i raspoređeni – tako da niko nije podređen drugom više nego drugi njemu – odnosno: niko ne vlada drugim više negoli drugi njime.“³²

U judaizmu se izuzetno naglašava potreba za poštivanjem i ljubavlju između bračnih partnera i unutar porodice, pa tako: „Učahu učitelji naši: Tko voli ženu svoju

28 Svraka – Imamović A., *Koncept braka u islamskom, jevrejskom, engleskom i velškom pravu*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LXI – 2018, 331.

29 Radovanović V., 41.

30 K'tuvot list 64.

31 Papo E., *Judaizam i ljudska prava*, Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo, 1998, 75.

32 *Ibid.*

kao sebe sama, a štjuje je više od sebe sama, i tko napućuje svoje sinove i kćeri pravim putem, tko ih ženi i udaje na vrijeme, o njemu Spis kazuje: *I znat ćeš da je miran šator tvoj.*³³

Sedma Božija zapovijed glasi: „Ne čini preljube.“, a deseta: „Ne poželi kuće bližnjega svojega, niti išta što pripada bližnjem tvojemu.“ i iz ove dvije zapovijedi vidimo da je preljuba posebno omražena i kao takva zabranjena kako muškarcu, tako i ženi. U Talmudu se izričito navodi kako je drugova žena kao sam drug³⁴ i da ni u kom slučaju čovjek (a u judaizmu se terminom čovjek označava i muškarac i žena³⁵) ne smije pogledati tuđe. Na prethodno navedeno, oslanja nam se institut kopilanstva, koji možemo smatrati i kao mehanizmom prevencije od preljubničkih odnosa i zaštite privatnih odnosa. Koristeći izraz „kopile“ u pežorativnom smislu misli se na vanbračnu djecu, ali to jevrejskom pravu nije tako. Čak su vanbračna djeca potpuno zakonita, kao i djeca rođena u nezakonitom braku. „Kopilad su ona djeca koja su bila plod preljube udate žene sa drugim muškarcem, zabranjenih seksualnih odnosa – ili odnosa između ljudi koji se nikad ne bi mogli vjenčati – na primjer: dijete koje se rodilo iz odnosa između brata i sestre.“³⁶

Brak nema karakter svetog sakramenta, što je identično kao i u islamu, te ga je moguće razvesti. Razvod braka je lakše dobiti ako ste muškarac, a navodi se kako žena razvod može tražiti samo u ekstremnim situacijama.³⁷ Ipak, prema jevrejskim propisima razlozi za razvod braka mogu biti: obostrana želja za razvodom, dovoljno je bilo biti lično nezadovoljan, muškarac se mogao razvesti ako nisu imali djece tokom deset godina braka, žena se mogla razvesti od muža zbog zapostavljanja ako je zajednički život postao prazan i nemoguć, također žena se mogla razvesti u slučaju seksualnih problema muža, nasilničkog ponašanja, teškog oboljenja i sl.³⁸ Nevjerstvo muža u staro vrijeme nije bio osnov za razvod braka³⁹, ali je i žena u nekim slučajevima mogla tražiti razvod braka. Koncept je postavljen tako da muž daje razvod braka, a supruga/žena ga dobija. Vrlo često se za razvod koristi termin *get*⁴⁰, ali on preciznije označava tzv. razvodno ili otpusno pismo, a žena koja dobije

33 Verber E., *Talmud*, Narodna knjiga – Alfa, 2002, 272.

34 Avoda zara list 39.

35 Rabi Elazar reče: „Čovjek koji nema žene nije čovjek. Jer je rečeno: Muško i žensko stvori ih i nazva ih imenom čovjek.“ (Post 5, 2)

36 Prof. Rav Rikman 'I., *Pravo na privatnost i religijska prisila u jevrejstvu*. Vidi u: Papo E., *Judaizam i ljudska prava*, 186.

37 Ganija H., 121.

38 Radovanović V., 43.

39 Verber E., *Uvod u jevrejsku veru*, 102.

40 Get je dokument, pisan i za muža i za ženu, ponaosob, u kojem su sadržani samo njihovi lični podaci, datum i mjesto izdavanja get-a, bez navođenja bilo kakvih razloga za ovakav postupak. Get, prema propisima, ne smije biti štampan, jer svaka životna situacija ima svojih specifičnosti. Činu razvoda, osim rabinskog suda, treba da prisustvuje pisar (sofer) i dva svjedoka. Pisar i svjedoci moraju da budu vjernici, a da međusobno ne budu ni u kakvom srodstvu, niti u srodstvu sa nekim od supružnika. Ako sticajem okolnosti nisu pronađeni odgovarajući svjedoci, članovi suda su preuzimali tu funkciju. Prije nego što će se pristupiti pisanju get-a, sud je morao da se uvjeri da je razvod pokrenut slobodnom voljom bračnih partnera. Također, imao je obavezu da pokuša da ih ujedini i pomiri, mada nije bio dužan da razmatra konkretne motive za raskid, niti finansijska pitanja. Vidi: Radovanović V., 44.

razvod naziva se *geruša*. Nakon razvoda braka muž može odmah sklopiti novi brak, a žena nakon tri mjeseca.⁴¹

3. Djeca u jevrejskoj zajednici i jevrejskom pravu

Kao što smo već ranije naglasili djeca u jevrejskoj porodici imaju posebno mjesto. Nemogućnost ostvarenja potomstva čak može predstavljati i osnov za razvod braka. Rađanje djece u judaizmu se doživljava kao poseban blagoslov i za to se vežu posebne micvot.⁴² Jedna od skoro općepoznatih obaveza Jevreja je obrezivanje muške djece, ali je specifičan razlog zbog kog se taj obred primjenjuje. *B'rit mila* (*berit mila, bris mile*) je obilježavanje pripadnosti savezu kojeg je Gospod sklopio sa praocem Avramom⁴³, iako dijete koje je rodila Jevrejka automatski pripada jevrejskom etnosu, bez obzira na to da li je obrezano ili ne.⁴⁴ Obrezivanje djeteta se vrši osmi dan po rođenju, ukoliko to zdravstveno stanje bebe dozvoljava. Običaj je da se na ceremoniji obrezivanja dječaku daje i ime koje će biti u skladu sa religijom. Ukoliko se rodi žensko dijete, njezino rođenje se objavljuje prvog petka uveče u sinagogi, poslije večernje službe i tada se obznanjuje njeno ime. Roditelji tada prisutnima daju poslužnje.⁴⁵ Jedna od poznatijih micvot je *bar micva* koja podrazumijeva proglašenje punoljetstva jevrejskog dječaka koje se stiče sa trinaest godina i od tada je vjerski punoljetno i samostalno odgovara za svoja djela. „Krajem XIX stoljeća se u reformnim zajednicama uveo običaj da se i djevojčicama od dvanaest godina priređuje neka vrsta slavlja i ona postaje *bat micva*. Ortodoksne zajednice ni danas ne priznaju ovaj običaj, koji se ipak proširio u savremenom jevrejstvu.“⁴⁶

Zanimljiv je i običaj da se prvorodenoj djeci daje nadimak Buki ili Bohor za dječake, a za djevojčice Bukica ili Bohoreta. Dr. Eli Tauber navodi da se ovaj nadimak uglavnom koristio u samo krugu porodice, ali da nije mali broj onih koji su nadimak zadržali u svakodnevnom životu, pa su imali i priličan broj dokumenata sa nadimkom umjesto sa ličnim imenom. Za ovo je najpoznatiji primjer znamenita sarajevska književnica Laura Papo Bohoreta kojoj je pravo ime Luna i sva svoja djela je objavila čak sa dva nadimka.⁴⁷

41 Drino Dž., *Balkan – državopravna historija*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2018, 184.

42 Verber E., *Uvod u jevrejsku veru*, 102.

43 *Ibid.*

44 Radovanović V., *B'rit mila – obrezivanje muškog deteta*, Životni ciklus - običaji kod Jevreja, Jevrejski istorijski muzej Savez jevrejskih opština Srbije, Beograd, 2013, 20. Članak dostupan na linku: <https://jevrejskadiigitalnabiblioteka.rs/bitstream/handle/123456789/1337/RadovanovicBritMilaOCR.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (19. 9. 2022.)

45 Verber E., *Uvod u jevrejsku veru*, 104.

46 *Ibid.*, 105.

47 Tauber E., *Jevrejska prezimena sa posebnim aspektom na Bosnu i Hercegovinu*, Pregled- Časopis za društvena pitanja, Sarajevo, No. 1 (2014), 131. Članak dostupan na linku: <file:///C:/Users/xy/Desktop/mirzac-eli-tauber-jevrejska-prezimena-sa-posebnim-aspektom-na-bosnu-i-hercegovinu.pdf> (20. 9. 2022.)

Djeca imaju obavezu poštivanja svojih roditelja koja je eklatantno navedena u petoj Božijoj zapovijedi. Pomenuta zapovijed čini prekretnicu između prethodne četiri koje govore o Bogu i preostalih pet koje su posvećene međuljudskim odnosima. „Pri prvom čitanju čini se da se odnosi samo na obiteljske odnose; djeca trebaju poštivati svoje roditelje. No, odnosi se i na prenošenje vjere u Boga na sljedeće generacije. Danas, kad se obrazovanje uvelike izvodi izvan obitelji, zapovijed služi kao ozbiljan podsjetnik, ne samo na potrebu za skladnim obiteljskim životom, već i na odgovornosti s poštovanjem za vjersko obrazovanje koje ovisi o roditeljima i djeci.“⁴⁸

4. Zaključak

Može se zaključiti da pojam jevrejske zajednice u jevrejskom pravu uveliko korespondira pojmu porodice u drugim religijama uz određene specifičnosti koje pojmu bračnog zajedništva daju jednu savremeniju dimenziju. Kako je u radu i predstavljeno, jevrejsku porodicu čine muškarac (suprug) i žena (supruga) koji trebaju biti dovoljno stari za sklapanje braka i da je potrebno da prođu bračnu proceduru koja se ogleda u provodadžisanju, vjeridbi i samom sklapanju braka. Krvno i tazbinsko srodstvo predstavlja bračnu prepreku uz izuzetak instituta levirata u kom se udovica udaje za svog najstarijeg djevera i to je specifikum u okviru judaističke porodice. Vidljivo je da obje strane u bračnoj zajednici imaju prava i obaveze, ali da je brak ipak moguće razvesti uz određene uslove što predstavlja jasnu razliku u odnosu na kršćanstvo gdje je brak okarakterisan kao sveti sakrament.

Kroz analizu i tumačenje procesa sklapanja braka i rađanja djece pokazano je da porodica u jevrejskom pravu predstavlja fundament očuvanja jevrejske religije. Također, činjenica da se prema jevrejskom pravu pripadnikom ili pripadnicom judaizma postaje rođenjem od majke jevrejke dodatno akcentira važnost i specifičnost instituta porodice u jevrejskom pravu. Pokazali smo da za Jevreje brak nije ostvario svoju svrhu ukoliko u njemu nema potomstva, pa se tako priličan broj micvota odnosi na rađanje djece. Koliki značaj ima porodica u jevrejskom pravu pokazuju i činjenica da se tri Božije zapovijedi date na Sinaju odnose na porodične odnose i prema tome zaključujemo da se judaizam ili jevrejstvo kroz stoljeća odupire izazovima vremena i društvenih okolnosti zahvaljujući koherentnoj i na etičkim i vjerskim osnovama povezanoj porodici.

48 Web stranica: Biblijski institut Zagreb, <https://www.bizg.hr/deset-zapovijedi/> (20. 9. 2022.)

FAMILY IN JEWISH LAW

Summary: Given the extremely strong importance of family and family relationships within each of the monotheistic religions, the author will put an emphasis on the concept of family within the oldest monotheistic religious law, which is Jewish law.

Using the method of analysis, comparison and dogmatic method, the specifics of marriage are pointed out with special reference to the institution of parenthood in Jewish law. Furthermore, the paper deals with the question of the structure of the marriage union in Judaism and the way it is formed, the obligations of the spouses, the question of whether it is possible to divorce a dysfunctional marriage union, and the implications of the solutions contained in the legal sources that regulate these issues.

The paper tries to confirm the premise that the institution of the family in Jewish law is the backbone of Judaism, regulated normatively and by the rules of customary law.

Key words: Jewish law, family, Judaism, unconventional forms of family

IZDVAJANJE (VAN)BRAČNE STEČEVINE U NASLJEDNOM PRAVU U BOSNI I HERCEGOVINI S OSVRTOM NA PRAVO EVROPSKE UNIJE

Sažetak: Zahtjev za izdvajanje bračne stečevine predstavlja pravo bračnog odnosno vanbračnog partnera kao nasljednika u ostavinskom postupku, na osnovu kojeg isti zahtijeva da se iz ostavinske mase izdvoji njegova bračna/vanbračna stečevina, koju je stekao sa ostaviocem u toku trajanja braka odnosno vanbračne zajednice. Kao posljedica izdvajanja bračne/vanbračne stečevine iz ostavinske mase, dolazi do smanjenja ostavinske mase, odnosno izdvajanja dijela koji pripada bračnom odnosno vanbračnom partneru i predstavlja njegovu bračnu/vanbračnu stečevinu sa ostaviocem.

Obzirom na postojeće promjene u društvenim odnosima i povećanu mobilnost stanovništva, u praksi se pojavljuje sve veći broj imovinskih odnosa bračnih partnera koje karakteriše element inostranosti, odnosno poveznica sa stranom državom, bilo da bračni partneri žive odnosno zasnuju uobičajeno boravište u stranoj državi ili imaju nepokretnu imovinu u stranoj državi. Kako bi se odredila međunarodna nadležnost suda i mjerodavno pravo u predmetima sa elementom inostranosti, primjenjuju se važeće zakonske odredbe nacionalnog prava koje regulišu pitanja međunarodne nadležnosti i mjerodavnog prava, dok se u Evropskoj uniji za navedena pitanja primjenjuje Uredba EU br.2016/1103 o bračnoimovinskom režimu.

U radu će se analizirati položaj bračnog odnosno vanbračnog partnera kao nasljednika u ostavinskom postupku, sadržaj zahtjeva za izdvajanje bračne stečevine u ostavinskom postupku, kao i postupak izdvajanja bračne stečevine te pravne posljedice izdvajanja bračne stečevinu na ostavinski postupk, kao i ukazati na pravnu regulativu Evropske unije kojom se uređuje pitanje međunarodne nadležnosti i mjerodavnog prava u odnosu na zahtjev za izdvajanje bračne stečevine u ostavinskom postupku.

Ključne riječi: ostavinski postupak, ostavinska masa, bračna/vanbračna stečevina, izdvajanje bračne stečevine, Uredba br.2016/1103 o bračnoimovinskom režimu.

1. Uvod

Predmet nasljeđivanja u ostavinskom postupku odnosno ostavinu/zaostavštinu čine sva ona subjektivna građanska prava koja pripadaju ostaviocu u trenutku njegove smrti. Ostavinski sud odnosno notar kao povjerenik suda u toku ostavinskog

postupka utvrđuje koja sve imovina predstavlja ostavinu/zaostavštinu ostavioca, a na osnovu saznanja do kojih dolazi od stranaka u postupku – nasljednika.

Tokom provođenja ostavinskog postupka, u praksi se nerijetko mogu javiti situacije u kojima imovina koja je u javnim registrima upisana kao vlasništvo ostavioca, predstavlja njegovu bračnu/vanbračnu stečevinu sa njegovim bračnim/vanbračnim partnerom. Kako je navedena imovina bračna/vanbračna stečevina, ista ne predstavlja vlasništvo ostavioca, nego njegovo suvlasništvo zajedno sa neupisanim bračnim/vanbračnim partnerom. Neupisani bračni/vanbračni partner kao stranka u ostavinskom postupku ima pravo da zahtijeva izdvajanje bračne/vanbračne stečevine, da bi se na osnovu istog izvršilo izdvajanje njegovog suvlasničkog dijela iz ostavinske mase. Zahtjev za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine, ukoliko podnosilac zahtjeva predstavlja stranku u ostavinskom postupku, se postavlja u toku ostavinskog postupka, a do donošenja pravosnažne odluke u ostavinskom predmetu, pri čemu među strankama može a i ne mora postojati spor u pogledu prava na postavljanje navedenog zahtjeva, od čega ovisi i odlučivanje o postavljenom zahtjevu, odnosno odlučivanje u okviru parničnog postupka u slučaju postojanja spora kao i mogućnost donošenja odluke u okviru ostavinskog postupka onda kada ne postoji spor.

2. Bračni odnosno vanbračni partner kao nasljednik u ostavinskom postupku⁴

Ostavinski postupak karakteriše načelo jednostranačja, za razliku od parničnog postupka koji ima dvostranačni karakter, a odnosi se na to da u parničnom postupku postoje najmanje dvije stranke, tužilac i tuženi kao nosioci suprotnih interesa.¹ Načelo jednostranačja podrazumijeva da u ostavinskom postupku postoji samo jedna stranka, obzirom da nema suprostavljenog interesa dvije stranke; ta jedna stranka u ostavinskom postupku jeste svaka osoba koja tvrdi da joj pripada neko pravo iz ostavine.² Shodno načelu jednostranačja, strankom u ostavinskom postupku se smatraju nasljednici i legatari kao i druge osobe koje ostvaruju neko pravo iz ostavine.³ Stranka u ostavinskom postupku može biti svaka fizička i pravna osoba koja po zakonu može ostvarivati neko pravo iz ostavine, a u vezi stranačke sposobnosti shodno će se primjenjivati, pored pravila nasljednog prava, i pravila parničnog postupka.⁴ Stranačku sposobnost u ostavinskom postupku imaju nasljednici, legatari

¹ B. Čalija, S. Omanović, *Građansko procesno pravo*, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, 2000, 139.

² Dž. Suljević, „Ugovor o nasljeđivanju u međunarodnom privatnom pravu“, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2017, 2-3.

³ Član 203. Zakona o nasljeđivanju u FBiH, u daljem tekstu: ZN FBiH („Službene novine FBiH“, br.80/2014, 32/2019), čl.203. Zakona o nasljeđivanju BD BiH, u daljem tekstu: ZN BD BiH („Službeni glasnik BD BiH“, br.36/2017), čl.92. Zakona o vanparničnom postupku RS, u daljem tekstu: ZVP RS („Službeni glasnik RS“, br.36/2009, 91/2016) sadrži istovjetnu odredbu s tim što umjesto termina „stranke“, koristi termin „učesnici“.

⁴ Stranačka sposobnost znači sposobnost biti nosilac procesnih prava i dužnosti u parničnom odnosno vanparničnom postupku, radi ostvarivanja određenog subjektivnog građanskog prava. U ostavinskom

i druge osobe koje ostvaruju neko pravo iz ostavine.⁵ Stranke u ostavinskom postupku, mogu biti fizičke osobe, kao i pravne osobe, s tim da pravne osobe mogu nasljeđivati samo na osnovu testamenta, a ista pravila važe i za legat i druge koristi iz testamenta.⁶ Nasljednik, odnosno stranka u ostavinskom postupku može biti i začeto dijete – *nasciturus*, pod uslovima da je začeto u trenutku otvaranja nasljeđa (delacije) te da se rodi živo, a isto predstavlja izuzetak od pravila da nasljednik može biti samo osoba koja je živa u trenutku otvaranja naslijeđa.⁷

Bračni odnosno vanbračni partner ostavioca predstavlja stranku u ostavinskom postupku, obzirom je isti pozvan na naslijeđe kao potencijalni zakonski nasljednik ostavioca, a u skladu sa važećim odredbama nasljednog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini prema kojima su zakonski nasljednici iza umrlog ostavioca svi njegovi potomci, njegovi usvojenici i njihovi potomci, njegov bračni partner, njegovi roditelji, njegovi usvojitelji, njegova braća i sestre i njihovi potomci, njegovi djedovi i nane i njihovi potomci, njegovi ostali preci, te da isti nasljeđuju ostavioca po nasljednim redovima.⁸

Bračni odnosno vanbračni partner u okviru svoje procesne sposobnosti samostalno preduzima radnje u ostavinskom postupku, a procesna sposobnost zakonom se priznaje osobama koje imaju potpunu poslovnu sposobnost.⁹ Ukoliko je bračni odnosno vanbračni partner osoba koja ima ograničenu poslovnu sposobnost, može samostalno preduzimati samo radnje koje zakon dozvoljava, poput stjecanja imovine besteretno, odnosno davanje nasljedničke izjave o prihvatanju naslijeđa, kako svog dijela, tako i ustupljenih dijelova, dok je za druge poslove, kao što je ustupanje ili odricanje nasljedstva, potrebna je saglasnost zakonskog zastupnika.¹⁰ Poslovno nesposobne osobe mogu preduzimati radnje u ostavinskom postupku samo putem zakonskog zastupnika. Bračni odnosno vanbračni partner koji ima procesnu sposobnost, radnje u ostavinskom postupku može poduzimati lično ili preko punomoćnika.¹¹ Za zastupanje preko punomoćnika u ostavinskom postupku važe odredbe koje se primjenjuju za zastupanje preko punomoćnika u vanparničnom

postupku subjektivno građansko pravo se ogleda u nekom pravu iz ostavine, kao što je pravo biti nasljednik, biti legatar, biti povjerilac ostavine itd.; B. Čalija, S. Omanović, 141.

5 Stranačku sposobnost imaju fizičke osobe (fizičke osobe stranačku sposobnost stječu rođenjem, a gube smrću) i pravne osobe (pravne osobe koje su stekle pravnu sposobnost osnivanjem na osnovu zakona i/ili upisom u odgovarajući registar-političko teritorijalne zajednice, privredna društva, ustanove, udruženja itd.), ali i druge osobe određene posebnim propisima ili odlukom suda; čl.291. Zakona o parničnom postupku FBiH („*Službene novine FBiH*“, br.53/03, 73/05, 19/06, 98/15), čl.291. Zakona o parničnom postupku RS („*Službeni glasnik RS*“, br.572003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008, 45/2009, 49/2009, 61/2013), čl.40. Zakona o parničnom postupku BD BiH („*Službeni glasnik BD BiH*“, br.28/2018, 6/2021).

6 Čl.157. st.1. ZN FBiH, čl.162. st.1. ZN BD BiH, čl.148. st.1. Zakona o nasljeđivanju RS, u daljem tekstu ZN RS („*Službeni glasnik RS*“, br. 1/2009, 55/2009, 91(2016, 28/2019, 82/2019).

7 Čl.157. st.2. ZN FBiH, čl. 162. st.2. ZN BD BiH, čl. 148. st.2. ZN RS; M. Čolaković, „Nasljednopravni status *nasciturusa*“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br.11, 2013, 294.

8 Čl.8. ZN FBiH, čl.8. ZN BD BiH, čl. 8. ZN RS

9 Čl.292. ZPP FBiH, čl.292. ZPP RS, čl.41. ZPP BD BiH

10 E. Bikić, S. Suljević, „Nasljedno pravo“, *Planjax Group*, 2014, 299.

11 Čl.300. st.1. ZPP FBiH, čl.300. st.1. ZPP RS, čl.49.st.1. ZPP BD BiH

postupku, uz odgovarajuću primjenu odredbi o zastupanju preko punomoćnika sadržanih u zakonu o parničnom postupku.¹²

2.1. Nasljedna prava bračnog odnosno vanbračnog partnera u ostavinskom postupku

Nasljedno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini je uređeno na entitetskom nivou, pa tako nasljednopravne odnose uređuju tri zakona, i to Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine, Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske i Zakon o nasljeđivanju Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Sva tri navedena zakona predviđaju da bračni partner ostavioca spada u krug zakonskih nasljednika ostavioca, dok Zakon o nasljeđivanju u Federaciji BiH i Zakon o nasljeđivanju Brčko Distrikta BiH predviđaju i vanbračnog partnera kao zakonskog nasljednika ostavioca, odnosno isti je u pravu nasljeđivanja izjednačen da bračnim partnerom, dok Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske ne predviđa vanbračnog partnera/vanbračnog supružnika kao zakonskog nasljednika ostavioca.¹³

Bračni partner/supružnik ostavioca predviđen je u krugu zakonskih nasljednika prvog nasljednog reda, te u krugu nasljednika drugog nasljednog reda. Bračni partner/supružnik ostavioca kao nasljednik prvog nasljednog reda nasljeđuje ostavinu na jednake dijelove zajedno sa ostalim nasljednicima iz prvog nasljednog reda.¹⁴ Bračni partner/supružnik kao zakonski nasljednik drugog nasljednog reda nasljeđuje jednu polovinu ostavine, a roditelji umrlog nasljeđuju drugu polovinu ostavine na jednake dijelove.¹⁵ Prema važećem Zakonu o nasljeđivanju u FBiH odnosno Zakonu o nasljeđivanju Brčko Distrikta BiH, vanbračni partner/vanbračni supružnik ostavioca kao zakonski nasljednik ostavioca nasljeđuje po jednakim pravilima kao i bračni partner/supružnik.

Da bi se bračni odnosno vanbračni partner smatrao zakonskim nasljednikom ostavioca, potrebno je da se ispuni uslov da je brak prestao smrću ostavioca, odnosno

12 U skladu sa važećim zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini, punomoćnik fizičkih i pravnih osoba može biti advokat, advokatsko društvo ili uposlenik službe za pravnu pomoć. Kada se radi o fizičkoj osobi kao stranci, njen punomoćnik može biti i bračni odnosno vanbračni partner ili srodnik po krvi ili tazbini, pri čemu punomoćnik mora dokazati srodstvo prezentiranjem odgovarajućih javnih isprava. Punomoćnik pravne osobe može biti i uposlenik te pravne osobe, a isti je dužan dokazati svojstvo uposlenika. Punomoć se u pravilu mora prezentirati u pismenom obliku u posebnoj ispravi. Punomoć se može dati i usmeno na zapisnik kod suda, odnosno notara kao povjerenika suda u ostavinskom postupku, pri čemu stranka-davalac punomoći mora potpisati zapisnik u kome je konstatirana njena izjava o davanju punomoći.; E. Bikić, S. Suljević, 301-303.

13 Čl. 9. ZN FBiH, Važeće odredbe nasljednog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini predviđaju vanbračnog partnera kao zakonskog nasljednika, na način da odredbe koje važe za bračne partnere, jednako važe za vanbračne partnere, a sve u skladu sa općim principom jednakog tretmana bračnih i vanbračnih partnera u pravu Bosne i Hercegovine. U pogledu uslova za postojanje vanbračne zajednice, nasljedno zakonodavstvo predviđa upućujuće odredbe koje određuju da se postojanje vanbračne zajednice procjenjuje u skladu sa važećim porodičnim zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini.; Dž. Suljević, „Zaštita porodice i braka u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine i u praksi Suda EU“, *Zbornik radova deveti međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava „Aktuelna problematika porodičnopravne teorije i prakse“*, god. IX, br.9, 2021, 385.

14 Čl.10. st.1. i 2. ZN FBiH, čl. 10. st.1. i 2. ZN BD BiH, čl. 9. st.1. i 2. ZN RS

15 Čl.12. ZN FBiH, čl.12. ZN BD BiH, čl.11. ZN RS; I. Babić, *Nasljedno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2012, 37.

da je vanbračna zajednica prestala smrću ostavioca. Ukoliko je brak prestao prije smrti ostavioca i to razvodom ili poništenjem braka, bračni partner gubi pravo nasljeđivanja, ili ako postoji pravosnažna presuda o razvodu ili poništaju braka koja je donijeta prije smrti ostavioca, ali i ako je ostavitelj bio podnio tužbu za razvod braka, a poslije ostaviteljeve smrti se utvrdi da je tužba bila osnovana ili ako njegov brak sa ostaviteljem bude oglašen za nepostojeći ili bude poništen poslije smrti ostavitelja, iz uzroka za čije je postojanje nadživjeli bračni partner znao u vrijeme zaključenja braka ili ako je njegova zajednica života sa ostaviteljem bila trajno prestala njegovom krivicom ili u sporazumu sa ostaviteljem.¹⁶ Vanbračni partner gubi pravo na nasljeđivanje na osnovu zakona ako je njegova zajednica života sa ostaviteljem trajno prestala prije smrti ostavitelja.¹⁷

Bračni odnosno vanbračni partner pored zakonskog nasljeđivanja može nasljeđivati ostavioca i po osnovu testamenta¹⁸, dok nasljedno zakonodavstvo entiteta FBiH i Distrikta Brčko predviđa i nasljeđivanje na osnovu ugovora o nasljeđivanju između bračnih odnosno vanbračnih partnera.¹⁹ Ugovor o nasljeđivanju predstavlja ugovor nasljednog prava uveden reformom nasljednog zakonodavstva, te predviđen Zakonom o nasljeđivanju u FBiH i Zakonom o nasljeđivanju BD BiH, dok Zakon o nasljeđivanju RS ne predviđa isti kao osnov nasljeđivanja, te sadrži odredbe o zabrani zaključenja navedenog ugovora.²⁰ Ugovor o nasljeđivanju pruža mogućnost bračnim odnosno vanbračnim partnerima odnosno budućim bračnim partnerima da regulišu svoje imovinskopravne odnose za slučaj smrti. Osnovne karakteristike ugovora o nasljeđivanju predviđenog u nasljednom zakonodavstvu entiteta FBiH i BD BiH jesu da je strogo ograničen krug lica koja mogu zaključiti ugovor, da se radi o strogo ličnom pravnom poslu kojeg mogu zaključiti samo bračni odnosno vanbračni partneri koji imaju punu poslovnu sposobnost, predviđena je stroga forma za zaključenje ugovora, strogo određen obim sadržaja ugovora o nasljeđivanju te odredbe o opozivu.²¹

Specifičnosti položaja bračnog odnosno vanbračnog partnera kao nasljednika u ostavinskom postupku dodatno su naglašene postojanjem instituta kroz koji se bračnom odnosno vanbračnom partneru može povećati nasljedni dio koji mu

16 Čl.25. ZN FBiH, čl. 26. ZN BD BiH, čl.24. ZN RS

17 E. Bikić, S. Suljević, 69.

18 Čl. 5. st.2. ZN FBiH, čl.5. st.3. ZN BD BiH, čl.5. ZN RS; N.Gavella/ V.Belaj, „*Nasljedno pravo-III bitno izmijenjeno i dopunjeno izdanje*“, Narodne novine d.d. Zagreb, Zagreb 2008, 189.

19 Čl.5. st.2. ZN FBiH, čl.5. st.3. ZN BD BiH

20 Zakon o nasljeđivanju RS ne predviđa ugovor o nasljeđivanju kao osnov pozivanja na naslijeđe, odnosno isti predviđa samo dva osnova pozivanja na naslijeđe, a to su zakon i testament, dok je ugovor o nasljeđivanju zabranjen (čl.152. ZN RS), te ovakva krucijalna razlika u uređenju instituta u pravnom sistemu jedne države u budućnosti bi mogla da stvara određene poteškoće i probleme, te bi s obzirom na pravnu sigurnost bilo potrebno izvršiti unifikaciju nasljednog prava entiteta u pogledu na ovaj institut.; A. Perkušić, B. Ivančić-Kačer, „(Ne)dopušteni nasljednopravni ugovori ili ugovori nasljednog prava ili paranasljedni ugovori u hrvatskom pozitivnom pravu“, *Pravni vjesnik*, Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, 2006, 150-163.

21 Dž. Suljević, „Ugovor o nasljeđivanju u međunarodnom privatnom pravu“, 22.; B.Krešić, „Ugovor o nasljeđivanju- ne/opravljanost normiranja u Zakonu o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine“, *Pravna misao*, br. 5-6/ 2010, Sarajevo, 2010, 50.

pripada na osnovu zakona, a na zahtjev bračnog odnosno vanbračnog partnera koji je pozvan na naslijeđe uz ispunjenje zakonom propisanih uvjeta za primjenu navedenog instituta. U skladu sa važećim odredbama nasljednog zakonodavstva u BiH, bračni partner koji nema nužnih sredstava za život, a pozvan je na naslijeđe sa nasljednicima prvog ili drugog nasljednog reda, sud može, na zahtjev bračnog partnera, odlučiti da bračni partner naslijedi i jedan dio onog dijela ostavine koji bi po zakonu trebalo da naslijede ostali nasljednici, a može odlučiti i da bračni partner naslijedi cijelu ostavinu, ako je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom bračni partner zapao u oskudicu.²² Sud će, pri odlučivanju o zahtjevu uzeti u 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.²³

3. Izdvajanje bračne odnosno vanbračne stečevine u ostavinskom postupku

Imovina koja predstavlja bračnu/vanbračnu stečevinu bračnih/vanbračnih partnera može u zemljišnoj knjizi (u Republici Srpskoj u registru nepokretnosti) biti upisana kao suvlasništvo oba bračna/vanbračna partnera, ili biti upisana kao (su)vlasništvo samo jednog bračnog/vanbračnog partnera. Ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik stečevine upisan jedan bračni partner, Porodični zakon FBiH kao i Porodični zakon BD BiH predviđa da drugi bračni/vanbračni partner može zahtijevati ispravku upisa.²⁴ Pritom je pravo vlasništva po osnovu bračne/vanbračne stečevine stečeno na osnovu zakona, odnosno stvarno pravo je stečeno već u času ispunjenja tih pretpostavki određenim zakonom, pa upis u zemljišne knjige nije pretpostavka za sticanje prava vlasništva.²⁵ Naknadni upis u zemljišne knjige ima samo deklaratorno dejstvo.²⁶ Ispravka upisa vrši se u skladu sa odredbama koje uređuju zemljišne knjigama.²⁷ Važeće odredbe Zakona o zemljišnim knjigama FBiH predviđaju upis ispravke u zemljišne knjige samo uz saglasnost upisanog bračnog/vanbračnog partnera.²⁸

22 Čl.26. st.1. ZN FBiH, čl.27. st.1. ZN BD BiH, čl.25. st.1. ZN RS

23 Čl.26. st.2. ZN FBiH, čl.27. st.2. ZN BD BiH, čl.25. st.2. ZN RS

24 Čl.252. st.3. Porodičnog zakona FBiH, u daljem tekstu: PZ FBiH, („Službene novine FBiH“; br.35/05, 31/14), čl.227. st.3. Porodičnog zakona BD BiH, u daljem tekstu: PZ BD BiH) („Službeni glasnik BD BiH“, br.23/07).

25 Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 170 P 001 058 13 Rev od 06.02.2015. godine

26 M. Povlakić, „Načelo upisa i stjecanje prava vlasništva na nekretninama prema novom zemljišnoknjižnom i stvarnom pravu u BiH“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, vol.53, 2010, 325.

27 Čl.252. st.3. PZ FBiH, čl.227. st.3. PZ BD BiH

28 Čl.41. Zakona o zemljišnim knjigama FBiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 58/02, 19/03, 54/04 i 32/19), čl. 102. st. 1. Zakona o premjeru i katastru nepokretnosti Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, 6/2012, 110/2016, 22/2018, 62/2018, 95/2019).; L. Velić, B. Jeličić, „Sticanje i dioba bračne stečevine u pravu Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova deveti međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava „Aktuelna problematika porodičnopravne teorije i prakse“*, god. IX, br.9, 2021, 351.

Ukoliko dođe do smrti bračnog/vanbračnog partnera koji je upisan kao u zemljišnim knjigama kao vlasnik bračne/vanbračne stečevine, a za njegovog života nije podnesen zahtjev za ispravku upisa, nadživjeli bračni/vanbračni partner može zahtijevati izdvajanje bračne/vanbračne stečevine u ostavinskom postupku, iz razloga što u ostavinsku masu spadaju sva ona subjektivna građanska prava koja pripadaju ostaviocu u trenutku njegove smrti, a ne i ona koja pripadaju drugom licu, odnosno nadživjelom bračnom/vanbračnom partneru ostavioca, a po osnovu bračne/vanbračne stečevine.²⁹

Izdvajanje bračne stečevine u ostavinskom postupku može zahtijevati samo bračni odnosno vanbračni partner koji je stranka u ostavinskom postupku, odnosno koji je pozvan na naslijeđe po osnovu zakona ili nekog drugog osnova za pozivanje na naslijeđe (testament, ugovor o nasljeđivanju). Ukoliko se radi o bračnom partneru s kojim je brak razveden, odnosno vanbračnom partneru s kojim je zajednica života trajno prestala prije smrti ostavioca, ukoliko nije pozvan na naslijeđe po osnovu testamenta ili ugovora o nasljeđivanju, isti se ne smatra strankom u ostavinskom postupku, i ne može ostvarivati ovo svoje pravo kroz ostavinski postupak, nego može ostvariti svoja prava za izdvajanje bračne odnosno vanbračne stečevine pokretanjem parničnog postupka.³⁰

Važeće odredbe nasljednog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini ne predviđaju posebne odredbe koje se odnose na zahtjev za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine u ostavinskom postupku.³¹ Bračni odnosno vanbračni partner postavljanjem navedenog zahtjeva za izdvajanje bračne stečevine može se uporediti sa licem koje traži odvajanje ostavine od imovine nasljednika (*separatio bonorum*), obzirom da se odvajanjem ostavine od imovine nasljednika štite njegova prava odnosno sprječava se da se imovina ostavioca „pomiješa“ sa imovinom drugih osoba.³²

29 Zakon o nasljeđivanju u FBiH i Zakon o nasljeđivanju BD BiH predviđaju da se nasljeđivati mogu stvari i prava koja pripadaju fizičkim licima (čl.2. ZN FBiH, čl.2. ZN BD BiH), dok se nasljedno pravo stiče u trenutku smrti ostavitelja (čl.5. st.4. ZN FBiH, čl.5. st.4. ZN BD BiH), iz čega proizlazi da nasljednici ostavitelja nasljeđuju stvari i prava koja pripadaju ostavitelju u trenutku njegove smrti. Zakon o nasljeđivanju RS predviđa da zaostavštinu čine sva nasljeđivanju podobna prava koja su ostaviocu pripadala do trenutka smrti (čl.2. st.2. ZN RS).

30 Presuda Županijskog suda u Varaždinu, broj: **GŽ-1153/03-2** od 29.09.2003.godine.

31 Važeći Zakon o nasljeđivanju u FBiH, Zakon o nasljeđivanju RS i Zakon o nasljeđivanju BD BiH predviđaju izdvajanje imovine iz ostavine, i to izdvajanje u korist potomaka koji su privređivali sa ostaviteljem, na način da ostaviočevi potomci, usvojenici koji su živjeli u zajednici sa ostaviteljem, i svojim radom, zaradom ili mu na drugi način pomagali u privređivanju imaju pravo zahtijevati da im se iz ostavine izdvoji dio koji odgovara njihovom doprinosu u povećanju vrijednosti ostaviteljeve imovine, dok ovo pravo ne pripada bračnom/vanbračnom partneru ostavioca (čl.35. ZN FBiH, čl.37. PZ RS, čl.39. PZ BD BiH). Nasljedno zakonodavstvo u BiH također predviđa i izdvajanje predmeta domaćinstva, na osnovu kojeg nadživjelom bračnom partneru i ostaviteljevim potomcima koji su živjeli sa ostaviteljem u istom domaćinstvu pripadaju predmeti domaćinstva koji služe za zadovoljavanje njihovih svakodnevnih potreba, kao što su pokućstvo, namještaj, posteljina i slično, ali ne ako su ovi predmeti znatnije vrijednosti (čl.36. ZN FBiH, čl.38. PZ RS, čl.39. PZ BD BiH). Oba nasljednopravna instituta ne obuhvataju zahtjev za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine, obzirom da prvi mogu podnijeti samo ostaviočevi potomci, a drugi može podnijeti i bračni/vanbračni partner ostavioca, ali se odnosi samo na predmete domaćinstva.

32 Čl.173. st.1. ZN FBiH, čl.178. st.1. ZN BD BiH, čl.164. st.1. ZN RS; V. Radović, N. Tešić, „O poveriočevim dopunskim pravima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, god.LXIII; no.3, 2015, 189.

Međutim, bračni/vanbračni partner u okviru zahtjeva za izdvajanje bračne stečevine ostvaruje šira prava u odnosu na povjerioce ostavioca, obzirom na to da ne stiče pravo prvenstva u namirenju, nego stiče pravni osnov za upis svog stečenog prava suvlasništva na imovini, a po osnovu bračne stečevine.³³ Također, razlike se ogledaju i u pogledu rokova za postavljanje zahtjeva, tako da se odvajanje ostavine može zahtijevati u roku od tri mjeseca od otvaranja naslijeđa, dok se zahtjev za izdvajanje bračne stečevine u ostavinskom postupku može postaviti do pravosnažnosti odluke u ostavinskom postupku.³⁴ U oba slučaja se radi o prekluzivnim rokovima, obzirom da se nakon protoka navedenog roka gubi pravo da se zahtijeva odvajanje odnosno da se zahtijeva izdvajanje bračne stečevine u ostavinskom postupku.³⁵

3.1. Uslovi i rokovi za podnošenje zahtjeva za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine

Bračni odnosno vanbračni partner kao stranka u ostavinskom postupku može postaviti zahtjev za izdvajanje bračne odnosno vanbračne stečevine, pod uslovom da se radi o imovini koja predstavlja bračnu stečevinu nadživjelog bračnog/vanbračnog partnera sa ostaviocem.³⁶ Ukoliko imovina ostavioca za koju nadživjeli bračni/vanbračni partner postavlja zahtjev za izdvajanje predstavlja posebnu imovinu ostavioca, kao što je imovina koja je stečena nasljeđivanjem, neće se donijeti odluka o izdvajanju. Nadživjeli bračni odnosno vanbračni partner koji postavlja navedeni zahtjev je potrebno da dokaže da se radi o imovini koja je njegova bračna stečevina sa ostaviocem.³⁷ Da bi se izvršilo izdvajanje bračne/vanbračne stečevine potrebno je da je ista upisana u javnim registrima (zemljišnoj knjizi) kao (su)vlasništvo ostavioca. Ukoliko neka imovina se ne vodi u javnim registrima na ostaviocu, nego predstavlja vanknjižno vlasništvo ostavioca, može se donijeti odluka o izdvajanju bračne/

33 Čl.173. st.2. ZN FBiH, čl.164. st.1. ZN RS, čl.178. st.2. ZN BD BiH; Dž. Suljević, „Položaj povjerilaca u ostavinskom postupku u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu i u pravu Evropske unije“, *Revija za pravo i ekonomiju*, god.22, br.2, 2021, 171.

34 Čl.173. st.1. ZN FBiH, čl.164. st.1. ZN RS, čl.178. st.1. ZN BD BiH; čl.249. st.3. ZN FBiH, čl.253. ZN BD BiH, čl.137. ZVP RS

35 M. Butković, *Institut ostavinskog postupka kroz sudsku praksu*, Prilozi Hrvatske javnobilježničke komore, br.4/2013, Zagreb, 2013, 15.

36 Porodično zakonodavstvo u BiH, koje je uređeno sa tri zakona, različito terminološki određuje navedenu imovinu, pa Porodični zakon FBiH predviđa termin „bračna stečevina“, Porodični zakon BD predviđa termin „bračna tekovina“, dok Porodični zakon RS predviđa termin „zajednička imovina bračnih supružnika“. „Bračnu stečevinu“/„bračnu tekovinu“/„zajedničku imovinu bračnih supružnika“ čini imovina koju su bračni partneri stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice, kao i prihodi iz te imovine, pokloni trećih osoba učinjeni za vrijeme trajanja bračne zajednice, dobitak od igara na sreću, te prihodi od intelektualnog vlasništva ostvareni za vrijeme trajanja bračne zajednice (čl. 251. Porodičnog zakona FBiH, čl. 270. PZ RS, čl. 288 PZ BD BiH); Presuda Kantonalnog suda u Zenici, broj: 004-0-GŽ-07-000 777 od 14.05.2008.godine

37 Teret dokazivanja leži na stranki koja iznosi činjenice na kojim zasniva svoje zahtjeve (*onus probandi*) a to je u ovom slučaju nadživjeli bračni/vanbračni partner, pri čemu mu na raspolaganju stoje sva dokazna sredstva koja se mogu koristiti u parničnom postupku (uvidaj, isprave, svjedoci, stranke, vještaci i tumači), a kojim dokaznim sredstvima može dokazati da imovina koja je predmet ostavinskog postupka predstavlja njegovu bračnu stečevinu sa ostaviocem; J. Čizmić, „Isprave kao dokazno sredstvo u parničnom postupku“, *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br.18, Mostar, 2021, 10.; B. Čalića, S. Omanović, 219.

vanbračne stečevine.³⁸ Odluka o izdvajanju se ne bi mogla provesti u javne registre obzirom da se navedena imovina ne vodi na ostaviocu, već predstavlja njegovo vanknjižno vlasništvo, a u skladu sa jednim od osnovnih načela građanskog prava niko na drugog ne može prenijeti više prava nego što ga sam ima (*nemo plus iuris ad allum transferre potest quam ipsae habet*).³⁹ U pogledu ovlaštenja za postavljanje zahtjeva za izdvajanje bračne odnosno vanbračne stečevine u ostavinskom postupku isti je ovlašten postaviti bračni odnosno vanbračni partner ostavioca, koji je ujedno i stranka u ostavinskom postupku, ovo pravo pripada i potomcima ostavioca, ukoliko postavljaju zahtjev za izdvajanje bračne stečevine na ime svog drugog ranije preminulog roditelja, dok sva druga lica koja smatraju da im pripada ovo pravo, kao što je bivši bračni partner ostavioca, svoja prava mogu ostvarivati u posebnom parničnom postupku, a ne kroz ostavinski postupak.⁴⁰

Zahtjev za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine može se podnijeti u toku ostavinskog postupka, sve do pravosnažnosti rješenja o nasljeđivanju, ukoliko je bračni/vanbračni partner kao stranka učestvovao u ostavinskom postupku, dok pravosnažnošću rješenja o nasljeđivanju u vezi isticanja zahtjeva za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine nisu vezane osobe koje nisu kao stranke učestvovala u ostavinskom postupku. Tako važeći Zakon o nasljeđivanju u FBiH predviđa da „pravosnažnim rješenjem o nasljeđivanju nisu vezane osobe koje tvrde da im pripada neko pravo u pogledu onoga za što je utvrđeno da je u sastavu ostavine, ako nisu kao stranke učestvovala u ostavinskoj raspravi, niti su na nju bile uredno lično pozvane“.⁴¹ Iz navedene odredbe Zakona o nasljeđivanju u FBiH proizlazi da su osobe koje tvrde da im pripada neko pravo u pogledu onoga što je utvrđeno u sastavu ostavine, a koje su kao stranke učestvovala u ostavinskoj raspravi ili na nju bile lično pozvane, vezane pravosnažnim rješenjem o nasljeđivanju, što znači da sa pravosnažnošću rješenja o nasljeđivanju ne bi imale pravo tražiti izdvajanje bračne/vanbračne stečevine u parničnom postupku. Slično odredbi Zakona o nasljeđivanju u FBiH, Zakon o nasljeđivanju BD BiH predviđa da „pravosnažno rješenje o nasljeđivanju ili legatu vezuje stranke koje su učestvovala u postupku raspravljanja zaostavštine, ukoliko im nije priznato pravo da svoj zahtjev ostvaruju u parnici“, a jednaku odredbu sadrži i Zakon o vanparničnom postupku RS.⁴² Iz navedenog proizlazi da stranka koja u ostavinskom postupku nije istakla zahtjev za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine, pa joj shodno tome nije ni priznato pravo da takav zahtjev ostvaruje u parnici, ne može taj zahtjev isticati nakon pravosnažnosti rješenja o nasljeđivanju.⁴³ S druge strane,

38 Ostavinsku masu mogu činiti i nekretnine koje u javnim registrima se ne vode na ostaviocu, te predstavljaju njegovo vanknjižno vlasništvo, te se povodom istih može postaviti i zahtjev za izdvajanje bračne stečevine.; Presuda Županijskog suda u Bjelovaru, broj: Gž-2473/00-2 od 21.12. 2000. godine
39 A. Abdić, „Načelo povjerenja u zemljišne knjige u Bosni i Hercegovini“, *Zagrebačka pravna revija*, vol.6, no.1, 2017, 101.

40 Presuda Županijskog suda u Splitu, broj: Gž-1710/2021-3 od 14.01.2022.godine

41 Čl.249. st.3. ZN FBiH

42 Čl.253. ZN BD BiH, čl.137. ZVP RS; Jednaka odredba je sadržana i u ranijem Zakonu o nasljeđivanju SR BiH, i to u članu 239. Zakona o nasljeđivanju SR BiH („*Službeni list SRBiH*“, br.7/80-267, 15/80-711)

43 Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 070-0-Rev-08-000268 od 31.03.2009. godine, Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: Rev 1519/98, od 16. 5. 2001.

predmet zahtjeva za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine jesu stečena prava, te iz istoga proizlazi da bi bračni/vanbračni partner koji je kao stranka učestvovao u ostavinskom postupku, i po pravosnažnosti odluke u ostavinskom postupku svoja prava povodom izdvajanja bračne stečevine i dalje mogao ostvarivati pokretanjem parničnog postupka, obzirom se da navedenim zahtijeva utvrđenje zakonom stečenog prava suvlasništva po osnovu bračne stečevine.⁴⁴ Pravo na pokretanje parničnog postupka za ostvarenje zahtjeva za izdvajanje bračne stečevine i po pravosnažnosti rješenja o nasljeđivanju također proističe iz zaštite osnovnog prava pristupa sudu, koje je zagantovano Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kako je to istakao i Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Biondić protiv Hrvatske*.⁴⁵

3.2. Odluka o izdvajanju bračne/vanbračne stečevine i pravne posljedice izdvajanja bračne/vanbračne stečevine

Nadživjeli bračni odnosno vanbračni partner u ostavinskom postupku postavlja zahtjev za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine u okviru ostavinskog postupka, odnosno pred nadležnim ostavinskim sudom/notarom kao povjerenikom suda. Odluku o navedenom zahtjevu donosi sud u parničnom postupku, onda kada među strankama postoji spor o činjenicama od kojih zavisi sastav ostavine, i to na način da nadležni ostavinski sud donosi odluku o prekidu ostavinskog postupka i upućuje stranke na parnicu za ostvarenje svojih prava.⁴⁶ U tom slučaju se nadživjeli bračni/vanbračni partner upućuje na pokretanje parničnog postupka⁴⁷, u kom postupku se donosi odluka/presuda kojom se vrši izdvajanje bračne/vanbračne stečevine, pri čemu sudski rok za pokretanje parničnog postupka od strane stranke u ostavinskom postupku nakon prekida istog nije prekluzivan u smislu da bi protekom navedenog roka trebalo dovršiti ostavinski postupak.⁴⁸ Po provođenju navedene presude kroz javne registre nastavlja se sa ostavinskim postupkom te ostavinska masa raspoređuje na nasljednike ostavioca.⁴⁹

Ukoliko među strankama u ostavinskom postupku, odnosno pozvanim nasljednicima ostavioca, ne postoje sporne činjenice, postavlja se pitanje da li je potrebno i u tom slučaju prekinuti ostavinski postupak i uputiti stranke na pokretanje parničnog postupka za ostvarenje svojih prava ili se odluka o zahtjevu može donijeti u okviru ostavinskog postupka. Naime, ukoliko niko od ostalih sunasljednika u ostavinskom postupku ne osporava nadživjelom bračnom/vanbračnom partneru njegovo pravo na izdvajanje bračne/vanbračne stečevine, izvodi se zaključak da bi

godine

44 Presuda Vrhovnog suda BiH, broj: Rev-290/86 od 12.12.1986.godine

45 Predmet Evropskog suda za ljudska prava *Biondić protiv Hrvatske*, Aplikacija broj: 38355/05 od 08.11.2007.godine

46 Čl.241. st.1. ZN FBiH, čl.245. st.1. ZN BD BiH, čl. 129. ZVP RS; N. Stojanović, „Postupak za raspravljanje zaostavštine i prethodno pitanje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br.88, god. LIX, 2020, 44.

47 Čl.241.st.2. ZN FBiH, čl.245. st.2. ZN BD BiH

48 Rješenje Višeg suda u Novom Sadu, broj: *GŽ-1360/16* od 03.10.2017.godine

49 E. Bikić, M. Powlakić, S. Suljević, M. Plavšić, *Notarsko pravo*, GIZ, Sarajevo, 2013, 501.

se i u okviru ostavinskog postupka mogla donijeti odluka o zahtjevu za izdvajanje bračne stečevine, obzirom na prirodu ostavinskog postupka kao vanparničnog postupka jeste postupanje u predmetima u čijoj osnovi se ne nalazi spor.⁵⁰ O navedenom zahtjevu bi mogao i odlučivati notar kao povjerenik suda u ostavinskom postupku, obzirom da pozitivno nasljedno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini predviđa da notar kao povjerenik suda provodi postupak i donosi odluke o svim pitanjima u ostavinskom postupku o kojim ne postoji spor između stranaka.⁵¹ Odluka o izdvajanju bračne stečevine donesena od strane ostavinskog suda odnosno notara kao povjerenika suda u ostavinskom postupku bi bila u formi rješenja, te bi se ista po pravosnažnosti dostavljala javnim registrima na provođenje, gdje bi se vršio upis nadživjelog bračnog/vanbračnog partnera sa svojim suvlasničkim dijelom stečenim na osnovu bračne stečevine.⁵² Po provođenju navedene odluke o izdvajanju bračne/vanbračne stečevine bi se donijela odluka u ostavinskom predmetu povodom ostavinske mase, koju ostavinsku masu bi činila imovina koja je pripadala ostaviocu u trenutku njegove smrti, obzirom da je iz iste izdvojena imovina koja je bračna stečevina nadživjelog bračnog/vanbračnog partnera.

4. Izdvajanje bračne odnosno vanbračne stečevine u ostavinskom postupku u pravu EU

4.1. Pravna regulacija pitanja bračnoimovinskog režima u EU– Uredba 2016/1103

Povećana mobilnost građana i sve veći broj predmeta sa prekogračnim elementom te mnogobrojne razlike u pravnoj regulaciji instituta porodičnog prava u nacionalnim pravnim sistemima osnovni su razlozi dugogodišnje inicijative Evropske unije za donošenje pravnih akata u oblasti porodičnog prava, u kojoj su postojale mnoge poteškoće obzirom na shvatanje da je porodično pravo tradicionalna grana nacionalnog prava u koju Evropska unija nema nadležnost da se „miješa“.⁵³ Prvi rezultati zakonodavne inicijative Evropske unije mogu se pratiti kroz rad Komisije za evropsko porodično pravo, koja je oformljena kao čisto naučna inicijativa⁵⁴, čiji doprinos se može pratiti kroz izradu Principa evropskog porodičnog prava kao i doprinos procesu harmonizacije porodičnog prava na nivou Evropske unije.⁵⁵

50 B. Čalija, S. Omanović, 325.

51 Čl.260.st.2. ZN FBiH, čl.264. st.2. ZN BD BiH, čl.154. ZVP RS

52 H. Hobljaj, „Javni bilježnici i usporedna primjena Uredbe br.650/2012 o nasljeđivanju, Uredbe br.2016/1103 o bračnoimovinskom režimu i Uredbe br.2016/1104 o imovini registriranih partnerstava“, *Javni bilježnik*, vol.XXIV, br.47, 2020, 47.

53 K. Joamets, T. Kerikmae, „The new developments in Family law – Green Paper „Less Bureaucracy for Citizens: Promoting Free Movement of Public Documents and Recognition of the Effect of Civil Status Records“ its Applicability in Marriage on the Example of Estonia“, *European Studies – the Review od European Law, Economics and Politics*, br.1/2014, 70.

54 K. Boele-Woelki, „The principles of European family law: its aims and prospects“, *Utrecht Law Review*, vol.1, br.2, 2005, 160.

55 Doprinos Komisije u procesu harmonizacije porodičnog prava na nivou Evropske unije se ogleda u uspostavljanju mogućeg „puta“ za harmonizaciju prava kroz simultanu upotrebu dvije metode, i to

Principi evropskog porodičnog prava sastoje se od četiri knjige, pri čemu se prva knjiga Principa fokusira na oblast razvoda braka i izdržavanja bivših bračnih partnera, druga knjiga Principa se odnosi na principe u pogledu roditeljske odgovornosti, dok se treća knjiga odnosi na principe u pogledu imovinskih odnosa, a četvrta knjiga reguliše principe u pogledu imovinskih odnosa, izdržavanja i nasljednopravnih odnosa partnera u *de facto* zajednici.⁵⁶ Značaj donošenja jedinstvenih propisa u oblasti porodičnog prava na nivou Evropske unije istaknut je i u odluci Suda EU u predmetu *Garcia Avello*, gdje je Sud istakao da su slobode koje su zagarantovane Ugovorom o Evropskoj zajednici, također primjenjive i u oblasti porodičnog prava.⁵⁷

Zakonodavna djelatnost Evropske unije u oblasti međunarodnog porodičnog prava započinje objavljivanjem Zelene knjige iz 2005. godine o mjerodavnom pravu i nadležnosti u pitanjima razvoda braka⁵⁸, a potom i Zelene knjige o sukobu zakona u imovinskim odnosima bračnih partnera iz 2005. godine, sa područjem primjene i na druge zajednice života osim brak, kao što su registrovano partnerstvo i neregistrovana zajednica života.⁵⁹ Osim navedenih Zelenih knjiga iz oblasti porodičnog prava, donesena je i Zelena knjiga o nasljeđivanju i testamentu⁶⁰, koja za područje primjene ima nasljednopravne odnose.⁶¹ Sve navedene zakonodavne inicijative kasnije su rezultirale donošenjem obavezujućih akata sekundarnog prava Evropske unije, odnosno prvo prijedloga uredbi, a kasnije i uredbi u navednoj oblasti.

Oblast međunarodnog porodičnog prava je na nivou Evropske unije pravno regulisana kroz više pravnih instrumenata – uredbi, koje su rezultat dugogodišnjeg

upotrebom metode „*common core*“ harmonizacije kao pravila, što podrazumijeva stvaranje pravila koja su jedinstvena i zajednička svim nacionalnim pravnim sistemima, uz upotrebu „*better law*“ harmonizacije u onim oblastima u kojima ne postoji zajednička osnova u pojedinim nacionalnim zakonodavstvima, na koji način se primjenjuju ona pravna pravila koja pružaju veći nivo zaštite.; K. Boele-Woelki (ur.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, European Family Law Series, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005, 32.; R. Battes, *Eherecht*, Springer, 2018, 35-26.

56 K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner, *European Family Law in Action, Volume III: Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005., V.; W. Pintents, Die Commission on European Family Law (CEFL) Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts: Festschrift zum 60-jährigen Bestehen des Europa-Instituts, u (*W. Meng, G. Röss, T. Stein ur.*) *Europäische Integration und Globalisierung: Festschrift zum 60-jährigen Bestehen des Europa-Instituts*, volume 84, Europa-Institut, 2011, 359.

57 Presuda Suda EU *Garcia Avello v. Belgium*, C-148/02 od 02.10.2003.godine

58 Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters (*SEC(2005) 331, COM/2005/0082 final*); Jedan od osnovnih razloga za donošenje Zelene knjige navodi se povećana mobilnost građana Evropske unije, koja je rezultirala povećanim brojem internacionalnih brakova, gdje su bračni partneri osobe različitih državljanstava, ili žive u različitim državama članicama, te da u situacijama kada takvi partneri odluče da razvedu svoj brak, potrebno je da postoji set pravila primjenjiv na navedeni odnos. Osnovna ideja pravila sadržanih u Zelenoj knjizi jeste harmonizacija prava, koja rezultira povećanjem nivoa sigurnosti i predvidljivosti za bračne partnere; A. Fiorini, „Harmonizing the law applicable to divorce and legal separation – enhanced cooperation as the way forward?“, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.59, no.4, 1143.

59 EU Commission Green Paper on Conflict of Laws in matters concerning matrimonial property regime, *COM (2006) 400 final* od 17.07.2006.godine, J. M. Scherpe, *European Family Law – Volume III, Family Law in a European Perspective*, Edward Elgar Publishing, 2016, 91.

60 EU Commission Green Paper on Succession and Wills, *COM (2005) 65 final* (01.03.2005.)

61 E. Lein, „A Further Step Towards a European code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession“, *Yearbook of Private International Law*, vol.XI-2009, 112.

zakonodavnog i političkog procesa u Evropskoj uniji⁶², a to su Uredba Brisel II *bis*, o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću,⁶³ zatim Uredba EZ br.4/2009 o nadležnosti, mjerodavnom pravu i priznanju i izvršenju odluka i saradnji u stvarima koje se odnose na obavezu izdržavanja,⁶⁴ zatim Uredba Rim III, koja se odnosi se na mjerodavno pravo za razvod braka i zakonsku rastavu.⁶⁵ Nasljednopravni efekti imovinskih odnosa regulisani su Uredbom br.650/2012, koja se odnosi na nadležnost i mjerodavno pravo, priznanje i izvršenje odluka i prihvaćanje i izvršavanje javnih isprava u nasljednopravnim odnosima, kao i na uspostavu Evropske potvrde o nasljeđivanju.⁶⁶ Oblast imovinskih posljedica zajednica života, odnosno pitanje bračnoimovinskog režima, kao i imovinskog režima drugih priznatih zajednica života, pravno je uređena kroz dvije uredbe, i to kroz Uredbu br.2016/1103, koja se odnosi na nadležnost, mjerodavno pravo te priznanje i izvršenje odluka u stvarima bračnoimovinskih režima,⁶⁷ te kroz Uredbu br.2016/1104, koja se odnosi na nadležnost, mjerodavno pravo te priznanje i izvršenje odluka u stvarima imovinskih posljedica registrovanih partnerstava.⁶⁸

Uredba br.2016/1103 predstavlja rezultat zakonodavne djelatnosti Evropske unije u oblasti pojačane saradnje,⁶⁹ a ista utvrđuje pravila o nadležnosti suda i mjerodavnog prava u pitanjima bračne imovine, te propisuje mehanizam priznavanja i izvršenja sudskih odluka u cijeloj Evropskoj uniji.⁷⁰ Uredba u svojim odredbama ne

62 I. Viarengo, P. Franzina (ur.), *The EU Regulations on Property Regimes of International Couples*, Edward Elgar Publishing, 2020, 3.

63 Uredba Vijeća (EZ) br.2201/2003 od 27.11.2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, „*Službeni list EU*“; L 338 (23.12.2003.)

64 Uredba Vijeća (EZ) br.4/2009 od 18.12.2008. o području nadležnosti, mjerodavnog prava, priznanja i izvršenja odluka te saradnji u stvarima koje se odnose na obavezu izdržavanja, „*Službeni list EU*“, L 7 (10.01.2009.); C. Jessel-Holst, „Dilemmas in application of EU International Family Law in most recent EU member states“, u (M. Župan, ur.) *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, Pravni fakultet Osijek, 2015, 60.

65 Uredba Vijeća EU br.1259/2010 o provedbi pojačane saradnje u području prava primjenjivog na razvod braka i zakonsku rastavu, „*Službeni list EU*“, L 343/10 (29.12.2010.)

66 Uredba Vijeća EU br.650/2012 Evropskog parlamenta i Vijeća od 04.07.2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Evropske potvrde o nasljeđivanju, „*Službeni list EU*“, L 201/107 (27.07.2012.)

67 Uredba Vijeća (EU) 2016/1103 od 24.06.2016. o provedbi pojačane saradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, „*Službeni list EU*“, L 183/1 (08.07.2016.)

68 Uredba Vijeća (EU) 2016/1104 od 24.06.2016. o provedbi pojačane saradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznanju i izvršenju odluka u stvarima imovinskih posljedica registrovanih partnerstava, „*Službeni list EU*“, L 183/30 (08.07.2016.)

69 Mehanizam pojačane saradnje predviđen je članom 20 st.1. Ugovora o funkcionisanju EU, a isti dozvoljava državama članicama koje žele da povećaju nivo integracije, da usvoje uniformne pravne akte u navedenoj oblasti, a koji akti su pravno vezujući samo za navedene države.; E. A. Oprea, „Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe“, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.10, br.2, 2018, 581-582.

70 E. Kavoliunaite-Ragauskienė, „Uredbe br.2016/1103 i 2016/1104: Razvoj i usvajanje“, u L.

definiše pojam „braka“ te isto predviđa kao nadležnost nacionalnih pravnih sistema, a također iz svog područja primjene isključuje i definisanje pojmova opće pravne sposobnosti bračnih partnera, kao i pitanja poput postojanja, valjanosti ili priznavanja braka.⁷¹ Navedene odredbe ne uspostavljaju jedinstvenu pojmovno definisanje šta se sve smatra „brakom“ i samim time potpada pod područje primjene Uredbe, a iste se razlikuju od Prijedloga Uredbe, čime se povinuje „struji“ konzervativnih država članica EU.⁷² Navedeni koncept dodatno je naglašen članom 9. Uredbe koji predviđa mogućnost da se sud proglasi nenadležnim za bračnu imovinu ako država suda ne priznaje određene brakove za potrebe postupka glede bračnoimovinskog režima.⁷³ Uredba iz područja primjene isključuje i oblast obaveze izdržavanja, kao i oblast nasljeđivanja, obzirom da su iste pravno regulisane ranijim uredbama, i to je oblast izdržavanja uređena Uredbom EZ br.4/2009, dok je oblast nasljeđivanja uređena Uredbom br.650/2012.⁷⁴ Pored navedenih, iz područja primjene su isključena pitanja iz oblasti prava na prenos ili prilagodbu prava na starosnu ili invalidsku penziju, kao i pitanja koja se odnose na oblast stvarnih prava, odnosno nastanak ili prenos prava na pokretnoj ili nepokretnoj imovini kao i upis prava u javne registre i učinci upisa.⁷⁵ Uredba uvodi pojam „bračnoimovinski režim“ kao samostalan pojam, koji uključuje kako pravila od kojih bračni partneri ne mogu odstupati, te sva fakultativna pravila koja su bračni drugovi dogovorili u skladu sa mjerodavnim pravom, te sva dispozitivna pravila mjerodavnog prava, čime se uspostavlja dosta široko područje primjene Uredbe, što je u pravnoj doktrini proizvelo veliki broj pitanja i nejasnoća, odnosno da li se područje primjene odnosi i na oblasti kao što je odgovornost bračnih partnera za dugove, obaveza bračnih partnera da zadovolje uobičajene/dnevne potrebe kućanstva, pokloni između bračnih partnera i drugi.⁷⁶

Uredba br.2016/1103 o bračnoimovinskom režimu definiše i pojam „suda“, navodeći da isti treba imati široko značenje koje obuhvata ne samo sudove u strogom smislu riječi, nego i javne bilježnike/notare koji u određenim stvarima bračnoimovinskog režima izvršavaju sudske funkcije na osnovu ovlasti prenesenih od strane suda.⁷⁷ Obzirom da u pojedinim pravnim sistemima država članica EU, kao što je i R. Hrvatska, javni bilježnici/notari postupaju u ostavinskom postupku kao povjerenici suda, može se zaključiti da će javni bilježnik/notar koji je nadležan za odlučivanje o nasljeđivanju podjednako moći odlučivati i u stvarima bračnoimovinskog režima.⁷⁸ Pitanje tumačenja pojma „suda“ u pogledu nadležnosti

Ruggeri, A. Limante, N. Pogorelčnik Vogrinc (ur.), *Uredbe EU-a o imovinskim odnosima bračnih drugova i registriranih partnera*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2021, 30.

71 Alineja 17., 20., 21. Preambule Uredbe br. 2016/1103

72 A. Wysocka-Bar, „Enhanced cooperation in property matters in the EU and non-participating Member States“, *ERA Forum*, Springer, br.20, 2019, 192.

73 E. Kavoliunaite-Ragauskiene, 30.

74 Čl. 1. st.2. t. d) Uredbe br.2016/1103

75 Alineje 23., 24., 27., 28. Preambule Uredbe br. 2016/1103

76 P. Twardoch, „Remarks on the EU Regulation of 24 June 2016 in matters of matrimonial property regimes“, *Problems of International Private Law*, br.22, 2018, 73.

77 Alineja 29. Preambule Uredbe br.2016/1103

78 P. Poretti, „Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu“, *Javni bilježnik*, vol. XXI, br.44, 2017, 62.

javnog bilježnika/notara u oblasti nasljeđivanja bilo je predmet odlučivanja u predmetu Suda EU *WB*, gdje je Sud zauzeo stav da se tijela i pravni stručnjaci s nadležnostima u nasljednim stvarima mogu kvalificirati kao sudovi pod uvjetima prema kojim se tijelo ima smatrati sudom u smislu Uredbe br.650/2012.⁷⁹ Uredba br.650/2012 u svojim odredbama predviđa da se sudom smatraju sva pravosudna tijela i sva ostala tijela i pravni stručnjaci 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 garantuju nepristranost i pravo svih stranaka na saslušanje i pod uvjetom da njihove odluke po pravu države članice u kojoj djeluju: (a) mogu biti predmet žalbe ili revizije od strane pravosudnog tijela, i (b) imaju sličnu valjanost i učinak kao i odluka pravosudnog tijela o istoj stvari.⁸⁰

4.2. Koncentracija nadležnosti za ostavinski postupak i pitanja bračnoimovinskog režima

Uredba o bračnoimovinskom režimu kao osnov za zasnivanje međunarodne nadležnosti u pitanjima bračnoimovinskog režima predviđa koncentraciju nadležnosti za nasljednopravne odnose kao i za odnose bračnoimovinskog režima, što znači da sud države članice koji je bio nadležan za raspravljavanje ostavine preminulog bračnog partnera bude nadležan i za bračnoimovinski režim, a jednako je predviđeno i za pitanja razvoda braka, zakonske rastave ili poništaja braka.⁸¹

Ukoliko nije uspostavljena nadležnost na osnovu nadležnosti za ostavinski postupak, razvod braka, zakonsku rastavu ili poništaj braka, na osnovu pravila o nadležnosti u ostalim slučajevima nadležni su sudovi države članice na čijem državnom području bračni partneri imaju uobičajeno boravište u trenutku pokretanja postupka pred sudom ili na čijem su državnom području bračni partneri imali zadnje uobičajeno boravište ako jedan od njih još uvijek tamo boravi u trenutku pokretanja postupka pred sudom ili na čijem državnom području protustranka ima uobičajeno boravište u trenutku pokretanja postupka pred sudom ili država zajedničkog državljanstva bračnih partnera u trenutku pokretanja postupka pred sudom.⁸² Ukoliko se nadležnost uspostavlja na ovakvom osnovu, odnosno ukoliko se ne radi o slučajevima koncentracije nadležnosti, bračni partneri mogu izvršiti izbor suda, odnosno uspostaviti isključivu nadležnost suda, i to u korist sudova države članice čije je pravo mjerodavno u situacijama kad su stranke izvršile izbor prava ili je mjerodavno pravo prvog zajedničkog uobičajenog boravišta nakon sklapanja braka, zajedničkog državljanstva u trenutku sklapanja braka, ili sudova države članice u

79 Presuda Suda EU *WB*, C-658/17 od 23.05.2019. godine

80 Čl. 3. st.2. Uredbe br.650/2012

81 Alineja 32-34. Uredbe br.2016/1103; čl. 4. i 5. Uredbe br.2016/1103; A. Limante, 30.

82 Čl.6. Uredbe br.2016/1103; U teoriji se postavlja pitanje koliko dugo bračni partneri trebaju imati zajedničko uobičajeno boravište da bi isto potpadalo pod kriterij prvog zajedničkog uobičajenog boravišta, a obzirom da Uredba ne sadrži odredbe koje regulišu isto, smatra se da se radi o periodu od par mjeseci nakon zaključenja braka.; N. Pogorelčnik Vogric, „Applicable Law in Matrimonial Property Regime Disputes“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol.40, br.3, 2019, 1081.

kojoj je brak sklopljen.⁸³ Nadležnost suda se može uspostaviti i u korist države članice čije je pravo mjerodavno, ukoliko se tuženi pred tim sudom upustio u postupak.⁸⁴ Pravila Uredbe o bračnoimovinskom režimu od alternativnoj nadležnosti odnose se na iznimne situacije kada se nadležni sud proglasi nenadležnim i to u situacijama kada dotični brak ne priznaje u svrhu postupka o bračnoimovinskim režimima, te je u takvim situacijama nadležan je sud koji stranke izaberu, sud na osnovu pravila o nadležnosti u ostalim slučajevima, sud pred kojim se tuženi upusti u postupak ili sud države članice u kojoj je brak sklopljen⁸⁵ Uredba o bračnoimovinskom režimu, jednako kao i još tri uredbe EU i to Uredba br.650/2012 o nasljeđivanju, Uredba br.2016/1104 o imovinskim efektima registrovanih partnerstava i Uredba br.4/2009 o izdržavanju, sadrži i pravila o *forum necessitatis*. Uspostavljanje nadležnosti na osnovu instituta *forum necessitatis* se odnose na situaciju kada se ne može uspostaviti nadležnost suda države članice na osnovu nekog od predviđenih osnova za uspostavljanje nadležnosti predviđenih Uredbom, ili kada su se svi sudovi proglasili nenadležnim, kada se može uspostaviti nadležnost sudova države članice, i to one koja ima dovoljnu povezanost sa konkretnim predmetom.⁸⁶

Koncentracija nadležnosti za bračnoimovinski režim u odnosu na ostavinski postupak u konkretnom slučaju u nacionalnim pravnim sistemima može dovesti do situacija kada je javni bilježnik odnosno notar kao povjerenik suda nadležan za raspravljanje zaostavštine jednog od preminulih bračnih partnera, a u toku ostavinskog postupka jave se pitanja vezana za bračnoimovinski režim. U navedenim situacijama, a u skladu sa odredbama o koncentraciji nadležnosti Uredbe o bračnoimovinskom režimu, javni bilježnik odnosno notar kao povjerenik suda u ostavinskom postupku nadležan je i za odlučivanje o pitanjima bračnoimovinskog režima. Međunarodna nadležnost za raspravljanje zaostavštine je zasnovana na uobičajenom boravištu, pa je za cjelokupnu zaostavštinu, u skladu sa konceptom jedinstvenosti zaostavštine, nadležan sud države članice u kojoj je ostavitelj imao uobičajeno boravište u trenutku smrti.⁸⁷ Pravila o uspostavljanju nadležnosti sadržana u Uredbi br.650/2012 o nasljeđivanju pored pravila o općoj nadležnosti predviđaju i pravila o prorogaciji nadležnosti kao i supsidijarnoj nadležnosti.⁸⁸ Kako pravila o prorogaciji nadležnosti

83 Čl. 7. Uredbe br.2016/1103; P. Mostowik, „The questionable impact of EU Regulations No 2016/1103 and 2016/1104 on the identity of marriage in a Member State“, *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, br.22, 36.

84 Čl. 8. Uredbe br.2016/1103

85 *Ibid*; čl.9.

86 Čl. 11. Uredbe br.2016/1103; M. Szpunar, K. Pacula, „Forum of necessity in family law matters within the framework of EU and international law“, *Polski Proces Cywilny*, br.4/2021, 567.

87 Čl. 4. Uredbe br.250/2012; A. Bajan, I. Marić, „Nadležnost za raspravljanje ostavine u pravu Europske unije uz osvrt na sudsku praksu“, *Paragraf*, god.3, br.1/2019, 20.

88 Prorogacija nadležnosti predstavlja mogućnost izbora mjerodavnog prava od strane ostavioca, te stoga ostavilac ima opciju da bira između prava države članice čiji je državljanin u trenutku izbora ili u trenutku smrti kao mjerodavnog za cjelokupno nasljeđivanje, dok se pravila o supsidijarnoj nadležnosti odnose na situacije kada je posljednje uobičajeno boravište ostavioca bilo ihzvan država članica u trećoj državi, te je u takvim slučajevima predviđena mogućnost uspostavljanja supsidijarne nadležnosti suda države članice u kojoj se nalazi imovina, i to ako je ostavilac bio državljanin te države članice u trenutku smrti.; S. Aras Kramar, „Nasljednopravna stvar s prekograničnim elementom i nadležnost u okviru Uredbe (EU) br.650/2012 o nasljeđivanju – neka hrvatska i slovenska iskustva i dvojbe“, *Zbornik*

sadržana u Uredbi br.650/2012 sadrže i mogućnost uspostavljanja isključive nadležnosti u onim situacijama kada je ostavilac za uređenje svog nasljeđivanja kao mjerodavno pravo odabrao pravo države članice čije on bio državljanin u trenutku odabira, ili u trenutku smrti, pod uslovom da stranke u ostavinskom postupku pristanu na isto, a ukoliko je za uspostavu takve nadležnosti potrebna saglasnost svih stranaka u postupku, preživjeli bračni partner se stavlja u nepovoljan položaj.⁸⁹

Uredba o bračnoimovinskom režimu predviđa uspostavljanje nadležnosti javnog bilježnika odnosno notara za odlučivanje o bračnoimovinskom režimu, u koje potpada i zahtjev za izdvajanje bračne stečevine, i to u onim situacijama kada među strankama ne postoji spor, a u suprotnom, ukoliko postoji spor, za odlučivanje je nadležan sud države članice koja je u skladu sa Uredbom br.250/2012 nadležan za ostavinski postupak iza umrlog bračnog partnera. Nadležnost javnog bilježnika odnosno notara za pitanja bračnoimovinskog režima u okviru ostavinskog postupka podrazumijeva i donošenje odluke kojom se rješavaju pitanja bračnoimovinskog režima, odnosno u konkretnom slučaju odlučuje se o zahtjevu za izdvajanje bračne stečevine, koja odluka postaje pravni osnov za upis prava vlasništva u javne registre.⁹⁰

4.3. Mjerodavno pravo za bračnoimovinski režim u slučaju smrti bračnog partnera

Uredba o bračnoimovinskom režimu uspostavlja jedinstvo mjerodavnog prava, pa se na osnovu istog pravo mjerodavno za bračnoimovinski režim primjenjuje na svu imovinu koja podliježe tom režimu, bez obzira na to gdje se ta imovina nalazi.⁹¹ Uredba sadrži pravila o izboru mjerodavnog prava, a uspostavlja i pravila o mjerodavnom pravu ukoliko stranke nisu izvršile izbor mjerodavnog prava.⁹² Pravila o izboru mjerodavnog prava su odraz ograničene autonomije volje odnosno ograničene mogućnosti izbora mjerodavnog prava⁹³, obzirom da ista predviđaju izbor mjerodavnog prava od strane bračnih partnera u korist prava države članice u kojoj jedan od bračnih partnera ili budućih bračnih partnera ima uobičajeno boravište u trenutku zaključivanja sporazuma o izboru prava⁹⁴, ili izbor prava države čiji je

Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol.41, br.1, 2020., 102.; P. Poretti, „Nadležnost, nadležna tijela i postupci prema Uredbi (EU) br.650/2012 o nasljeđivanju“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v.37, br.1, 2016., 569.

89 P. Poretti, „Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu“, *Javni bilježnik*, vol.21, no.44, 2017, 63.

90 Kako se sticanje prava i upis prava u javne registre provodi prema pravu države članice u kojoj se upisnik vodi, odnosno pravo države u kojoj se nalazi nekretnina, iz istog proizlazi da odluka notara odnosno rješenje o nasljeđivanju u dijelu u kojem navodi imovinu koja je bračna stečevina preživjelog bračnog druga mora u skladu sa navedenim važećim pravom biti pravni osnov za uknjižbu prava vlasništva u javne registre, odnosno da isto u praksi ne zahtijeva donošenje dodatne odluke od strane nadležnog suda.; *Ibid.*, 63.

91 Čl. 21. Uredbe br.2016/1103

92 A. Wysocka-Bar, 196.

93 Princip ograničenog izbora mjerodavnog prava usvojen je u oblast uređenja bračnoimovinskog režima da bi se na taj način eliminisala mogućnost da ugovorne strane – bračni partneri, odaberu pravo mjerodavno za uređenje svojih imovinskih odnosa u braku koje nema dovoljno poveznica sa konkretnim slučajem.; P. Twardoch, 78.

94 Uredba br.2016/1103 o bračnoimovinskom režimu ne sadrži odredbe vezano za definisanje koncepta

državljanin jedan od bračnih partnera u trenutku zaključenja sporazuma.⁹⁵ Izbor mjerodavnog prava dodatno je „sužen“ vremenskom odrednicom o uobičajenom boravištu odnosno državljanstvu u trenutku izbora prava, dok ranije donesena Uredba EU o nasljeđivanju nudi više tačaka vezivanja odnosno mogućnosti izbora predviđajući mogućnost izbora prava čiji je državljanin ostavilac u trenutku izbora ili u trenutku smrti.⁹⁶ Tako Uredba o bračnoimovinskom režimu ne sadrži pravila o izboru prava ukoliko se radi o osobama sa više državljanstava, kao što to radi Uredba o nasljeđivanju, mišljenja smo da bi bračni partneri bi trebali moći birati bilo koje od prava čiji su oni državljani, a ako su državljani više država, bilo koje od tih prava, a sve u skladu sa načelom poštivanja osnovnih principa EU.⁹⁷ Sporazum o izboru prava se zaključuje u pisanom obliku, pri čemu sporazum datiraju i potpisuju oba bračna partnera, a sve u skladu sa odredbama o formalnoj valjanosti sporazuma o izboru mjerodavnog prava, s tim da mogu biti predviđeni i dodatni formalni zahtjevi za bračnoimovinske sporazume u skladu sa pravom države članice uobičajenog boravišta bračnih partnera, odnosno pravima država članica uobičajenog boravišta svakog od bračnih partnera odnosno jednog od bračnih partnera.⁹⁸

Ukoliko bračni partneri nisu zaključili sporazum o izboru prava, mjerodavno pravo za imovinskoravni režim je pravo zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih partnera nakon sklapanja braka ili pravo zajedničkog državljanstva bračnih partnera u trenutku sklapanja braka, ili pravo s kojim su bračni partneri zajedno najbliže povezani u trenutku sklapanja braka, uzimajući u obzir sve okolnosti, a ukoliko bračni partneri imaju više od jednog zajedničkog državljanstva u trenutku sklapanja braka, mjerodavno pravo se procjenjuje na osnovu prvog i trećeg osnova za određivanje mjerodavnog prava predviđenog Uredbom o bračnoimovinskom režimu.⁹⁹ Uredba predviđa i mogućnost da se iznimno i na zahtjev jednog bračnog partnera pravosudno tijelo nadležno za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima može odlučiti da bračnoimovinski režim uređuje pravo države čije pravo nije mjerodavno, ako dokaže da su bračni partneri imali posljednje zajedničko uobičajeno boravište u toj drugoj državi tokom znatno dužeg razdoblja nego u državi prvog zajedničkog uobičajenog boravišta i ako su se oba bračna partnera oslanjala na pravo te države u uređivanju ili planiranju svojih imovinskih odnosa.¹⁰⁰

uobičajenog boravišta, te se isto procjenjuje u skladu sa kriterijima i interpretacijom sadržanom u odlukama Suda EU, obzirom da se radi o autonomnom pojmu u pravu EU, pa tako sud EU u presudi *Mercredi* (C-497/10) ističe da se uobičajeno boravište sastoji od boravka na jednom mjestu kojeg karakteriše jedna određena trajnost, te od voljnog elementa, odnosno od namjere navedene osobe da to mjesto učini svojim uobičajenim boravištem.

95 E. A. Oprea, 584.

96 Dž. Suljević, „Položaj povjerilaca u ostavinskom postupku u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu i u pravu Evropske unije“, 176.

97 E. A. Oprea, 585.

98 Ukoliko je sporazum zaključen u elektronskoj formi, da bi bio valjan isti mora da bude potpisan od strane oba bračna partnera pomoću pravila o elektronskom potpisu.; čl. 23. Uredbe br.2016/1103; N. Pogorelčnik Vogrinc, 1090.

99 Čl.26. st.1. i 2. Uredbe br.2016/1103

100 *Ibid*; čl.26. st.3.

4.4. Zasnivanje međunarodne nadležnosti i određivanje mjerodavnog prava u odnosu na zahtjev za izdvajanje bračne stečevine u ostavinskom postupku – analiza slučaja

Interferencija između instrumenata EU u pogledu određivanja međunarodne nadležnosti i mjerodavnog prava u pogledu zahtjeva za izdvajanje bračne stečevine u ostavinskom postupku, može se pratiti i kroz hipotetički slučaj. Amar, državljanin Bosne i Hercegovine, i Brigitte, državljanka SR Njemačke, zaključili su brak u Njemačkoj 1999. godine, te su zasnovali prvo zajedničko uobičajeno boravište kao i zajedničko prebivalište u Njemačkoj. U braku nisu imali djece, a od nepokretne imovine u braku su stekli stan i kuću u Njemačkoj i kuću u Bosni i Hercegovini. Amar iznenada umire u januaru 2022. godine u Njemačkoj, a u toku ostavinskog postupka njegov bračni partner Brigitte podnosi zahtjev za izdvajanje bračne stečevine.

U skladu sa odredbama Uredbe br.650/2012 o nasljeđivanju, međunarodna nadležnost za provođenje ostavinskog postupka u slučaju nepostojanja sporazuma, se zasniva na osnovu člana 4. Uredbe, pa tako postoji međunarodna nadležnost države članice u kojoj je ostavilac imao uobičajeno boravište u trenutku smrti, pa je tako za provođenje ostavinskog postupka iza umrlog Amara nadležan sud u Njemačkoj, odnosno notar kao povjerenik suda u ostavinskom postupku. U pogledu mjerodavnog prava za ostavinski postupak, mjerodavno je pravo države članice u kojoj je ostavilac imao uobičajeno boravište u trenutku smrti, obzirom da ostavilac nije izvršio izbor mjerodavnog prava. U konkretnom slučaju, mjerodavno pravo za nasljeđivanje je pravo Njemačke. Kako je Brigitte kao bračni partner u toku ostavinskog postupka istakla zahtjev za izdvajanje bračne stečevine, a koji predstavlja jedno od pitanja bračnoimovinskog režima, u skladu sa načelom koncentracije nadležnosti sadržanom u Uredbi br.2016/1103 o bračnoimovinskom režimu, postoji nadležnost suda u Njemačkoj odnosno notara kao povjerenika suda za odlučivanje, obzirom da je uspostavljena međunarodna nadležnost suda u Njemačkoj za ostavinski postupak u skladu sa Uredbom o nasljeđivanju. Mjerodavno pravo za pitanja bračnoimovinskog režima, odnosno za zahtjev za izdvajanje bračne stečevine, u skladu sa članom 26. st.1. tačka a) Uredbe br.2016/1103, je pravo države članice u kojoj su bračni partneri imali zajedničko uobičajeno boravište nakon sklapanja braka, a to je u konkretnom slučaju pravo Njemačke.

Obzirom da su bračni partneri Amar i Brigitte u toku trajanja bračne zajednice stekli nekretninu - kuću u Bosni i Hercegovini, u skladu sa važećim ZRSZ BiH¹⁰¹, postoji isključiva međunarodna nadležnost suda u Bosni i Hercegovini za raspravljavanje zaostavštine koja za predmet ima nekretnine koje se nalaze u Bosni i Hercegovini.¹⁰² Obzirom da postoji isključiva međunarodna nadležnost za raspravljavanje zaostavštine, sud u Njemačkoj ne bi u toku ostavinskog postupka odlučivao o nekretninama u Bosni i Hercegovini, obzirom da ista odluka odnosno rješenje o nasljeđivanju ne bi bilo priznato u Bosni i Hercegovini u postupku priznanja i izvršenja strane sudske

101 Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, „Službeni list SFRJ“, br.43/082 i 72/82-1645, „Službeni list RBiH“, br.2/92-5, 13/94-189 (u daljem tekstu: ZRSZ BiH).

102 Čl.71. st.1. ZRSZ BiH

odluke iz razloga postojanja isključive nadležnosti sudova u Bosni i Hercegovini. Stoga bi se vezano za nekretninu – kuću u Bosni i Hercegovini, provodio ostavinski postupak pred sudom u Bosni i Hercegovini, odnosno notarom kao povjerenikom suda, a isto je suprotno konceptu jedinstvenosti zaostavštine sadržanom u Uredbi o nasljeđivanju, prema kojem je jedan ostavinski sud nadležan za cjelokupnu ostavinu, bez obzira na to u kojim se sve državama članicama nalazi ta imovina.¹⁰³ Mjerodavno pravo za nasljeđivanje, u skladu sa važećim odredbama ZRSZ BiH, jeste pravo države čiji je državljanin ostavilac u trenutku smrti, a kako je u konkretnom slučaju ostavilac državljanin Bosne i Hercegovine, mjerodavno pravo za nasljeđivanje je pravo Bosne i Hercegovine.¹⁰⁴ U pogledu zahtjeva za izdvajanje bračne stečevine u ostavinskom postupku, postoji isključiva međunarodna nadležnost sudova u Bosni i Hercegovini, obzirom da isti za predmet ima nekretnine koje se nalaze u Bosni i Hercegovini.¹⁰⁵ Mjerodavno pravo za zahtjev za izdvajanje bračne stečevine jeste pravo države u kojoj bračni partneri imaju zajedničko prebivalište, obzirom da bračni partneri nemaju zajedničko državljanstvo, pa je u navedenom slučaju pravo Njemačke mjerodavno za pitanje zahtjeva za izdvajanje bračne stečevine u ostavinskom postupku.¹⁰⁶

5. Zaključak

Zahtjev za izdvajanje bračne stečevine se u skladu sa važećim nasljednim zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini može postaviti kako u ostavinskom postupku, tako i u posebnoj parnici, obzirom da se radi o stvarnopravnom zahtjevu nadživjelog bračnog/vanbračnog partnera. Ukoliko se zahtjev za izdvajanje bračne stečevine postavlja u toku ostavinskog postupka, nadživjeli bračni odnosno vanbračni partner je vezan prekluzivnim rokom, odnosno isti je potrebno da postavi do pravosnažnog okončanja ostavinskog postupka. Ukoliko ne postoji spor među strankama, odluku o postavljenom zahtjevu u okviru ostavinskog postupka donosi ostavinski sud, odnosno notar koji postupa kao povjerenik suda, a ukoliko među strankama postoji spor, odluka povodom izdvajanja bračne stečevine se donosi u parničnom postupku. Odluka o izdvajanju bračne stečevine u ostavinskom postupku se može donijeti u formi rješenja, a u praksi može biti sporno provođenje navedenog rješenja kroz javne registre u pogledu pravnog osnova za upis prava suvlasništva na ime bračne stečevine. Naime, sporno može biti da li navedeno rješenje o izdvajanju bračne/vanbračne stečevine prema važećim zakonskim propisima o stvarnim pravima i zemljišnim knjigama predstavlja ugovarajući pravni osnov za upis prava vlasništva ili je uz navedeno rješenje potrebna i dodatna odluka suda kao pravni osnov za sticanje

103 A. Bajan, I. Marić, „Nadležnost za raspravljanje ostavine u pravu Europske unije uz osvrt na sudsku praksu“, *Paragraf*, god.3, br.1/2019, 20.

104 Čl.30. st.1. ZRSZ BiH

105 Čl.56. ZRSZ BiH; A. Poljić, A. Hasić Imamović, „Rješavanje imovinskih sporova bračnih partnera sa elementom inostranosti, sa analizom bračnoimovinskih režima Francuske, Njemačke i Austrije“, *Revija za pravo i ekonomiju*, god.22, br.2, 2021, 112.

106 Čl.36. st.2. ZRSZ BiH

prava vlasništva. Stava smo da rješenje o izdvajanju bračne stečevine doneseno od strane nadležnog ostavinskog suda odnosno notara kao povjerenika suda može biti provedeno kroz javne registre, s tim da navedeno izdvajanje je potrebno provesti prije donošenja rješenja o nasljeđivanju kojim se odlučuje o ostavinskoj masi, te se okončava ostavinski postupak.

Pravna tekovina Evropske unije pitanja međunarodne nadležnosti i mjerodavnog prava u predmetima bračnoimovinskog režima reguliše Uredbom EU o bračnoimovinskom režimu, kojom je predviđena nadležnost notara kao povjerenika suda u ostavinskom postupku za odlučivanje o pitanjima bračnoimovinskog režima u koja spada i odlučivanje o zahtjevu za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine. Nadležnost za odlučivanje o zahtjevu za izdvajanje u okviru ostavinskog postupka dodatno je apostrofirana načelom koncentracije međunarodne nadležnosti za nasljednopravne odnose kao i za odnose bračnoimovinskog režima.

Džejna Suljević, LL. M, senior teaching asisstant
University of Zenica, Faculty of law

Sefedin Suljević, LL. M., notary

Nermina Suljević, LL. B., notary

DISTRIBUTION OF MATRIMONIAL PROPERTY IN PROBATE PROCEEDINGS

Summary: The request for separation of matrimonial property represents the right of marital and extramarital partner as an heir in probate proceedings, on the basis of which they can demand that his matrimonial/extramarital property, which they acquired with the decedent during the marriage or cohabitation, be separated from the estate. As a consequence of the separation of matrimonial/extramarital property from the estate, there is a reduction of the property, that is, the separation of the part that belongs to the marital or extramarital partner and represents their matrimonial/extramarital property with the decedent.

Considering the existing changes in social relations and the increased mobility of the population, there is an increasing number of property relations between spouses characterized by foreign element, meaning the connection with a foreign country, whether the spouses live or establish a habitual residence in a foreign country or have immovable property in a foreign country. In order to determine the court's international jurisdiction and applicable law in cases with a foreign element, national legal provisions that regulate issues of international jurisdiction and applicable law are applied, while EU Regulation No. 2016/1103 on matrimonial property regime is applied in the European Union for the aforementioned issues.

The paper will analyze the position of the marital and extramarital partner as an heir in the probate proceeding, the content of the request for separation of matrimonial/extramarital property in the probate proceeding, as well as the procedure of separation of matrimonial/extramarital property and the legal consequences of the separation of matrimonial/extramarital property in the probate proceeding, as well as pointing to the legal regulations of the European Union which regulates the issue of international jurisdiction and applicable law in relation to the request for separation of matrimonial property in probate proceedings.

Keywords: probate procedure, probate estate, matrimonial/extramarital property, separation of matrimonial property, Regulation No. 2016/1103 on matrimonial property regime.

STRUČNI ČLANAK

PРАВNA REGULACIJA INSTITUTA SUROGAT MAJČINSTVA: PRAVA SUROGAT MAJKE U SITUACIJAMA VANREDNIH STANJA

Sažetak: Modernizacijom društva i procesom globalizacije, pojavili su se i novi izazovi sa kojima se porodica i porodični odnosi susreću, ali s tim paralelno i problem regulacije tih novina. Pa tako, jedno od najkontroverznijih pitanja povezanih sa porodicom jeste proširenje porodice putem instituta surogat majčinstva. Fokus rada je usmjeren ka problematiziranju, istraživanju i obradi sljedećih aktualnih pitanja u vezi sa institutom surogat majčinstva za vrijeme oružanog sukoba u Ukrajini; kako je regulisan institut surogat majčinstva u Ukrajini i svijetu, da li surogat majka ima određena roditeljska prava prema djetetu, da li uživa cijeli opus roditeljskih prava, ko postaje staratelj djeteta u tom slučaju, koji je pravni status djeteta, a koji surogat majke, šta u slučaju da strana država dodijeli starateljstvo surogat majci ukoliko se ona pri rođenju djeteta zadesi u toj državi – da li to predstavlja međunarodnu otmicu djeteta shodno Haškoj konvenciji iz 1980.godine.

Ključne riječi: surogat majčinstvo, pravna regulacija, međunarodna otmica djeteta, Ukrajina, Haška konvencija 1980

1. Uvod

Porodica, kao i druge sfere čovjekovog života, podvrgnuta je zakonskom uređenju. Različite implikacije koje se javljaju kao produkt zasnivanja, proširenja ili prestanka porodice i porodičnih odnosa nužno je pravno urediti zbog prava i obaveza koji proizilaze iz takvih odnosa. Prilikom uređivanja porodičnih odnosa, zakonodavac je morao biti posebno oprezan kako bi porodicu i pravne odnose koji uz nju nastaju što bolje i praktičnije uredio.

Modernizacijom društva i pojavili su se i novi izazovi, kao i promjene u tradicionalom načinu proširivanja porodice. Pa tako, jedno od najkontroverznijih pitanja povezanih sa porodicom jeste proširenje porodice putem instituta surogat majčinstva.

Surogatmajčinstvo se smatra jednim od najkontroverznijih metoda potpomognute oplodnje i načina zasnivanja porodice koji je u određenim zakonodavstvima u potpunosti zabranjen, dok je u drugim decidno regulisan i prihvaćen.

Obzirom na različite globalne, manje ili veće, katastrofe koje su zadesile svijet posljednjih nekoliko godina, krenuvši od pandemije COVID-a 19, pa do oružanih sukoba na tlu Europe, tako je i institut surogat majčinstva naišao na mnogobrojne izazove i pravne dileme.

Pored problema pravne regulacije, fokus rada će se biti na pravnom statusu, pravima i obavezama surogat majke i partnera – roditelja u slučaju prinudnog

razdvajanja na duži ili neizvjesan vremenski period surogat majke i partnera – roditelja, u toku trudnoće i nakon poroda.

U radu će se posebno razmatrati sljedeća tri problemska pitanja: problem međunarodno-pravne neujednačenosti instituta surogat majčinstva, mogući problem međunarodne otmice djeteta od strane surogat majke, te problem nedostatka prava i obaveze surogat majke u slučaju onemogućenosti predaje djeteta namjeravanim roditeljima zbog stanja oružanog sukoba.

U zaključnim razmatranjima, autorica će ponuditi i praktična rješenja za apostrofirana otvorena pitanja u vezi sa aktualiziranim pitanjima surogat majčinstva.

2. Institut surogat majčinstva

2.1. Primjena surogat majčinstva

Neplodnost među bračnim parovima koji žele proširenje porodice predstavlja veliki problem. U takvim slučajevima, partneri se obično odlučuju za potpomognutu oplodnju. Modernizacijom nauke, i pojavom novih reproduktivnih tehnologija, bračni partneri sada imaju prednost izbora između brojnih opcija, uključujući umjetnu oplodnju, in vitro oplodnju, te surogat majčinstvo. Međutim, surogat majčinstvo je na meti osuda i predstavlja kontroverznu temu. Također, ovdje je neophodno napomenuti da surogat majčinstvo odabiru ne samo žene koje nisu u mogućnosti da prirodnim putem rode dijete iz medicinskih razloga, nego i žene koje odaberu da ne prolaze proces trudnoće iz različitih razloga. Surogat majčinstvo bilo je gotovo nepoznato prije 1978. godine.¹ Mnogi etički, društveni i pravni problemi uključeni u pojavu i proces surogat majčinstva stvaraju labirint pitanja podobnih za proučavanje - značenje roditeljstva, valjanost ugovora, komercijalizacija trudnoće, zakonska regulacija i sl. Upravo zato što su u institut surogat majčinstva, evidentno, uključena najvažnija pravna pitanja za postojanje instituta, a to je zakonska legalizacija i regulacija, razvili su se mnogi različiti pristupi u razmatranju zakonitosti surogat majčinstva. Stoga su različite analize surogat majčinstva, iako se bave istom temom, često analitički potpuno nepovezane. Proučavanje surogat majčinstva stoga dovodi do nedosljednosti i zabune. U uporednom zakonodavstvu institut surogat majčinstva ima različite načine pravne regulacije, a u pojedinim slučajevima i nedovoljno dobro regulisane, a o čemu će u radu pod tačnom 3. biti više riječi. U tom kontekstu, a kada govorimo o pravnoj teoriji, primjetna su različita poimanja surogat majčinstva. Tako, potpuno su drugačija poimanja ovog instituta iz ugla ugovornog prava koje se bavi ugovorom surogat majke i roditelja, i međunarodnog privatnog prava koje se bavi pitanjem prekograničnog elementa surogat majčinstva.

¹ Laura Peritore, „*Special Issue on Surrogacy*“, Family Law Quarterly, izdanje 22, broj 2, 1988., str. 213-224

2.2. Pojam i definicija surogat majčinstva

Surogat majčinstvo je važna metoda potpomognute oplodnje za žene koje ne mogu ili ne žele roditi dijete na tradicionalni način.² Surogat majčinstvo definira se kao majčinstvo po dogovoru, često podržano pravnim sporazumom, odnosno potpisivanjem ugovora, prema kojem žena - surogat majka, pristaje roditi dijete za roditelje djeteta. Surogat majka se naposljetku odriče svih roditeljskih prava nad djetetom nakon rođenja.³

Riječ surogat potiče od latinske riječi *surrogatus*, što znači zamjena, odnosno osoba imenovana da djeluje umjesto drugoga. Stoga je surogat majka žena koja nosi dijete u ime druge žene, bilo iz vlastite jajne ćelije ili iz implantacije u njezinu maternicu oplodenog jajašca druge žene.⁴

U nastavku će, radi uporedne analize definisanja pojma, biti prikazane različite definicije instituta surogat majčinstva.

Enciklopedija *Britannica* definiše surogat majčinstvo kao razvijenu praksu gdje žena rađa dijete za bračni par koji nije u stanju roditi dijete na uobičajeni način.

Povjerenstvo za reformu zakona Novog Južnog Walesa, (engl. *The New South Wales Law Reform Commission*) također je definisalo surogat majčinstvo kao dogovor prema kojem žena pristaje da zatrudni i rodi dijete za drugu osobu ili osobe kojima će prenijeti skrbništvo nad djetetom pri ili ubrzo nakon rođenja djeteta.⁵

Izvjestaj Warnockove komisije (engl. *Warnock Commission Report*) definiše surogat majčinstvo kao praksu pri kojoj jedna žena nosi dijete za drugu s namjerom da se dijete preda nakon rođenja.⁶

Još jednu standardnu definiciju surogat majčinstva nudi *American Law Reports*, koji definiše surogat majčinstvo kao ugovornu obvezu prema kojoj surogat majka, uz naknadu, pristaje začeti dijete umjetnom oplodnjom spermom prirodnog ili biološkog oca, nositi ga i predati prirodnom ili biološkom ocu, te prekinuti sva svoja roditeljska prava nakon rođenja djeteta.

Posljednje navedena definicija je najmanje prihvaćena, te je uvriježeno mišljenje da je u potenciranju uloge oca u procesu surogat majčinstva diskriminatorna prema majci djeteta. Iz tog razloga, ova definicija se ne koristi često.

2 Vidi: Kathryn Venturatos Lorio, „*Alternative Means of Reproduction: Virgin Territory for Legislation*“ Louisiana Law Review, broj 164., 1984.

3 Lisa L. Behm, „*Legal, Moral & International Perspectives on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States*“, DePaul University, izdanje 2, broj 3, 2005., 557.

4 Christine L. Kerian, „*Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or Commodification of Women's Bodies and Children?*“ Wisconsin Women's Law Journal, broj 113, 1997., 115.

5 Vidi: New South Wales Law Reform Commission, „*Artificial Conception - Discussion Paper 3: Surrogate Motherhood*“ Sydney, 1988.

6 Vidi: „*The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*“, United Kingdom, 1984., para 8.1., dostupno na <<https://www.ethicshare.org/node/751750>>, posjećeno 01.09.2022.

3. Pravna regulacija instituta surogat majčinstva

Kako je već naprijed navedeno, surogat majčinstvo je vrlo kontroverzan institut, te je njegova prihvaćenost i pravna regulacija od države do države različita. Tako postoje države u kojima je ovaj institut u potpunosti zabranjen, npr. Francuska, Italija, Švedska, Njemačka. U drugim državama surogat majčinstvo nije regulisano izravno ali ga je moguće posredno zabraniti, a to su Argentina, Belgija, Hrvatska, Češka i sl. Države u kojima je surogat majčinstvo eksplicitno dopušteno i regulisano su Izrael, Grčka, Ujedinjeno Kraljevstvo. Države sa izrazito liberalnim stavom o institutu surogat majčinstva su Ukrajina, Rusija, Gruzija, Tajland, Indija.

U Bosni i Hercegovini kao složenoj državi, surogat majčinstvo je u Federaciji BiH i Republici Srpskoj izričito zabranjeno,⁷ dok u Distriktu Brčko BiH nije pravno regulisano.

Rasprava koju je potaknulo surogat majčinstvo, i razna pravna pitanja koja je ono pokrenulo, dovela je do mišljenja da bi trebala postojati neka univerzalna politika ili smjernice za njegovu kontrolu i regulaciju. Međutim, ne postoji konsenzus mišljenja među zemljama svijeta u pogledu pravnih mjera koje treba usvojiti za kontrolu i regulaciju surogat majčinstva. Različite zemlje usvojile su različite smjernice i zakone u skladu sa svojim društvenim, ekonomskim, kulturnim i vjerskim potrebama i pravnim zahtjevima.⁸

Upravo pravni sporovi, koji su se pojavili zbog prakse surogat majčinstva u zemljama širom svijeta, doveli su do donošenja zakona i propisa kojima se odobrava, zabranjuje, reguliše surogat majčinstvo.

4. Uporedno – pravna analiza instituta surogat majčinstva

4.1. Pravna regulacija surogat majčinstva u Izraelu

Zakon o ugovorima o surogatnom majčinstvu iz 1996. donesen je u Izraelu na temelju preporuka koje je dala Komisija Aloni.⁹ Stoga je Izrael pionir u regulaciji i omogućavanju komercijalnih ugovora o surogat majčinstvu. Zakon o ugovorima o surogat majčinstvu dopušta samo gestacijska surogat rješenja, čime se implicitno zabranjuje tradicionalno surogat majčinstvo.

Nadalje, Zakon o ugovorima o surogat majčinstvu ne daje nikakav pravni status surogat majci nakon rođenja djeteta. Zakonsko se roditeljstvo gotovo odmah delegira na namjeravane roditelje. Zakon o ugovorima o surogat majčinstvu navodi da će dijete od svog rođenja biti pod starateljstvom namjeravanih roditelja, a oni će prema njemu snositi sve odgovornosti i obaveze roditelja prema svom djetetu. Predaja

⁷ Zakon o liječenju neplodnosti biomedicinski pomognutom oplodnjom Federacije BiH (Službene novine FBiH, br. 59/18, od 27.7.2018. godine), čl. 45 i Zakon o liječenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje (Službeni glasnik RS, br. 68/20 od 22.7.2020. godine), čl. 57. st. 1. tač. 18.

⁸ Susan Markens, „*Surrogate Motherhood*“, University of California, California, 2007., 28-29.

⁹ Israel Ministry of Justice, „*Report of The Public-Professional Commission in The Matter of In Vitro Fertilization*“, 1994.

djeteta od strane surogat majke na brigu roditeljima mora biti u prisustvu službenika socijalnog rada i mora se izvršiti što je prije moguće nakon rođenja djeteta. U roku od sedam dana od rođenja djeteta, namjeravani roditelji moraju podnijeti zahtjev za roditeljski nalog.

Rješenje o starateljstvu, sud automatski izdaje namjeravanim roditeljima, osim ako, nakon što je primio izvještaj službenika socijalnog rada, sud utvrdi da bi to ugrozilo dobrobit djeteta. Predviđeni roditelji su „zadani” roditelji i ukoliko nema nekih vanrednih okolnosti, dobit će starateljstvo nad djetetom po njegovom rođenju i puna prava roditeljstva ubrzo nakon toga.¹⁰

4.2. Pravna regulacija surogat majčinstva u Ujedinjenom Kraljevstvu

U Ujedinjenom Kraljevstvu institut surogat majčinstva je regulisan u Zakonu o surogat majčinstvu iz 1985.godine (engl. The Surrogacy Arrangements Act).¹¹ i Zakonu o ljudskoj oplodnji i embriologiji iz 1990.godine (engl. The Human Fertilisation and Embryology Act).¹² Zakon o surogat majčinstvu primjenjuje se na ugovore o surogat majčinstvu bez obzira jesu li zakoniti i jesu li provedivi ili ne. Zakon definiše surogat majku kao ženu koja nosi dijete prema dogovoru koji je sklopljen prije nego što je zatrudnjela, a to je uređenje napravljeno s ciljem da se dijete preda drugoj osobi ili osobama koje će, u mjeri u kojoj je to izvedivo, vršiti starateljstvo.¹³ U dijelu 2.1. Zakona, nalaze se odredbe koje definišu plaćanje ugovorom definisane usluge surogat majčinstva. Navodi se da nijedna osoba neće na komercijalnoj osnovi inicirati niti sudjelovati u bilo kakvim pregovorima s ciljem sklapanja dogovora o surogat majčinstvu. Osoba čini radnju na komercijalnoj osnovi ako je bilo kakva uplata već primljena ili će biti naknadno primljena. Ova odredba, odnosno zabrana, se ne odnosi se na potencijalno surogat majku ili planirane roditelje. Analizom Zakona, dolazi se do zaključka da ovakve zabranjujuće odredbe komercijalizacije surogat majčinstva štite masovno pregovaranje, nagovaranje i navođenje osoba na institut surogat majčinstva od strane trećih osoba, a radi pribavljanja imovinske koristi za sebe ili nekog drugoga. Zakon ovakvo shvatanje dodatno potvrđuje navodeći da plaćanje ne uključuje plaćanje surogat majci ili budućoj surogat majci ili u korist surogat majke.¹⁴ Iako Zakon ne navodi izričito kakva se vrsta plaćanja može i treba izvršiti surogat majci ili budućoj surogat majci, postoje određeni propisi, budući da će svaka novčana naknada koju ona primi biti predmetom procjene kada se zatraže roditeljski ili usvojiteljski nalog.¹⁵

4.3. Pravna regulacija surogat majčinstva na Novom Zelandu

Novi Zeland je 2004. godine donio zakone u području surogat majčinstva, odnosno Zakon o ljudskoj potpomognutoj oplodnji (engl. Human Assisted

10 Pamela Laufer-Ukeles, „*Gestation: Work for Hire or the Essence of Motherhood? A Comparative Legal Analysis*!“, Duke Journal of Gender Law and Policy, 2002., 98.

11 Vidi: The Surrogacy Arrangements Act, 1985 (UK) S. 1(9)

12 Vidi: The Human Fertilisation and Embryology Act, 1990 (UK)

13 The Surrogacy Arrangements Act, čl. 1(A)

14 Ibid. 2.2., 2.3.

15 Vidi: The Human Fertilisation and Embryology Act, S.30.

Reproductive Technology Act). Prije 2004. nije bilo propisa koji su regulisali surogat majčinstvo. Međutim, klinike su zabranile surogat majčinstvo jer je etički komitet odbio odobriti praksu IVF surogat majčinstva koja uključuje altruistički prijenos embrija rođaku ili prijatelju. Odbor ministara je u svom izvještaju iz 1994. kritikovao ovu odluku, i smatrao je ograničavajućom.¹⁶ To je dovelo do promjene politike etičkog komiteta i napokon je deset godina kasnije Parlament donio zakon koji dopušta surogat majčinstvo.

Odjeljak 14. Zakona iz 2004. godine propisuje da „dogovor o surogat majčinstvu nije sam po sebi nezakonit”, te navodi da nije ni provediv. U ovom Zakonu, sporazum o surogat majčinstvu je onaj u kojem žena pristaje zatrudnjeti u svrhu prepuštanja skrbništva nad djetetom rođenim kao rezultat trudnoće.¹⁷ Ova definicija nije ograničena na surogat majčinstvo korištenjem potpomognutih sredstava, već također uključuje aranžmane koji se oslanjaju na prirodni odnos i vjerojatno uključuje maorsku praksu gdje postoji mogućnost da će dijete biti predano drugom članu porodice, a ne ugovaračima surogat majčinstva. Ovakvo stajalište i odredba postaje još konfuznije kada Zakon dalje u svojim odredbama propisuje da niko, uključujući surogat majku, bračnog para - roditelja i posrednika koji dogovara surogat majčinstvo, ne smije dati ili primiti vrijednu naknadu. Zakon izričito propisuje da razumni i nužni izdaci za stručne usluge, uključujući pravne savjete, nisu obuhvaćeni zabranom naknade.

4.4. Pravna regulacija surogat majčinstva u Kanadi

U Kanadi je 2004. godine usvojen Zakon o potpomognutoj oplodnji. Međutim, ne reguliše izričito ko može ili ne smije sklopiti ugovor o surogat majčinstvu. Njime se zabranjuje plaćanje naknade ženi da bude surogat majka.¹⁸ To je u skladu s načelom iznesenim u odjeljku 2(f) da trgovina reproduktivnim sposobnostima žena i iskorištavanje žena u komercijalne svrhe izaziva zdravstvene i etičke probleme koji opravdavaju njihovu zabranu. Osim toga, Zakon zabranjuje plaćanje drugoj osobi za ugovaranje usluga surogat majke.¹⁹ Surogat majci se mogu nadoknaditi troškovi koji su nastali u vezi s njezinim surogat majčinstvom ako se priloži račun. Također, surogat majka može dobiti naknadu za gubitak prihoda povezan s radom tokom trudnoće, pod uslovom da su ispunjeni određeni uslovi. Kažnjivo je djelo savjetovati ili navesti ženu za koju se vjeruje da ima manje od 21 godine da postane surogat majka ili izvršiti bilo kakav medicinski postupak kako bi se takvoj osobi pomoglo da postane surogat majka.²⁰

4.5. Pravna regulacija surogat majčinstva u Ukrajini

U ovom dijelu, kratko će biti predstavljen stav Ukrajine i njenog zakonodavstva naspram institutu surogat majčinstva, dok će u dijelu 5. surogat majčinstvo u Ukrajini

16 Vidi: Department of Justice, „*Assisted Human Reproduction Navigating Our Future Report of the Ministerial Committee on Assisted Reproductive Technologies*“, Wellington, 1994., 112-114.

17 Vidi: The Human Assisted Reproductive Technology Act, 2004, S. 5.

18 Vidi: The Assisted Human Reproduction Act, 2004., S. 6(1)

19 Ibid., 6(2).

20 Ibid., 6(4)

– području zahvaćenom međunarodnim oružanim sukobom, biti predmetom posebne i detaljne analize.

Surogat majčinstvo je postalo vrlo zastupljeno u Ukrajini, a zemlja se pretvorila u jedno od glavnih svjetskih središta surogat majčinstva. Prema službenim podacima u Informativnom i statističkom priručniku o potpomognutim reproduktivnim tehnologijama u Ukrajini koji je izdao Centar za medicinsku statistiku Ministarstva zdravstva Ukrajine, u zemlji je 2018. bilo 40 ART klinika.²¹ Pojedini Ukrajinski pravni teoretičari²² navode da je Ukrajina najliberalnija platforma za surogat majčinstvo jer dopušta plaćene usluge rađanja, koje su zakonom dopuštene.

5. Potreba za uniformnom regulacijom instituta surogat majčinstva

Iako se o sporovima u vezi surogatstva ne piše mnogo, analizom dostupnih slučajeva, dolazi se do zaključka da se pristupi koje koriste sudovi pri odlučivanju u ovim sporovima razlikuju od slučaja do slučaja. Na primjer, u predmetu *In Re Baby M*,²³ Vrhovni sud u New Jersey-ju smatrao je da su ugovori o surogat majčinstvu ništavni i protivni javnoj politici i moralu jer su u suprotnosti sa zakonom koji zabranjuje komercijalizaciju djece, kao što je i davanje novca za posvajanje djeteta. Nasuprot toga, 1986. godine Vrhovni sud u Kentucky-ju utvrdio je da plaćeno surogat majčinstvo ne krši Zakon države Kentucky koji zabranjuje prodaju beba.²⁴

Razlog za ove različitosti je taj što su sudovi prisiljeni smjestiti pitanja surogat majčinstva u već postojeće okvire i zakone koji se ne bave na odgovarajući način problemskim pitanjima. Prema zadanim postavkama, institut surogat majčinstva se preslikava na pravni sistem koji nije prilagođen i usklađen sa novim izazovima i modernizacijom društva i naučnih polja, pa tako i medicine. Pravna neusklađenost stavova različitih sudova stvara nekoherentnost koja nadalje navodi na scenarij pogoršanja situacije i nerazumijevanja, kako se ad hoc pristupi budu gomilali. Umjetni oblici reprodukcije dovode u pitanje sam pojam porodice u javnosti, ali sudovi ne mogu, i ne smiju, kao ni donosioci zakona da izbjegavaju problematiziranje i regulisanje ovako osjetljivih pitanja koja se neminovno moraju urediti shodno modernizaciji društva. Ujednačavanje zakonodavstava sudovima bi pružilo prikladniji okvir za analizu izravnim rješavanjem problema, kao i pitanja koja su jedinstvena za sva pravna pitanja koja se javljaju u vezi sa surogat majčinstvom, umjesto pokušaja stavljanja ovog instituta u već postojeće, neodgovarajuće i nedovoljno detaljne pravne norme i okvire.

U kontekstu svega naprijed navedenog, kao i pravnih pitanja koja se javljaju u vezi sa praktičnom upotrebom surogat majčinstva, u nastavku rada bit će analiziran

21 V.M. Zabolotko, Report, Center for Medical Statistics of the Ministry of Health of Ukraine, Kyiv, 2019., 24.

22 O.L. Kuchma, L.M., *Surrogate motherhood as a way of implementing the demographic function of social security law*, Comparative Analytical Law, 2019; 3: 108-111.

23 *In re Baby M*, 537 A.2d1227, 109 N.J. 396, od 02.03.1988. godine

24 *Surrogate Parenting v. Commonwealth ex. rel. Armstrong*, 704 S.W.2d 209, od 1986.

stepen regulisanosti instituta surogat majčinstva u izvanrednim situacijama kao što su oružani sukobi. Kroz pomenuti analizu, pokušat će se dati odgovor na pitanja koliko je pravno sigurno surogat majčinstvo, da li postoje praktična rješenja za izvanredne situacije u kojima se nađu sudionici surogat majčinstva, a sve sa posebnim akcentom na surogat majčinstvo u Ukrajini koja je već mjesecima područje zahvaćeno međunarodnim oružanim sukobom.

6. Analiza zakonske regulacije instituta surogat majčinstva u Ukrajini i praktičnih problemskih pitanja uzrokovanih međunarodnim oružanim sukobom na tlu Ukrajine

6.1. Analiza zakonske regulacije instituta surogat majčinstva u Ukrajini

Ukrajina je, kako je već naprijed navedeno, u novije vrijeme postala jedna od najpoznatijih i najvećih svjetskih središta umjetne oplodnje, tačnije upotrebe surogat majčinstva. Glavni regulatorni akti koji uređuju surogat majčinstvo u Ukrajini su Građanski zakon Ukrajine,²⁵ Porodični zakon,²⁶ Zakon Ukrajine o osnovama zdravstvene zaštite u Ukrajini,²⁷ Naredba Ministarstva zdravstva br. 787 o odobravanju primjene potpomognutih reproduktivnih tehnologija u Ukrajini,²⁸ Dekret Ministarstva pravosuđa Ukrajine br. 140/5 o izmjenama i dopunama pravila o civilnoj registraciji u Ukrajini.²⁹

Prema članu 48. Zakona Ukrajine o osnovama zdravstvene zaštite u Ukrajini, primjena umjetne oplodnje i implantacije embrija provodi se u skladu sa uslovima i postupkom koji je utvrdilo središnje izvršno tijelo koje osigurava formiranje državne zdravstvene politike, prema medicinskim indikacijama odrasle žene u odnosu na koju se takva radnja izvodi i uz pisani pristanak bračnog druga.³⁰ Još jedan pravni akt koji regulira postupak za korištenje ART-a je Naredba Ministarstva zdravstva Ukrajine br. 787 od 09. septembra 2013. godine o odobrenju postupka za primjenu potpomognutih reproduktivnih tehnologija u Ukrajini. Odjeljak 6. istog u potpunosti je posvećen pitanju surogat majčinstva. Preduslov za provedbu surogat majčinstva prema ovoj Naredbi je genetski odnos između namjeravanih roditelja ili jednog od njih i fetusa. Međutim, zakonodavac ne zabranjuje bliskim rođacima namjeravanih roditelja (sestra, majka, rođakinja itd.) da nose trudnoću. Ovom Naredbom je određeno da se surogat majčinstvo smije koristiti samo uz medicinske indikacije. Bračni par ima pravo učestvovati u programu surogat majčinstva samo u slučaju potvrđene neplodnosti.³¹ Dakle, zakon nedvosmisleno zabranjuje plodnim i zdravim

25 Civil Code of Ukraine, No. 435-IV od 16.01.2003.godine

26 The Family Code of Ukraine, No. NAU CD-ROM 2002, od 10.01.2002.godine

27 Act N° 2801-XII on Fundamentals of Ukrainian legislation on health care, od 19.11.1992.godine

28 Order of the Ministry of Health No. 787 On the Approval of the Application of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine, od 09.09.2013.godine

29 The Decree of the Ministry of Justice of Ukraine No. 140/5, OD 18.11.2003.godine

30 Fundamentals of Ukrainian Health Care Legislation: Law of Ukraine dated November 19, 1992, No. 2801-XII., dostupno na: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>.

31 On Approval of the Procedure for the Use of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine:

ženama da oplodnju prepuste surogat majkama iz profesionalnih, političkih ili estetskih razloga.

Porodični zakon Ukrajine precizira pitanje zakonskog roditeljstva. Konkretno, dio 2. člana 123. i dio 2. člana 139. Porodičnog zakona Ukrajine navode da su roditelji djeteta donatori genetskog materijala. Dijelom 2. članom 123. utvrđeno je da u slučaju prijenosa ljudskog embrija začetog od namjeravanih roditelja (muškarca i žene) u tijelo druge žene kao rezultat upotrebe potpomognute oplodnje, roditelji djeteta su namjeravani roditelji, a dio 2. člana 139. zabranjuje osporavanje majčinstva u ovom slučaju.³² Dakle, prema navedenim članovima Porodičnog zakona Ukrajine, surogat majka ne može zahtijevati priznanje svog majčinstva, čak ni na sudu.

Kroz analizu Ukrajinskog zakonodavstva, iskristalisalo se nekoliko praktičnih problemskih pitanja, a to su: pojmovi „surogat majčinstvo“ i „surogat majka“ nisu konsolidovani u zakonodavnim aktima Ukrajine, ograničen je pristup ugovorima o surogat majčinstvu za nevjenčane parove, ugovor o surogat majčinstvu nije definisan u zakonodavstvu Ukrajine, surogat majčinstvo u Ukrajini je dostupno stranim državljanima, kolizija pri upisu djeteta rođenog putem surogat majke.

Evidentno je da ukrajinski zakoni i propisi, općenito, nisu detaljno i dovoljno uređeni u polju surogat majčinstva, te da zbog takvih zakonskih nedostataka cjelokupna funkcionalnost ovog instituta trpi. Zakonske manjkavosti i nedostaci surogat majčinstva u Ukrajini, posebno su se istakli kada je Ukrajina postala poprište međunarodnog oružanog sukoba.

6.2. Praktično funkcionisanje instituta surogat majčinstva u oružanim sukobom zahvaćenom području, sa fokusom na Ukrajinu

6.2.1. Problem međunarodno-pravne neujednačenosti instituta surogat majčinstva

Oružani sukob između Ruske Federacije i Ukrajine na ukrajinskom tlu, ima razoran učinak na milione ljudi, infrastrukturu, kao i na prirodna bogatstva države. Međutim, medijski manje poznato područje katastrofe pomenutog oružanog sukoba jeste i utjecaj ovog vanrednog stanja na novorođenčad, a posebno na bebe rođene primjenom instituta surogat majčinstva, na prava surogat majki, roditelja djeteta, kao i roditelja koji su, eventualno, državljani neke strane sržave.

Međunarodni oružani sukob na tlu Ukrajine pred surogat majke je postavio dvije opcije; ili ostati na području sukoba – Ukrajine, u kojoj državi bi imali zaštitu pravnog položaja surogat majke, ili izbjeći u neku od susjednih jurisdikcija gdje surogat majčinstvo i ugovori o surogat majčinstvu nisu priznati, odnosno gdje je ovaj institut potpuno zabranjen, što bi dalje značilo da surogat majke, pravno, ne bi imale nikakvu zakonsku zaštitu niti mogućnosti.

Za svrhu ovog rada, komparativno-pravnom metodom proučena su i zakonodavstva susjednih država Ukrajine. Pa tako, u Poljskoj, Mađarskoj, Rumuniji

Order of the Ministry of Health of Ukraine No. 787., September 9, 2013., dostupno na: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13>

32 Family Code of Ukraine

i Moldaviji surogat majčinstvo je u potpunosti zabranjeno, u Slovačkoj nije izričito, zakonski zabranjeno, ali ne postoji zakonska regulacija istog.

Praktični pravni problem predstavljala bi situacija da surogat majka pobjegne od sukoba, u bilo koju od naprijed navedenih graničnih država i tu rodi dijete, tada bi surogat majka bila priznata kao zakonski staratelj djeteta. U takvoj situaciji, surogat majka, sada zakonski staratelj, morala bi dijete dati na posvajanje biološkim roditeljima kako bi se njima omogućilo da preuzmu brigu i starateljstvo o svom djetetu. Ovo, možda, izgleda jednostavno i kao dobra solucija u kojoj bi se surogat majka sklonila iz oružanog sukoba, ali je situacija mnogo komplikovanija, pogleda li se procedura usvajanja u svim navedenim državama.

Dakle, u ovakvim situacijama, postavlja se pitanje ko su pravni roditelji djeteta rođenog u inostranstvu primjenom instituta surogat majčinstva? Porijeklo djeteta u prekograničnim slučajevima može se odrediti na dva načina. Tako se može govoriti o procesnopravnom priznanju strane presude kojom su namjeravani roditelji određeni kao pravni roditelji djeteta, odnosno o priznanju javne isprave – izvoda iz matične knjige rođenih, kao i o kolizionopravnom priznanju u inostranstvu stečenog roditeljskog odnosa i s tim povezanog pravnog statusa djeteta. Jedno od najvažnijih jeste pitanja koje se javlja, u vezi sa naprijed navednim, jeste povrede domaćeg javnog poretka: jesu li učinci koje proizvodi strana presuda ili javna isprava u suprotnosti s domaćim javnim poretkom, odnosno da li se primjenom stranog mjerodavnog prava vrijeđaju osnovne vrijednosti domaćeg javnog poretka.³³

6.2.2. Mogući problem međunarodne otmice djeteta od strane surogat majke

Kako je naprijed i navedeno, ukoliko bi se desilo da surogat majka iz Ukrajine, a zbog oružanog sukoba, pobjegne u jurisdikciju koja ne poznaje institut surogat majčinstva, prilikom rođenja djeteta u toj drugoj državi, starateljstvo nad novorođenčetom bi, automatski, dobila surogat majka.

Međutim, potpisanim ugovorom o surogat majčinstvu, shodno Ukrajinskom zakonodavstvu, kao i Porodičnom zakonu Ukrajine,³⁴ za koje je prethodnom analizom utvrđeno da ima nedostataka i manjkavosti, starateljstvo nad djetetom po njegovom rođenju pripada namjeravanim roditeljima djeteta.

Dakle, jasno je da shodno Zakonu i ugovoru/sporazumu o surogat majčinstvu, namjeravani roditelji po rođenju djeteta dobijaju i starateljstvo nad njima, ali ako se ono rodi u Ukrajini ili državi koja poznaje i dozvoljava institut surogat majčinstva. No, šta kada se to ne desi? Da li u slučaju da surogat majka, nakon dobijanja starateljstva nad djetetom u stranoj državi, više ne želi vratiti dijete namjeravanim roditeljima? Da li se to ima smatrati međunarodnom otmicom djeteta, i da li i koja prava imaju namjeravani roditelji, kao i surogat majka nad djetetom?

Nesporno, dijete jeste genetski materijal namjeravanih roditelja, a starateljstvo nad djetetom dobija surogat majka, što dalje može značiti, da ukoliko surogat majka – iz bilo kojih razloga, ne želi dati dijete namjeravanim roditeljima na usvajanje, to

³³ Za više, vidi: A. Duraković, J. Alihodžić, *Učinci prekograničnog surogat materinstva:...*, Zbornik radova „Pravo, tradicija i promjene“, Istočno Sarajevo 2020., 129.

³⁴ Family Code of Ukraine, čl. 123, 129.

se može smatrati međunarodnom otmicom djeteta koju reguliše Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980.godine (dalje: Haška konvencija)?³⁵

Haška konvencija u členu 3. st. a) i b) definiše u kojim situacijama će se odvođenje ili zadržavanje djeteta smatrati nezakonitim: „a) ako predstavlja povredu prava na brigu što ga je dobila osoba, institucija ili bilo koje drugo tijelo, kolektivno ili pojedinačno, po zakonu države u kojoj je dijete bilo stalno nastanjeno prije odvođenja ili zadržavanja; b) ako su se u vrijeme odvođenja ili zadržavanja ta prava ostvarivala kolektivno ili pojedinačno, ili bi se bila ostvarivala da nije došlo do odvođenja ili zadržavanja.“³⁶

Ako se polazi od ukrajinskog zakona i sporazuma o surogat majčinstvu, naprijed navedene odredbe ne bi činile zapreku da se ne vraćanje djeteta od strane surogat majke, smatra međunarodnom otmicom djeteta.

Iako, u konkretnom slučaju, dijete bi se rodilo i bilo zadržavano u drugoj zemlji, ciljnim tumačenjem Haške konvencije i člana 3. a), došlo bi se do potpune realizacije glavnog postulata, kako porodičnog prava općenito, tako i cilja Haške konvencije, a to je najbolji interes djeteta. Obzirom da je surogat majčinstvo bilo planirano u Ukrajini, gdje je i potpisan sporazum o surogat majčinstvu, gdje je dijete trebalo da bude rođeno, i zakonima Ukrajine, potpuno zaštićeno u smislu roditeljstva, to onda znači da su namjeravani roditelji dobili pravo na brigu o djetetu po njegovom rođenju, shodno Porodičnom zakonu Ukrajine i sporazumu o surogat majčinstvu, a da je surogat majka to pravo povrijedila zadržavanjem djeteta u drugoj državi. Stav b) člana 3. Haške konvencije ovakvo ciljno tumačenje dodatno osnažuje, jer bi starateljstvo nad djetetom namjeravani roditelji nedvojbeno imali po rođenju djeteta u Ukrajini, da nije došlo do odvođenja i zadržavanja djeteta u stranoj državi.

Konačno, ovakvo tumačenje u konkretnoj situaciji ispunjava i uslov iz stava c) člana 3. – da je pravo na brigu, spomenuto u stavu a) stečeno, između ostalog, sporazumom koji ima pravni učinak po pravu dotične države, a u ovom slučaju je to sporazum o surogat majčinstvu.

Opisana situacija, u praksi bi bila izuzetno komplikovana zbog pitanja *a priori* dodjele starateljstva surogat majki u drugoj državi u kojoj je i rodila dijete, te bi pred sud stavila težak zadatak donošenja univerzalnog rješenja, a pored činjenice neuniformnog regulisanja instituta surogat majčinstva.

Ali i pored toga, na određeni način, mogućnost korištenja Haške konvencije u svrhu povratka djeteta od surogat majke koja ga odbija vratiti roditeljima iz strane države, umnogome bi olakšala i dala pravnu sigurnost namjeravanim roditeljima sve do međunarodno-ujednačenog regulisanja instituta.

35 Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (dalje: Haška konvencija) od 25.oktobra 1980.godine.

36 Haška konvencija, čl.3.st.a),b)

6.2.3. Prava i obaveze surogat majke u slučaju onemogućenosti predaje djeteta namjeravanim roditeljima zbog stanja oružanog sukoba

U Ukrajinskom zakonodavstvu institut surogat majčinstva je vrlo oskudno regulisan, iako je Ukrajina svjetsko središte istoga. Posljedično tome, mnogobrojna, eventualna problemska pitanja koja bi se mogla pojaviti u praksi nisu razrađena niti regulisana zakonom.

Iako je već od postanka civilizacije jasno da je porodično pravo najosjetljivija grana prava, i da zakonodavac mora biti posebno oprezan pri donošenju i regulisanju prava i obaveza koje proizilaze iz porodičnih odnosa, a sve u skladu sa principom najboljeg interesa djeteta.

Stanje oružanog sukoba u Ukrajini u nepovoljan položaj dovelo je i namjeravane roditelje, ali i surogat majke. U prethodnom dijelu prikazana je analiza problema moguće međunarodne otmice djeteta od strane surogat majke, prvenstveno izazvane bijegom sa područja oružanog sukoba. Međutim, postavlja se pitanje, šta sa surogat majkama koje odluče ostati u Ukrajini ili koje nemaju mogućnost i priliku napuštanja države? Šta kada se dijete rodi? Šta ako se dijete ne može sigurno predati roditeljima u državu njihovog prebivališta, ili ako roditelji nemaju mogućnost sigurnog dolaska u Ukrajinu?

Shodno sporazumu koji sklapaju surogat majka i namjeravani roditelji, starateljstvo nad djetetom prelazi na namjeravane roditelje, odmah po rođenju djeteta. Zakonodavstvo Ukrajine, a ni naprijed analizirane zemlje u kojima je dopušteno surogat majčinstvo, nije regulisalo prava i obaveze surogat majčinstva u izvanrednim situacijama, situacijama u kojim surogat majka ne može predati dijete namjeravanim roditeljima bez obzira na njenu volju da to učini.

U kontekstu toga, dijete rođeno u Ukrajini, uz nemogućnost napuštanja države bespravno se nalazi na tlu države. Surogat majka nema nikakva prava niti obaveze prema tom djetetu, te se isto ostavlja bez efikasne pravne zaštite.

Drugi dio problema javlja se, kada se govori o neizvjesnosti trajanja izvanredne situacije, u konkretnom slučaju oružanog sukoba. Koji su pravni alati zaštite i regulacije statusa djeteta, namjeravanih roditelja i surogat majke, ako silom prilika dijete sa surogat majkom provede nekoliko prvih godina života? Iako sporazum jasno definiše ko je i kada postaje staratelj djeteta, u ovom slučaju, roditeljska prava i dužnosti vršila bi surogat majka. Sa druge strane, i ako bi se dijete vratilo nakon nekoliko godina u državu prebivališta namjeravanih roditelja, kako bi zasnovalo državljanstvo u toj državi?

Sva ova problemska pitanja ostaju bez konkretnog odgovora, a sve je vjerovatnije da će se uskoro svaki od njih pojaviti u praksi. Iako je surogat majka, sa potpunim pravom, uskraćena od prava nad djetetom koje nosi u ime namjeravanih roditelja, svrsishodno bi bilo zakonski urediti i dati određena prava surogat majci u izvanrednim situacijama.

7. Prijedlozi adekvatnog rješavanja trenutnih i sprečavanja nastanka novih pravnih nedostataka primjene instituta surogat majčinstva

Kako je već naprijed navedeno, porodično pravo je najosjetljivija grana prava. U vezi sa time, institute koji su usko vezani uz porodicu i imaju bilo kakve reperkusije na porodicu i porodične odnose, a posebno na zaštitu najboljeg interesa djeteta, neophodno je detaljno regulisati i ne ostavljati pravne praznine koje bi mogle, eventualno, nanijeti štetu stranama.

Tako, od samog nastanka surogat majčinstva, i njegove mjestimične regulacije, jasno je bilo da će takva neujednačenost izazvati mnogobrojne nejasnoće i pravne zamke. Međutim, od početka međunarodnog oružanog sukoba na tlu Ukrajine, pomenuti pravni nedostaci surogat majčinstva, prouzlokovali su pravnu nesigurnost.

7.1. Donošenje jedinstvenog pravnog dokumenta koji reguliše institut surogat majčinstva i njegovu primjenu

Donošenje jedinstvenog pravnog dokumenta u obliku Konvencije umnogome bi doprinijelo uniformnoj regulaciji instituta surogat majčinstva, i pravnoj sigurnosti surogat majki i namjeravanih roditelja, kao i zaštiti najboljeg interesa djeteta.

Sadržaj ovakvog pravnog dokumenta, morao bi biti usmjeren ka regulisanju primjene instituta surogat majčinstva, kao i prava i obaveza surogat majki i namjeravanih roditelja. Svjedoci smo da su svijet u samo nekoliko godina zadesile dvije ogromne katastrofe, prva je pandemija Corona virusa, a druga međunarodni oružani sukob Rusije i Ukrajine na tlu Ukrajine. Oba događaja izazvala su određene promjene u načinu života, ograničili putovanja, svakodnevni normalan način života, pred pravne teoretičare i praktičare stavili težak zadatak. To je pokazatelj da se surogat majčinstvo mora regulisati i u slučaju izvanrednih situacija, obzirom da je u pitanju život i zdravlje djeteta, kao i njegov pravni status. Pravila za surogat majke i namjeravane roditelje u izvanrednim situacijama, kada surogat majka mora otići iz zemlje u kojoj treba da rodi dijete ili ako nema uslova da dijete sigurno preda roditeljima, u konkretnoj situaciji oružanog sukoba olakšalo bi i surogat majkama i namjeravanim roditeljima jer bi uskratilo neizvjesnost daljnjeg postupanja.

Davanje određenih roditeljskih prava surogat majki u slučaju nemogućnosti sigurne predaje djeteta namjeravanim roditeljima, značilo bi da će dijete biti sigurno zbrinuto i da će mu se prižiti sva pravna zaštita do predaje namjeravanoim roditeljima, a čime bi bio ostavljen princip najboljeg interesa djeteta.

7.2. Donošenje univerzalnih pravila o statusu djece rođene primjenom instituta surogat majčinstva

Uspostavljanje i donošenje ovakvih pravila (u sklopu naprijed navedene Konvencije, ili čak zasebno od nje) bi značilo da, u kojoj god jurisdikciji se nalazila surogat majka u trenutku poroda, starateljstvo nad djetetom dobijaju namjeravani roditelji. Jasno, ovakvo rješenje doima se vrlo komplikovanim, obzirom na stav država koje zabranjuju surogat majčinstvo, no u svrhu ostvarivanja najboljeg interesa djeteta, ovakva pravila bi trebala biti univerzalno korištena bez izuzetka. Ukoliko bi

uvođenje akta univerzalnih pravila bilo vremenski i praktično teško, države koje zabranjuju surogat majčinstvo trebale bi uvesti institut zamjenskog majčinstva koji bi se primjenjivao u slučaju poroda surogat majke u toj državi. Institut zamjenske majke bi podrazumijevao da surogat majka uživa sva prava i obaveze nad djetetom do predaje djeteta namjeravanim roditeljima.

7. Zaključak

Iako je surogat majčinstvo u medicini predstavljeno kao jedna od mogućih opcija za bračne parove koji standardni putem ne mogu dobiti dijete, ovaj institut ima velike praznine i nedostatke u pravnom, regulatornom smislu.

Na početku rada, kazano je kako neke zemlje zabranjuju surogat majčinstvo, neke ga odobravaju i zakonom regulišu, dok one treće ne zabranjuju eksplicitno, ali ga i ne regulišu zakonski. Nadalje, komparativno-pravnom analizom, pravnog okvira različitih zemalja svijeta koje dozvoljavaju upotrebu surogat majčinstva, vidljivo je da su i ta zakonska rješenja umnogome razlikuju. Počevši od toga da je u nekima zabranjeno plaćeno surogat majčinstvo, dok u drugima nije, da je u jednim zabranje posredovanje surogat majčinstva i plaćanje naknade za posrednika, dok u drugima to pitanje uopće nije pravno regulisano.

U suštini, jasno je da zakonska rješenja u vezi sa institutom surogat majčinstva nisu uniformna, a što u praksi može stvariti nesagledive posljedice.

Fokus rada jeste bilo pravna regulacija surogat majčinstvo u Ukrajini u toku međunarodnog oružanog napada na području Ukrajine, i posljedice koje nedovoljno dobra regulacija može u praksi izazvati.

U tom smislu, detektovano je nekoliko problemskih pitanja koja se ili već javljaju u praksi, ili je vrlo vjerovatno da će se uskoro početi javljati, kao što su; problem međunarodno-pravne neujednačenosti instituta surogat majčinstva, mogući problem međunarodne otmice djeteta od strane surogat majke, te problem nedostatka prava i obaveze surogat majke u slučaju onemogućenosti predaje djeteta namjeravanim roditeljima zbog stanja oružanog sukoba.

Iz svega navedenog, zaključuje se kako svi praktični izazovi u vezi sa institutom surogat majčinstvom proizilaze zbog nedostatka jedinstvene međunarodne legislative o surogat majčinstvu. Izbor, pred koji su surogat majke stavljene u Ukrajini, da ostanu na području oružanog sukoba i imaju pravnu zaštitu kao surogat majke, ili odu da se spase od sukoba u zemlje u kojima je surogat majčinstvo zabranjeno i gdje bi rađanjem djeteta automatski nad istim dobile starateljstvo, iako to ne žele.

Veliki izazov je nepostojanje međunarodne konvencije o priznavanju zakona koji se odnose na roditeljstvo ili onih koji se odnose na ugovore o surogat majčinstvu. Umjesto toga, postoji šarenilo različitih međunarodnih zakona o surogat majčinstvu, koji ne štite uvijek interese uključenih strana, uključujući interese djeteta.

Armina Čunjalo, LL.M., Assistant
Faculty of Law, University of Zenica

**LEGAL REGULATION OF SURROGATE MOTHERHOOD
INSTITUTE: RIGHTS OF SURROGATE MOTHERS IN EMERGENCY
SITUATIONS**

Summary: Through the process of modernization of society and the process of globalization, new challenges have appeared that the family and family relationships face, but in parallel with that, the problem of the regulation of these new things. So, one of the most controversial issues related to the family is the expansion of the family through the institute of surrogacy. The focus of the work is directed towards problematization, research and treatment of the following current issues related to the institute of surrogacy during the armed conflict in Ukraine; how is the institute of surrogacy regulated in Ukraine and the world, does the surrogate mother have certain parental rights towards the child, does she enjoy the full range of parental rights, who becomes the guardian of the child in that case, what is the legal status of the child, and which is the surrogate mother, what in the event that a foreign country grants custody to the surrogate mother if she happens to be in that country during the birth of the child - does this constitute international child abduction in accordance with the 1980 Hague Convention.

Key words: surrogacy, legal regulation, internacional child abduction, Ukraine, Hague convention 1980.

Erna Suljević, dipl.iur., student II ciklusa studija
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

NADLEŽNOST NOTARA U IMOVINSKIM ODNOSIMA BRAČNIH I VANBRAČNIH PARTNERA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak: Pozitivno porodično zakonodavstvo u BiH predviđa formu notarski obrađene isprave u pogledu zaključenja pravnih poslova kojima se regulišu imovinski odnosi između bračnih partnera kao i lica koja žive u vanbračnoj zajednici. Pravni poslovi kojima se ugovorno regulišu imovinski odnosi između bračnih/vanbračnih partnera odnose se na bračni ugovor kao i na ugovor o podjeli bračne stečevine, pri čemu se oba ugovora sklapaju u formi notarski obrađene isprave.

Pozitivnim nasljednim zakonodavstvom u BiH i to Zakonom o nasljeđivanju u FBiH i Zakonom o nasljeđivanju BD BiH je regulisano da bračni/vanbračni partneri mogu ugovorno urediti svoje imovinske odnose i za slučaj smrti, na način da ugovorom o nasljeđivanju međusobno se odrede za nasljednike imovine drugog bračnog/vanbračnog partnera. Također je kao jedna od formi testamenta predviđena i forma notarskog testamenta, koji predstavlja jedan od voljnih načina raspolaganja imovinom jednog od bračnih partnera za slučaj smrti. Pored nadležnosti notarske obrade, notarima je reformom nasljednog zakonodavstva u BiH povjerena i nadležnost provođenja ostavinskog postupka.

U radu se analizira uloga notara pri ugovornom uređenju imovinskih odnosa bračnih/vanbračnih partnera u okviru zaključenja bračnog ugovora te ugovora o podjeli bračne stečevine, te ugovornom uređenju imovinskih odnosa za slučaj smrti zaključenjem ugovora o nasljeđivanju, kao i uloga notara u pogledu raspolaganja bračnih/vanbračnih partnera imovinom za slučaj smrti zaključenjem notarskog testamenta te povjerena nadležnost notara za provođenje ostavinskog postupka u kojem se nadživjeli bračni/vanbračni partner pojavljuje kao nasljednik preminulog bračnog/vanbračnog partnera.

Ključne riječi: bračni ugovor, ugovor o podjeli bračne stečevine, ugovor o nasljeđivanju, notarski testament, ostavinski postupak.

1. Uvod

Važeće porodično zakonodavstvo u BiH predviđa da imovinski odnosi bračnih/vanbračnih partnera mogu biti regulisani na osnovu dva režima, i to na osnovu zakonskog i ugovornog bračnog režima. Ugovorni bračni režim podrazumijeva da bračni/vanbračni partneri zaključenjem odgovarajućeg ugovora regulišu svoje imovinske odnose, na način da sporazumno odrede status posebne imovine kao i

status bračne/vanbračne stečevine. Ugovorno uređenje imovinskih odnosa bračnih/vanbračnih partnera prvenstveno se odnosi na zaključenje bračnog ugovora, ali pozitivno porodično zakonodavstvo u BiH predviđa i mogućnost sporazumne podjele bračne stečevine zaključenjem ugovora o podjeli bračne stečevine, te je za oba ugovora kao forma zaključenja ugovora predviđena forma notarski obrađene isprave.

Jednako kako bračni/vanbračni partneri mogu ugovorno urediti svoje imovinske odnose, odnosno status imovine kako u bračnoj/vanbračnoj zajednici tako i po prestanku iste razvodom braka odnosno prestankom vanbračne zajednice, pozitivno nasljedno zakonodavstvo predviđa mogućnost da bračni/vanbračni partneri urede svoje imovinske odnose za slučaj smrti, zaključenjem ugovora o nasljeđivanju. Ugovor o nasljeđivanju je predviđen kao nasljednopravni institut u Zakonu o nasljeđivanju u FBiH i Zakonu o nasljeđivanju BD BiH, te isti predstavlja osnov za nasljeđivanje, koji ima prioritet nad testamentarnim i zakonskim nasljeđivanjem. Kao ugovorne strane koje mogu zaključiti ugovor su predviđeni samo bračni/vanbračni partneri, te budući bračni partneri pod uvjetom da sklope brak, a isti se zaključuje u formi notarski obrađene isprave.

2. Nadležnost notara u regulisanju imovinskopravnih odnosa bračnih i vanbračnih partnera

Imovinski odnosi između bračnih/vanbračnih partnera su u porodičnom pravu u BiH regulisani kroz dva režima, odnosno kroz ugovorni i zakonski režim.¹ Pri uređenju imovinskih odnosa bračnih/vanbračnih partnera zakonodavac se vodio načelom ravnopravnosti bračnih/vanbračnih partnera. Imovinski odnosi bračnih/vanbračnih partnera uređuju kako odnose između bračnih/vanbračnih partnera, tako i odnose koji nastaju između bračnih/vanbračnih partnera i trećih osoba, a koji se tiču bračne stečevine i njene diobe.² Uvođenjem ugovornog režima imovinskopravnih odnosa bračnih/vanbračnih partnera zakonodavac je bračnim/vanbračnim partnerima ostavio mogućnost da svoje imovinske odnose urede ugovorno odnosno zaključivanjem bračnog ugovora i ugovora o podjeli bračne stečevine. Zakonski režim imovinskopravnih odnosa bračnih/vanbračnih partnera se primjenjuje ukoliko se bračni/vanbračni partneri nisu odlučili za ugovorni imovinski režim. U BiH je prihvaćen zakonski imovinski režim, a koji se sastoji od bračne stečevine, odnosno zajedničke imovine i posebne imovine.

Posebnu imovinu bračnih/vanbračnih partnera čini ona imovina koju bračni/vanbračni partner ima u trenutku sklapanja braka, odnosno zasnivanja vanbračne

1 Imovinski odnosi između bračnih/vanbračnih partnera su regulisani važećim porodičnim zakonima, odnosno Porodičnim zakonom FBiH, u daljem tekstu PZ FBiH, („Službene novine FBiH“, br.35/05, 31/14), Porodičnim zakonom RS, u daljem tekstu PZ RS, („Službeni glasnik RS“, br.54/02, 41/08, 63/14) i Porodičnim zakonom BD BiH, u daljem tekstu PZ BD BiH, („Službeni glasnik BD BiH“, br. 23/07).

2 E. Oruč, „Bračna stečevina u zakonodavstvu i sudskoj praksi Bosne i Hercegovine“, *Journal of Education and Humanities*, vol.3, no.1, 2020, 107.

zajednice, kao i ona imovina koju stekne za vrijeme trajanja bračne/vanbračne zajednice a ne spada u bračnu/vanbračnu stečevinu, kao što je imovina koju bračni/vanbračni partneri steknu imovinu nasljeđivanjem u toku trajanja bračne/vanbračne zajednice, ista predstavlja njihovu posebnu imovinu.³ Pojam bračne stečevine⁴, odnosno bračne tekovine kako definiše Porodični zakon BD BiH, pravno je uređeno na identičan način, te istu čini imovina koju su bračni partneri stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice, kao i prihodi iz te imovine.⁵ Porodično zakonodavstvo RS je usvojilo termin zajedničke imovine, a za nastanak istog neophodno je da se radi o imovini stečenoj tijekom bračne zajednice, te da se radi o imovini nastaloj radom bračnih partnera.⁶ Rad kao konstitutivni element bračne stečevine može biti posredan ili neposredan, samostalan ili nesamostalan. Tako ukoliko jedan od bračnih/vanbračnih partnera ostaje u kući, brinući o porodici djece, te domaćinstvu⁷, te na taj način omogućava drugom bračnom/vanbračnom partneru da stiče prihode kojima će kasnije steći imovinu, također se ubraja u rad, odnosno u posredni rad.⁸ Drugi konstitutivni element bračne stečevine čini bračna zajednica, koja nije isto što i brak, s obzirom da zaključivanjem braka ne znači da će doći i do zasnivanja bračne zajednice, dok formalno postojanje braka bez faktičke zajednice života nije dovoljno za postojanje bračne stečevine.⁹

Nadležnost notara u uređenju imovinskih odnosa bračnih/vanbračnih partnera odnosi se na ugovorno uređenje njihovih imovinskih odnosa, pri čemu je u zakonodavstvu u BiH predviđeno da se navedeni ugovori zaključuju u formi notarski obrađene isprave.¹⁰ U skladu sa važećim zakonodavstvom u BiH forma notarski obrađene isprave je obavezna forma za zaključivanje navedenih ugovora, a zaključivanje navedenih ugovora u nekoj drugoj formi pored obavezne forme notarski obrađene isprave povlači za sobom ništavnost navedenih ugovora.¹¹

Presudom Ustavnog suda FBiH u predmetu U-15/10 od 02.12.2015. godine, proglašene su neustavnim odredbe o obaveznoj notarskoj obradi pravnih poslova

3 Presuda Vrhovnog suda RS, broj: 95 0 P 040975 Rev od 20.09.2018. godine.

4 Imovina iz ugovora o doživotnom izdržavanju u kojem se jedan bračni partner pojavljuje kao davalac izdržavanja, a koji je zaključen za vrijeme trajanja braka, smatra se bračnom stečevinom; Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj: 58 0 P 065705 Rev od 26.04.2018. godine.

5 Čl. 251.st.1. PZ FBiH i čl.228.st.1. PZ BD BiH.

6 Presuda Vrhovnog suda RS, broj: 85 0 P 065950 Rev od 12.08.2019. godine.

7 Iz sudske prakse proizilazi da rad ne obuhvata samo onaj rad na temelju kojeg se ostvaruje pravo na plaću ili drugu vrstu naknade, već isti obuhvata i rad u domaćinstvu, rad oko odgoja i brige o djeci ili drugim članovima porodice; Presuda Vrhovnog suda RH, broj: Rev 1084/08-2 od 29.10.2008. godine.

8 E. Oruč, 109.

9 D. Palačković, S. Ćorac, „Neki problemi deobe zajedničke imovine supružnika (posebno u praksi sudova u Republici Srbiji), *Zbornik radova - Dani porodičnog prava: „Aktuelna problematika porodičnopravne teorije i prakse“* br.9, god. IX, Mostar, 2021, 33.

10 Čl.73.st.1. Zakona o notarima FBiH, („Službene novine FBiH“, br.45/2002, 30/2016), čl.47. st.1. Zakona o notarima BD BiH („Službeni glasnik BD BiH“, br.9/2003, 17/2006), čl.57.st.1. Zakona o notarskoj službi u RS („Službeni glasnik RS“, br.28/2021)

11 Čl.73.st.2. Zakona o notarima FBiH, čl.47.st.2. Zakona o notarima BD BiH, čl.57.st.3. Zakona o notarskoj službi u RS

sadržane u članu 73. Zakona o notarima FBiH¹², kojim je između ostalog predviđena isključiva forma notarski obrađene isprave za pravne poslove iz oblasti porodičnog prava kao i za pravne poslove iz oblasti nasljednog prava.¹³ Presudom Ustavnog suda u predmetu U-22/16 od 06.03.2019.godine utvrđeno da nisu u skladu sa Ustavom FBiH odredbe pojedinih zakona, i to Zakona o registraciji poslovnih subjekata u FBiH, Zakona o stvarnim pravima, Zakona o zemljišnim knjigama FBiH, Zakona o nasljeđivanju u FBiH te Porodičnog zakona FBiH kao i Zakona o izvršnom postupku, koje predviđaju zaključivanje pojedinih pravnih poslova u obaveznoj formi notarski obrađene isprave.¹⁴ Presudom Ustavnog suda FBiH U-22/16 predviđena je obaveza izmjene zakonodavstva u FBiH na način da se pored forme notarski obrađene isprave predvide i druge alternativne forme u kojim će se moći zaključivati navedeni pravni poslovi. Presuda Ustavnog suda FBiH U-22/16 je predvidila pozitivnu obavezu zakonodavnoj vlasti u FBiH da u roku od šest mjeseci od dana objavljivanja presude u *“Službenim novinama FBiH”* izmijeni i dopuni predmetne zakone, ali do istoga još uvijek nije došlo, odnosno još uvijek od strane zakonodavne vlasti u FBiH nisu usvojene predviđene izmjene i dopune zakona.

Inicijativa za pokretanje postupka za ocjenjivanje ustavnosti odredba tadašnjeg Zakona o notarima Republike Srpske o obaveznoj notarskoj obradi, tačnije člana 68. Zakona o notarima Republike Srpske¹⁵, započeta je i pred Ustavnim sudom Republike Srpske, s tim da Ustavni sud Republike Srpske u predmetu broj U-18/05 Rješenjem od 31.05.2006.godine nije prihvatio navedenu inicijativu. Ustavni sud Republike Srpske u obrazloženju navedenog Rješenja navodi da je *“zakonodavac, na način koji smatra cjelishodnim, a imajući u vidu javni interes, notarsku službu uredio kao javnu službu, koju obavljaju stručna lica-notari, kao samostalni I nezavisni nosioci ove djelatnosti”*, te da je *“Sud stao na stanovište da je normiranje ovih odnosa isključivo stvar cjelishodne procjene zakonodavca”*.¹⁶ Stav koji je u svojoj odluci zauzeo Ustavni sud RS u pogledu normiranja obavezne notarske obrade isprava za pojedine pravne poslove je dijametralno suprotan stavu koji je u kasnijim predmetima zauzeo Ustavni sud FBiH, te isti suprotni stavovi odnosno drugačije regulisanje forme pojedinih pravnih poslova na području jednog pravnog sistema – pravnog sistema

12 Članom 73. st.1. Zakona o notarima FBiH predviđeno je da pravni poslovi koji za svoju pravnu valjanost zahtijevaju notarsku obradu isprava odnose se na: 1. pravne poslove o reguliranju imovinskih odnosa između bračnih drugova, kao i osoba koje žive u vanbračnoj životnoj zajednici, 2. raspolaganja imovinom malodobnih i poslovno nesposobnih osoba, 3. pravne poslove kojima se obećava neka činidba kao poklon s tim da se nedostatak notarske forme, u ovom slučaju, nadomješta izvršenjem obećane činidbe, 4. prave poslove, čiji je predmet prijenos ili stjecanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama, 5. osnivačka akta gospodarskih društava i utvrđivanje njihovih statuta, kao i svaka promjena statuta. Stavom 2. člana 73. Zakona o notarima FBiH je predviđeno da, ukoliko navedni pravni poslovi nisu zaključeni u predviđenoj formi notarski obrađene isprave, ništavi su.

13 Presuda Ustavnog suda FBiH, broj: U-15/10 od 02.12.2015.godine

14 Presuda Ustavnog suda FBiH, broj: U-22/16 od 06.03.2019.godine

15 Čl.68. Zakona o notarima RS (*„Službeni glasnik RS“*, broj: 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005, 91/2006, 37/2007, 74/2007, 50/2010, 78/2011, 20/2014, 68/2017, 113/2018, 82/2019), koji je stavljen van pravne snage stupanjem na snagu Zakona o notarskoj službi u RS (*„Službeni glasnik RS“*, 28/2021)

16 Alineja 5. i 6. obrazloženja Rješenja Ustavnog suda RS, broj: U-18/05 od 31.05.2006.godine

u Bosne i Hercegovine za posljedicu će imati pojavu pravne nesigurnosti u okviru pravnog sistema Bosne i Hercegovine.

2.1. Nadležnost notara u ugovornom regulisanju imovinskih odnosa bračnih/vanbračnih partnera

Brak kao jedan od najvažnijih instituta porodičnog prava proizvodi ličnopravne i imovinskopravne odnose između bračnih/vanbračnih partnera. Međutim, imovinski odnosi bračnih/vanbračnih partnera su se kroz historiju mijenjali. U patrijarhalnom rimskom pravu brakom *cum manu* kao najstarijem obliku braka žena bi udajom gubila poslovnu sposobnost, te bi potpadala pod vlast muža (*manusa*).¹⁷ Imovinski doprinos žene se sastajao u davanju miraza, koji je ulazio u imovinu muža. Kraj perioda Republike u rimskom pravu obilježio je pojavu novog oblika braka, odnosno brak *sine manu*, pri čemu žena postaje ravnopravna, s obzirom da joj je dozvoljeno posjedovanje imovine.¹⁸ Ukoliko bi se pojavila dilema da li odeđena imovina koja je stečena za vrijeme trajanja braka pripada mužu ili ženi, prema presumpciji *Muciana* smatralo se da pripada mužu, međutim taj institut je brzo napušten s obzirom da je presumpcija u suprotnosti s načelom ravnopravnosti bračnih partnera.¹⁹

Načelo ravnopravnosti bračnih/vanbračnih partnera ne odnosi se samo na ličnopravne odnose bračnih/vanbračnih partnera, nego i na imovinskopravne odnose bračnih/vanbračnih partnera, s obzirom su njihovu međusobnu povezanost.²⁰ U bosanskohercegovačkom porodičnom zakonodavstvu načelo ravnopravnosti bračnih/vanbračnih partnera u imovinskim odnosima uvedeno je 2005. godine izmjenama i dopunama Porodičnog zakona FBiH, pri čemu je institut zajedničke imovine zamijenjen institutom bračne stečevine uz zakonsku pretpostavku da imovina koja je stečena za vrijeme trajanja bračne zajednice, kao i prihodi iz te imovine predstavljaju suvlasništvo bračnih partnera sa 1/2.²¹ Zbog navedenih izmjena porodičnog zakonodavstva FBiH postalo je nepotrebno izvođenje dokaza kako bi se utvrdila visina udjela bračne stečevine.²² Isto rješenje propisuje i čl. 229. Porodičnog zakona BD BiH. U porodičnom pravu Republike Srpske i dalje zadržan institut zajedničke imovine, prema kojem svakome od bračnih supružnika pripada po 1/2 zajedničke imovine, pri čemu svaki bračni supružnik može zahtijevati da mu sud odredi veći dio od pripadajuće mu polovine zajedničke imovine, ako dokaže da je njegov doprinos u sticanju zajedničke imovine očigledno veći od doprinosa drugog bračnog supružnika.²³ Porodični zakon FBiH također reguliše i vanbračnu stečevinu, kao imovinu

17 N. Tešić, „O zajedničkoj imovini supružnika“, *Pravni život*, br. 10, 2006, 259.

18 N. Stefanović D, S. Zarubica, „Koncept braka u rimskom pravu i položaj žene u njemu“, *Pravoteorija i praksa*, br.2, 2020, 40.

19 M. Erdelec, „Imovinskopravni odnosi u braku“, *Paragraf*, god.2, br.1, 2018, 12.

20 *Ibid*; 15.

21 Iako je u zemljišnim knjigama jedan bračni partner upisan kao vlasnik predmetne nekretnine sa 1/1 dijela, predmetna nekretnina predstavlja bračnu stečevinu s obzirom da je stečena radom za vrijeme trajanja bračne zajednice, te stoga drugom bračnom partneru stoji na raspolaganju mogućnost da zahtijeva ispravku upisa u skladu s čl.252.st.3. PZ FBiH; Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj:42 I P 008916 Rev od 08.01.2020. godine.

22 Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj: 58 0 P 000479 12 Rev od 13.03.2013. godine.

23 Čl. 272. st.1. i čl. 273. PZ RS

koju su vanbračni partneri stekli radom za vrijeme trajanja vanbračne zajednice, pri čemu je potrebno da vanbračna zajednica ispunjava zakonom propisane uslove za postojanje iste.²⁴

Zaključivanjem bračnog ugovora, ugovora o podjeli bračne stečevine i ugovora o upravljanju i korištenju zajedničkom imovinom moguće je izmijeniti zakonski režim bračne stečevine.²⁵ Odstupanje od zakonskog režima bračne stečevine i posebne imovine odraz je načela autonomije volje, a isto se ogleda u mogućnosti sklapanja bračnog ugovora. Bračni ugovor predstavlja pravni instrument kojim se regulišu ugovorni odnosi bračnih/vanbračnih partnera, omogućavajući im da na postojećoj ili budućoj imovini urede svoje imovinske odnose.²⁶ Tako bračni ugovor mogu zaključiti i vanbračni partneri prije stupanja ili u toku trajanja vanbračne zajednice, ukoliko ispunjavaju uslove za postojanje vanbračne zajednice, odnosno da nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugom osobom, te da vanbračna zajednica traje najmanje tri godine ili kraće ukoliko je u njoj rođeno zajedničko dijete.²⁷ Ovakvo rješenje prihvaćeno je i zastupljeno u mnogim pravnim sistemima država, kao što je u danskom, njemačkom, engleskom, francuskom pravu, čime se proširuju imovinskoppravna pravila bračnih partnera na vanbračnu zajednicu.²⁸

Bračni ugovor se može sklopiti prije zaključenja braka kao i tokom trajanja bračne zajednice, međutim ukoliko je sklopljen prije zaključenja braka njegovo pravno dejstvo počinje tek nakon što dođe do sklapanja braka.²⁹ Bilo da se sklapa prije zaključenja braka ili tokom trajanja bračne zajednice, isti će se prema porodičnom zakonodavstvu BiH označiti kao bračni ugovor, a ne kao predbračni ugovor, s obzirom da ispunjavaju istu svrhu kao i oni sklopljeni u braku, a ista se odnosi na podjelu buduće bračne stečevine.³⁰

U pogledu forme bračnog ugovora, porodično zakonodavstvo FBiH i RS kao uslov za punovažnost ugovora propisuje formu notarski obrađene isprave,³¹ dok Porodični zakon BD BiH pored notarski obrađene isprave propisuje i formu sačinjavanja i ovjeravanja bračnog ugovora kod nadležnog organa.³² Radi se dakle o formi *ad solemnitatem*, odnosno o bitnoj formi, a izostanak forme povlači za sobom apsolutnu

24 R. Demirović, „Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu“, *Zbornik radova: „Razvoj porodičnog prava- od nacionalnog do evropskog“*, Mostar, 2012, 118.

25 S. Suljević, Dž. Suljević, „Uloga notara u podjeli stečevine bračnih i vanbračnih partnera“, *Zbornik radova - Dani porodičnog prava: „Aktuelna problematika porodičnopravne teorije i prakse“* br.9, god. IX, Mostar, 2021, 444.

26 I. Majstorović, „Ugovorno uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova i autonomija volje“, *Zbornik radova - Dani porodičnog prava: „Imovinskoppravni aspekti porodičnih odnosa“*, br.6, god.VI, Mostar, 2020, 100.

27 Čl. 263. PZ FBiH

28 D. Novaković, „Ugovorni imovinski režim vanbračnih partnera“, *Magatrend revija*, vol.16, br.1, 2019, 231.

29 L. Babić, O. Barščevski, „(Ne)spojivost bračnog ugovora i dobra supruga“, *Bogoslovska smotra*, br.84, 2014, 286.

30 L. Velić, B. Jeličić, „Sticanje i dioba bračne stečevine u pravu Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova - Dani porodičnog prava: „Aktuelna problematika porodičnopravne teorije i prakse“* br.9, god. IX, Mostar, 2021, 348-349.

31 Čl. 258.st.2. PZ FBiH; čl.271.st.5. PZ RS.

32 Čl. 235. st.2. PZ BD BiH.

ništavost bračnog ugovora.³³ Sklapanje bračnog ugovora u formi notarski obrađene isprave doprinosi većoj pravnoj sigurnosti među strankama, koje najčešće raspolažu znatnijom i vrednijom imovinom, te im je stoga neophodno pružiti adekvatne pravne savjete i uputstva.³⁴ Forma notarski obrađene isprave omogućava da u pravnom poslu dođe do izražaja volja stranaka, ukoliko ista nije protivna zakonu, pa stoga postoje određene zakonske obaveze koje je notar dužan preduzeti prije nego što dođe do zaključenja ugovora. Notar je dužan prije svega provjeriti da li su stranke sposobne za zaključivanje pravnog posla, zatim da li postoji prava volja stranaka, a nakon toga istu sastavi u obliku notarskog izvornika.³⁵ Notar je dužan poučiti stranke o pravnim posljedicama koje mogu proizaći iz pravnog posla, te im pročitati zapisnik o izjavama zajedno sa prilozima.

Postupak sačinjavanja bračnog ugovora u formi notarski obrađene isprave je formalan, s obzirom da se radi o javnoj ispravi, koju sačinjava notar koji je dužan kao nosilac javne službe postupati stručno, nezavisno, te neutralno. Uloga notara pri sačinjavanju bračnog ugovora u formi notarski obrađene isprave je aktivna, s obzirom da zahtijeva materijalno učešće notara tokom čitavog postupka sačinjavanja.³⁶ Na taj način notar s jedne strane pruža jednaku zaštitu strankama, dok s druge strane pruža pravnu sigurnost, te sprječava nastanak mogućih sporova, štete itd.³⁷

Pravila o bračnom ugovoru su sadržana i u Principima evropskog porodičnog prava, na čijoj izradi je učestvovala Komisija za evropsko porodično pravo, sastavljena od strane nezavisnih stručnjaka za porodično pravo.³⁸ Principi se sastoje od četiri skupine principa, a jedan od njih se odnosi na imovinskopravne odnose između bračnih partnera.³⁹ Iako principi nisu pravno obavezujući, oni predstavljaju instrument harmonizacije porodičnog prava. Aktivna uloga notara prilikom sačinjavanja bračnog ugovorima sadržana je i u Principima, obzirom da bračni ugovor sačinjava notar⁴⁰, pri čemu je notar dužan uvjeriti se da svaki bračni partner razumije pravne posljedice ugovora, te da oba bračna partnera daju pristanak za zaključenje ugovora, bez ikakve prisile ili prinude.

Jedan od prijedloga koji se tiče reforme važećeg porodičnog zakonodavstva u BiH odnosi se na uspostavu registra bračnih ugovora, s obzirom da u BiH trenutno

33 E. Oruč, A. Huseinspahić, E. Čolak, „Značaj notarske službe u procesu približavanja evropskim standardima pravne sigurnosti“, *Zbornik radova - Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“*, Centar za društvena istraživanja International Burch University, Tuzla, 2014, 658.

34 B. Rešetar, M. Župan, (ur.), *Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst*, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2011, 149.

35 M. Powlakić, „Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol.63, no.2, 2013, 253.

36 K. Senjak, „Notarijat i izvršnost notarskih akata“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol.63, br.2, 2013, 455.

37 E. Bikić, M. Powlakić, S. Suljević, M. Plavšić, *Notarsko pravo*, GIZ TDP, Sarajevo, 2013, 110.

38 A. Hasić-Imamović, „Imovinski odnosi bračnih partnera u Principima Komisije za Evropsko porodično pravo i pravu FBIH“, *Analiza Pravnog fakulteta u Zenici*, br.15/16, god.7, 168.

39 D. Miše, „Evropsko obiteljsko pravo: sadašnjost i budućnost – harmonizacija ili unifikacija?“, *Pravnik*, vol.48, No.98, 2015, 60-61.

40 Čl. 4:11 Principa evropskog porodičnog prava

ne postoji registar bračnih ugovora. U razvijenim evropskim državama poput Njemačke, Francuske i Italije provodi se registracija bračnih ugovora. Tako bi upisom bračnih ugovora u javne registre, kakav bi bio registar bračnih ugovora, doprinijelo povećanju stepena pravne sigurnosti u odnosima između bračnih/vanbračnih partnera, kao i drugih učesnika u pravnom prometu, vodeći računa da se zaštite lični podaci o strankama, kao i podaci o njihovoj imovini.⁴¹ Kao podloga za regulisanje registra bračnih ugovora poslužili bi prvenstveno Zakon o zaštiti ličnih podataka BiH⁴² i Porodični zakon, međutim, trebalo bi usvojiti i Zakon o registru bračnih ugovora, kojim bi se regulisalo osnivanje registra, te obaveznost upisa bračnih ugovora u registar⁴³, kao i prateći Pravilnik o registru bračnih ugovora ili pak usvojiti izmjene i dopune postojećih porodičnih zakona kao i usvajanjem podzakonskih akata. Prijedlog se odnosi da entitetske notarske komore uspostave registar bračnih ugovora, dostupan i u elektronskom obliku, na način kako je u FBiH izmjenama i dopunama Zakona o nasljeđivanju u FBiH uspostavljen Registar testamenata pri Notarskoj komori FBiH.⁴⁴

Registar bračnih ugovora sastojao bi se od glavne knjige i zbirke ugovora, pri čemu bi se glavna knjiga sadržavala podatke o strankama ugovora, vrijeme notarske obrade i registracije, te ime i prezime notara kod kojeg je sačinjen ugovor u formi notarski obrađene isprave i proveden postupak registracije.⁴⁵ S druge strane u zbirku ugovora bi se unosili svi registrirani bračni govori, pri čemu bi ugovorne strane odlučile da li će isti dopustiti isti na uvid zainteresiranim licima. Ukoliko bi se uvela obavezna registracija bračnog ugovora, isto bi predstavljalo uslov za njegovu punovažnost, a postojanjem Registra bračnih ugovora doprinijelo bi povećanju broja sklopljenih ugovora.⁴⁶

2.2. Nadležnost notara pri podjeli bračne/vanbračne stečevine

Pored bračnog ugovora, bračni/vanbračni partneri svoje ugovorne imovinske odnose mogu urediti i zaključivanjem ugovora o podjeli bračne stečevine. Porodično zakonodavstvo FBiH omogućava podjelu odnosno diobu bračne stečevine u toku trajanja braka i nakon prestanka braka, sporazumno ili putem suda, na zahtjev bračnog partnera ili povjerioca bračnog partnera.⁴⁷ Sporazum o diobi bračne/vanbračne stečevine može se zaključiti kao sastavni dio bračnog ugovora, uređen posebnom odredbom ili kao zaseban ugovor. Stranke mogu zaključiti sporazum o diobi kako cjelokupne imovine, tako i njenih pojedinih dijelova, odnosno pojedinih stvari

41 B. Rešetar, M. Župan, (*ur.*), 150.

42 Zakon o zaštiti ličnih podataka BiH, „*Službeni glasnik BiH*“, br.49/06, 76/11 i 89/11.

43 A. Čulo, I. Šimović, „Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 59, br.5, 2009, 1031.

44 Čl. 124. Zakona o nasljeđivanju u FBiH, u daljem tekstu ZN FBiH, („*Službene novine FBiH*“), br. 80/14, 32/19.

45 A.Čulo, I. Šimović, 1034.

46 Prema podacima Notarske komore FBiH iz 2019. godine broj ukupno sklopljenih ugovora je iznosio oko 81.000, dok je broj sklopljenih ugovora koji se odnose na uređenje imovinskih odnosa bračnih/vanbračnih partnera iznosio 253, iz čega proizilazi da se takvi ugovori zaključuju u dosta manjem broju; S. Suljević, Dž. Suljević, 449.

47 Čl. 255. st.1. i 2. PZ FBiH.

iz te imovine.⁴⁸ Prilikom diobe bračne/vanbračne stečevine nijedan bračni/vanbračni partner ne može zahtijevati diobu stvari koje ne postoje u trenutku podnošenja tužbe, s obzirom da bi se radilo o nemogućoj činidbi.⁴⁹

Do sudske podjele bračne/vanbračne stečevine će doći ukoliko se bračni/vanbračni partneri ne uspiju sporazumijeti oko podjele. Sudsku podjelu bračne/vanbračne stečevine provodi sud u vanparničnom postupku, a ukoliko među bračnim/vanbračnim partnerima nastane spor u pogledu toga šta sve ulazi u bračnu/vanbračnu stečevinu, sud će uputiti stranke na parnicu, kako bi riješili sporna pitanja.⁵⁰

Ugovor o podjeli bračne/vanbračne stečevine, jednako kao i drugi obligacionopravni ugovori, mora ispuniti određene pravne pretpostavke kako bi bio pravno valjan, a iste se odnose na to da ugovorne strane posjeduju poslovnu sposobnost, zatim da postoji saglasnost izjava volja ugovornih strana, da postoji predmet ugovora, da postoji valjan osnov ugovora, te forma ugovora.⁵¹ S obzirom da se je ugovor o podjeli bračne/vanbračne stečevine formalni ugovor jer formu notarski obrađene isprave propisuje porodično zakonodavstvo BiH, prilikom sačinjavanja istog primjenit će se odredbe Zakona o notarima kojim se propisuje način notarske obrade isprava.⁵² Postupak sačinjavanja notarski obrađene isprave je strogo formalan, a uloga notara kao stručne osobe je značajna. Tako je notar prije sačinjavanja isprava dužan prije svega ispitati volju stranaka, zatim provjeriti sposobnost i ovlaštenja stranaka, te provjeriti da li se radi o poslu koji je zakonom propisan kao zabranjen, te poučiti stranke o eventualnim posljedicama koje mogu proisteći iz takvog pravnog posla.⁵³ Nakon toga notar sastavlja izvornik, te isti čita strankama koje su prisutne tokom čitavog postupka sačinjavanja notarski obrađene isprave, odnosno prilikom sastavljanja, čitanja te potpisivanja.

3. Nadležnost notara u nasljednopravnim odnosima bračnih i vanbračnih partnera

Bračni/vanbračni partneri svoje imovinske odnose mogu urediti i za slučaj smrti, odnosno *mortis causa*, pri čemu Zakon o nasljeđivanju u FBiH i Zakon o nasljeđivanju BD BiH⁵⁴ predviđa mogućnost zaključenja ugovora o nasljeđivanju između bračnih/vanbračnih partnera, što predstavlja novinu u oblasti nasljednog prava. Poslije zakonskog i testamentarnog nasljeđivanja, ugovor o nasljeđivanju postaje treći osnov za nasljeđivanje, a ujedno i ima prednost u odnosu na druga dva

48 N. Traljić, S. Bubić, *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, 78.

49 Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj: 43 0 P 052163 Rev od 13.10.2011. godine,

50 A. Hasić-Imamović, „Bračna stečevina u porodičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, br.21, god.11, 302.

51 A. Bikić, *Obligaciono pravo- opći dio*, Univerzitetska knjiga, Sarajevo, 2004, 71.

52 Čl.80. i 81. Zakona o notarima FBiH, čl.54. i 55. Zakona o notarima BD BiH, čl.66. Zakona o notarskoj službi u RS

53 E. Bikić, M. Powlakić, S. Suljević, M. Plavišić, 126.

54 Zakon o nasljeđivanju BD BiH, u daljem tekstu ZN BD BiH, („Službeni glasnik BD BiH“), br. 36/17.

osnova za nasljeđivanje.⁵⁵ Pored ugovora o nasljeđivanju bračni/vanbračni partneri svoje imovinske odnose za slučaj smrti mogu urediti zaključivanjem testamenta u formi notarskog testamenta. Tako ugovor o nasljeđivanju kao i testament ne isključuju primjenu odredaba o nužnom nasljeđivanju, iako za cilj imaju jačanje položaja bračnog/vanbračnog partnera.⁵⁶ Odredbama Zakona o nasljeđivanju u FBiH, Zakona o nasljeđivanju BD BiH i Zakona o vanparničnom postupku RS⁵⁷ nadležnost za provođenje ostavinskih postupaka povjerena je notarima, koji postupaju kao povjerenici suda u ostavinskom postupku. Povjeravanje ostavinskih postupaka notarima predstavlja reformu nasljednog zakonodavstva, koja je učinjena po uzoru na pravna uređenja država regiona, prvenstveno po uzoru na R. Hrvatsku, u kojoj je javnim bilježnicima Zakonom o nasljeđivanju iz 2003. godine povjereno provođenje nespornih ostavinskih postupka.⁵⁸

3.1. Nadležnost notara u pogledu ugovora o nasljeđivanju između bračnih/vanbračnih partnera

Ugovor o nasljeđivanju između bračnih/vanbračnih partnera predstavlja novinu u pravnom sistemu BiH, s obzirom da je prijašnjim propisama takav ugovor bio zabranjen jer su sadržane odredbe o njegovoj ništavosti. Susjedne zemlje i dalje propisuju ništavost takvog ugovora, pa tako slovenski Zakon o nasljeđivanju propisuje ništavost ugovora o nasljeđivanju kojim neko svom sagovorniku ili trećoj osobi ostavlja svoju ostavinu ili njezin dio.⁵⁹ Ugovor o nasljeđivanju u pravni sistem BiH uveden je Zakonom o nasljeđivanju u FBiH i Zakonom o nasljeđivanju BD BiH, dok Zakon o nasljeđivanju RS predviđa da nisu dopušteni nasljednopravni ugovori kojima se raspoređuje ostavina za slučaj smrti.⁶⁰ Ugovor o nasljeđivanju uređen je u građanskim zakonicima pojedinih država, poput Austrije, Njemačke, Švicarske, a razlike se ogledaju u pogledu lica koja mogu zaključiti ugovor, pa tako austrijsko pravo dozvoljava zaključenje takvog ugovora samo između bračnih partnera, dok njemačko i švicarsko pravo dozvoljava da ostavilac zaključi takav ugovor sa bilo kojim fizičkim licem.⁶¹ Zakon o nasljeđivanju u FBiH i Zakon o nasljeđivanju BD BiH također ograničava krug osoba koji mogu sklopiti ugovor o nasljeđivanju, pa

55 Čl. 129. ZN FBiH.

56 D. Softić Kadenić, „Bračni ugovor i ugovor o nasljeđivanju u pravu Federacije Bosne i Hercegovine kao instrument jačanja pravnog položaja nadživjelog bračnog partnera“, *Zbornik radova: „Razvoj porodičnog prava- od nacionalnog do evropskog“*, Mostar, 2012, 148.

57 Zakon o vanparničnom postupku RS, u daljem tekstu ZVP RS, („*Službeni glasnik RS*“), br.36/09, 91/16.

58 D. Šago, „Neki aspekti uloge javnog bilježnika kao povjerenika suda u sudskim postupcima u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br.18, Mostar, 2021, 174.

59 H. Hobljaj, „Javnobilježnički akt s nasljednopravnim učincima u slovenskom i hrvatskom pravu: konceptualne sličnosti i razlike“, *Javni bilježnik*, Vol. XXIV, br.47, 2020, 67.

60 D. Medić, „Uloga notara u građanskom pravu Republike Srpske“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br.17, Mostar, 2019, 69.

61 Dž. Suljević, „*Ugovor o nasljeđivanju u međunarodnom privatnom pravu*“, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2017, 21.

tako propisuje da ugovor o nasljeđivanju može biti sklopljen samo između bračnih i vanbračnih partnera, te budućih bračnih partnera pod uslovom da zaključie brak.⁶²

Ugovor o nasljeđivanju je akcesoran ugovor, s obzirom da ga mogu zaključiti samo bračni/vanbračni partneri, jer zavisi od postojanja braka ili vanbračne zajednice.⁶³ Radi se o imenovanom ugovoru s obzirom da je zakonski normiran, zatim dvostrano obavezujućem ugovoru, te ugovoru *mortis causa*, s obzirom da pravne učinke proizvodi tek nakon smrti ostavioca ugovaratelja. Bračni/vanbračni partner koji je postavljen za nasljednika ugovorom o nasljeđivanju, ne znači unaprijed da se prihvata naslijeđe, s obzirom da je zakonodavac propisao mogućnost da se u ostavinskom postupku odrekne naslijeđa.

U pogledu forme, važeće nasljedno zakonodavstvo u FBiH i BD BiH propisuje formu notarski obrađene isprave kao uslov za njegovu punovažnost, a ista je propisana u cilju zaštite ne samo ugovornih strana, već i zaštite javnih interesa. Tako Zakon o nasljeđivanju u FBiH propisuje da je notar dužan da pouči stranke o svim nasljednopravnim posljedicama ugovora o nasljeđivanju, kao i o mogućnosti njegovog raskida ili opoziva.⁶⁴ Upravo zbog navedenog, ugovor o nasljeđivanju se razlikuje u pogledu zakonskih obaveza notara u odnosu na ugovor o doživotnom izdržavanju i ugovor o ustupanju i raspodjeli zaostavštine za koje je pored propisane forme notarski obrađene isprave, obaveze notara upućuju na opća pravila notarske obrade.⁶⁵ Prije sačinjavanja notarski obrađene isprave, notar će obaviti razgovor sa strankama kako bi utvrdio njihovu pravu volju, ali i kako bi ih upozorio o eventualnim posljedicama koje mogu proisteći iz takvog ugovora. Notar je dužan ispitati volju ugovornih strana, koja mora biti slobodna, ozbiljna i stvarna, kako se ne bi radilo o manama volje koje predstavljaju osnov za pobijanje pravnog posla zbog mana volje.⁶⁶ Nadalje notar je dužan pri provjeri identiteta stranaka utvrditi da li se radi o bračnim/vanbračnim partnerima. U pogledu postojanja uslova za vanbračnu zajednicu, notari nisu stvarno nadležni da utvrđuju da li vanbračni partneri ispunjavaju uslove za postojanje vanbračne zajednice, pa tako za izjavu koja je data pred notarom o postojanju vanbračne zajednice, notar ne garantuje za tačnost iste.⁶⁷ Notar je dužan upozoriti i poučiti ugovorne stranke da ugovor o nasljeđivanju kao osnov za nasljeđivanje ima prednost u odnosu na zakonsko i testamentarno nasljeđivanje, zatim da se ugovor može pobijati zbog mana volje, te da ugovor prestaje prestankom braka, bilo razvođom ili poništenjem braka, ali i prestankom vanbračne zajednice.⁶⁸ Prije potpisivanja izvornika notarske isprave, notar je dužan isti pročitati ugovornim strankama kako bi

62 Čl. 126. st.1 i 2. ZN FBiH

63 B. Krešić, E. Halilović, E. Morankić, „Nasljedno pravo i imovinsko pravni ugovori između bračnih partnera u Bosni i Hercegovini“; *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br.19, Mostar, 2022, 338.

64 Čl. 128. ZN FBiH

65 E. Bikić, M. Povelakić, S. Suljević, M. Plavšić, 494.

66 E. Bikić, S. Suljević, *Nasljedno pravo*, Planjax Komerc, Tešanj, 2014, 172.

67 M. Povelakić, C. Schalast, V. Softić, *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Njemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ) GmbH, Sarajevo, 2009, 144.

68 E. Bikić. S. Suljević, 173-174.

utvrdio da se radi o pravoj volji stranaka, te isto se ta činjenica konstatuje u samom izvorniku.

3.2. Nadležnost notara u pogledu sačinjavanja notarskog testamenta

Testament po svojoj prirodi predstavlja jednostrani pravni posao ostavioca za slučaj smrti, odnosno *mortis causa*, pri čemu se testament smatra pravno valjanim ukoliko je sastavljen u bilo kojem obliku koji zakon propisuje, što zapravo predstavlja odraz načela *in favorem testamenti*.⁶⁹ Radi se o strogo formalnom pravnom poslu, s obzirom da je zakonodavac propisao da je punovažan onaj testament koji je sačinjen u obliku utvrđenom zakonom i pod uvjetima predviđenim zakonom.⁷⁰ Donošenjem Zakona o nasljeđivanju u FBiH, kao i Zakona o nasljeđivanju BD BiH uveden je institut notarskog testamenta, odnosno testamenta koji sačinjava notar, s tim da je u Zakonodavstvu RS već ranije uveden. Uvođenjem takvog instituta zakonodavac je formom notarski obrađene isprave, kakva je propisana i za notarski testament, nastojao postići pravnu sigurnost, socijalnu pravdu, smanjenje potencijalnih sporova kao i rastrećenje pravosuđa.⁷¹ Notarski testament karakteriše neformalnost u pogledu pokretanja postupka, pa tako zavještatelj može po svom izboru izabrati notara koji će mu sačiniti notarski testament. Nakon toga notar pristupa notarskoj obradi testamenta, pri čemu utvrđuje identitet zavještatelja, provjerava sposobnost zavještatelj za sačinjavanje testamenta, ispituje volju zavještatelja te ga poučava o pravnim dometima testamenta.⁷² Najznačajnija faza notarske obrade testamenta jesu pouke i upozorenja, pa je tako notar dužan strankama objasniti, te unijeti u ispravu pouku i upozorenje da testament predstavlja osnov za pozivanje na naslijeđe i da se njime ne može isključiti pravo na nužni nasljedni dio. Pri sačinjavanju notarskog testamenta, kao i kod drugih pravnih poslova koje su u nadležnosti notara, uloga notara je aktivna, pa je notar stoga dužan voditi računa o materijalnopравnim i formalnopравnim uslovima za punovažnost testamenta, s obzirom da se radi o javnoj ispravi, za koju vrijedi pretpostavka autentičnosti. Pored sačinjavanja, notar je nadležan i za opozivanje testamenta, u formi notarski obrađene isprave, pri čemu važe pravila koja važe i za sačinjavanje testamenta pred notarom.⁷³ Notarski testament se evidentira u Registar testamenata i drugih nasljednopравnih poslova u FBiH, koji je uspostavljen pri Notarskoj komori FBiH, pri čemu je od 20.06.2022. godine s radom počeo E-Registar, koji ne sadrži sadržaj testamenata i drugih nasljednopравnih ugovora, nego samo činjenicu da li je sačinjen, gdje je pohranjen, da li je opozvan ili raskinut, te da li je proglašen i vraćen.

69 A. Jurić, D. Milardović, „Zahtjev vlastoručnosti holografske oporuke“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XXIX, 2021, 31.

70 Čl. 65. st.1. ZN FBiH.

71 E. Bikić, S. Suljević, 137.

72 S. Suljević., „Notarski testament kao oblik testamentarnog raspolaganja u nasljednom pravu“, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2017, 78.

73 Đ. Raković, „Testament sačinjen pred notarom“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, god.2, br.2, Banja Luka, 2012, 261.

3.3. Nadležnost notara za provođenje ostavinskog postupka

U cilju rasterećenja pravosuđa, a provođenjem reformi u nasljednom zakonodavstvu u BiH, notarima je povjereno provođenje ostavinskog postupka kao vanparničnog postupka. Radi se dakle o prenošenju nadležnosti sa sudova na notare, koji postupaju kao povjerenici suda, a odnosi se na postupanje u onim postupcima u kojim ne postoji spor. Dalji tok postupka rasterećenja pravosuđa u BiH može ići u smjeru daljeg prenošenja nadležnosti u izvršnom postupku i to u pogledu prenošenja nadležnosti za provođenje izvršnog postupka na osnovu vjerodostojne isprave, kako je već učinjeno u Republici Hrvatskoj.⁷⁴ Povjeravanje nadležnosti notarima u evropskim državama ide i korak dalje, pa tako su mnoga zakonodavstva evropskih država izmijenjena na način da je povjerena nadležnost notarima za provođenje sporazumnog razvoda braka, ukoliko bračni partneri nemaju maloljetne djece.⁷⁵ Ovakvo rješenje ima višestruki značaj, koji se prvenstveno sastoji od rasterećenja pravosuđa, brzine postupanja, kao i afirmaciji slobodne volje bračnih partnera da brak sporazumno razvedu pred notarom kao povjerenikom suda.⁷⁶ Povjeravanje notarima provođenja postupka sporazumnog razvoda omogućilo bi i sporazumno uređenje odnosa između bračnih partnera, a naročito sporazumno uređenje imovinskopravnih odnosa bračnih partnera.⁷⁷

Osnovni cilj provođenja ostavinskog postupka jeste raspodjela odnosno prelazak imovine sa ostavioca na njegove nasljednike, odnosno na živa lica.⁷⁸ Prilikom usvajanja novog nasljednopravnog zakonodavstva u BiH, usvojena je "neutralna" terminologija bračnog partnera, a ne muškog i ženskog bračnog partnera, a sve u skladu sa načelom ravnopravnosti bračnih/vanbračnih partnera odnosno zabranom diskriminacije na osnovu spola.⁷⁹

Bračni/vanbračni partner predstavlja stranku u ostavinskom postupku, odnosno isti se može pojaviti kao zakonski nasljednik ostavioca, pod uslovom da je bračna/vanbračna zajednica prestala smrću ostavioca⁸⁰, potom testamentarni nasljednik, te nasljednik po osnovu ugovora o nasljeđivanju. U okviru zakonskog nasljeđivanja bračni/vanbračni partner se pojavljuje kao zakonski nasljednik prvog nasljednog

74 E. Oruč, 139.

75 U Republici Sloveniji Družinskim zakonikom je propisano da se sporazumni razvod braka pred notarom zaključuje u formi notarski obrađene isprave, pri čemu je notar dužan u roku od osam dana od potpisa isprave dostaviti je upravnoj jedinici, kako bi se razvod braka upisao; H. Hobljaj, „Razvod braka i ostale nadležnosti javnih bilježnika u Republici Sloveniji prema novom Obiteljskom zakoniku“; *Javni bilježnik*, vol. XXIII, br.46, 2019, 34.

76 P. Poretti, „(Nove) funkcije javnih bilježnika u uređenju obiteljskopravnih odnosa – hrvatsko uređenje i komparativna rješenja“; *Javni bilježnik*, vol. XXV, br.48, 2021, 28.

77 M. Dika, „Izvanparnična“ i koncilijacijska funkcija javnih bilježnika- *de lege lata* i *de lege ferenda*“; *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol.59, No.6, 2009, 1159.

78 Na nivou BiH ostavinski postupak u FBiH regulisan je Zakonom o nasljeđivanju u FBiH, zatim u BD BiH Zakonom o nasljeđivanju BD BiH, te u RS Zakonom o vanparničnom postupku RS.

79 Krešić. B., Halilović. E., „Nasljednopravni položaj bračnog/vanbračnog partnera u Bosni i Hercegovini“; *Revija za pravo i ekonomiju*, br.20, god.1, 2019, 498.

80 Bivši bračni partner nije stranka u ostavinskom postupku, ukoliko nije određen kao testamentarni nasljednik ili legatar, pa ukoliko na ostavinskoj masi raspolaže bračnom stečevinom, to pravo može ostvariti samo u posebnom parničnom postupku, a jednako vrijedi i za bivšeg vanbračnog partnera; Presuda Županijskog suda u Varaždinu, broj: *Gž-1153/03-2* od 29.09.2003.godine.

reda ukoliko je ostavilac imao djece⁸¹, te nasljeđuje na jednake dijelove, dok se kao nasljednik drugog nasljednog reda pojavljuje onda kada ostavilac nije imao djece, te mu u tom slučaju po zakonu mu pripada 1/2.⁸² Važeće nasljedno zakonodavstvo u FBiH izjednačava vanbračnog partnera sa bračnim partnerom u pogledu prava nasljeđivanja, dok za uslove postojanja vanbračne zajednice upućuje na odredbe porodičnog zakonodavstva.⁸³

3.3.1. Tok ostavinskog postupka

Notar kao povjerenik suda provodi ostavinski postupak provodi po službenoj dužnosti, odnosno *ex officio*, što zapravo znači da se postupak pokreće i vodi po službenoj dužnosti, a ne na prijedlog stranaka, s tim da je predviđena i mogućnost pokretanja ostavinskog postupka po prijedlogu stranaka, u onim situacijama kada isti nije pokrenut po službenoj dužnosti. Nakon što mjesno nadležni prvostepeni sud zaprimi smrtovnicu ili izvod iz matične knjige umrlih od strane nadležnog organa, sud je dužan u roku od 30 dana od dana primitka pokrenuti postupak po službenoj dužnosti. Nakon toga sud povjerava notaru ostavinski predmet na osnovu rješenja o povjeravanju, pri čemu je notar po prijemu predmeta dužan predmetu dodijeliti i broj notarskog spisa, a istovremeno navesti i broj sudskog spisa.⁸⁴ Na ostavinsku raspravu kao centralni dio ostavinskog postupka, notar službeno poziva stranke odnosno zakonske ili testamentarne nasljednike, legatere, a kao stranke u ostavinskom postupku mogu se javiti i nužni nasljednici, kao i treća zainteresirana lica.⁸⁵ Ostavinska rasprava se neće održati ukoliko iz priloženih dokaza iz spisa proizilazi da je ostavilac imao nepokretnu ili pokretnu imovinu za koju nasljednici ne traže provođenje ostavinske rasprave, te će u tom slučaju notar donijeti rješenje o neraspavljanju.⁸⁶

Na ostavinskom ročištu sačinjava se zapisnik u kojem se evidentiraju sve preduzete radnje, svi dokazi koji su priloženi, sva lica koja su bila prisutna, kao i njihove nasljedne izjave⁸⁷, koji na kraju mora biti potpisan od strane stranaka koje su bile prisutne, zapisničara koji je zapisnik sastavio, te potpis i pečat notara koji je vodio ostavinski postupak. U slučaju da među strankama dođe do spornih činjenica, notar će prekinuti ostavinski postupak, te uputiti stranke na parnicu ili postupak pred

81 Čl. 10. ZN FBiH

82 *Ibid*; čl.12. st. 1. i 2.

83 Čl.9. st.1. ZN FBiH; Dž. Suljević, „Zaštita porodice i braka u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine i u praksi Suda EU“, *Zbornik radova deveti međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava „Aktuelna problematika porodičnopravne teorije i prakse“*, god. IX, br.9, 2021, 385.

84 D. Šago, 178.

85 A-M. Bajan, I. Marić, „Nadležnost za raspravljanje ostavine u pravu Europske unije uz osvrt na sudsku praksu“, *Paragraf*, god.3, br.1, 2019, 13-14.

86 Ostavinsko ročište se neće provesti ukoliko iza ostavioca nije ostala imovina ili ako je ostala samo pokretna imovina i s njom izjednačena prava, ukoliko nasljednici ne zahtijevaju provođenje ostavinskog postupka; Presuda Županijskog suda u Rijeci, broj: **GŽ-556/07** od 14.02.2008. godine.

87 Tako se izjava o odricanju od nasljedstva ili o primanju nasljedstva ne može opozvati; Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj: **22 0 P 004044 II Rev** od 02.07.2012. godine.

upravnim organom, ukoliko su među strankama sporne činjenice od kojih zavisi njihovo pravo.⁸⁸

Nakon okončanja ostavinskog postupka, sud, odnosno notar koji postupa kao povjerenik suda donosi odluku u formi rješenja, odnosno rješenja o nasljeđivanju, koje sadrži uvod, izreku, obrazloženje te pouku o pravnom lijeku, te se isto pismeno izrađuje i dostavlja se svim nasljednicima i legatarima, kao i drugim osobama koje su tokom ostavinskog postupka istakle zahtjev za naslijeđe.⁸⁹ U pogledu pravnih lijekova protiv rješenja o nasljeđivanju koje je donio notar je moguće izjaviti prigovor, o kojem odlučuje nadležni ostavinski sud, dok protiv odluke nadležnog ostavinskog suda po prigovoru može se izjaviti žalba drugostepenom sudu, dok vanredni pravni lijekovi nisu dopušteni u ostavinskom postupku.⁹⁰ Po pravosnažnosti rješenja o nasljeđivanju, notar po službenoj dužnosti dostavlja rješenje na provođenje u javne registre, kako bi se nasljednici mogli upisati kao vlasnici odnosno suvlasnici nekretnina koje su predmet nasljeđivanja. Ukoliko se po pravosnažnosti rješenja o nasljeđivanju naknadno pronađe imovina, notar kao povjerenik suda može po prijedlogu stranka raspraviti naknadno pronađenu imovinu, nakon čega će donijeti rješenje o naknadno pronađenoj imovini, ukoliko stranke dokažu da postoji naknadno pronađena imovina.⁹¹

3.3.2. Zahtjevi bračnog/vanbračnog partnera kao nasljednika u ostavinskom postupku

Bračni/vanbračni partner kao zakonski nasljednik ostavioca u toku ostavinskog postupka može postaviti određene zahtjeve i to zahtjev za povećanje svog nasljednog dijela, i to pod uslovom da nadživjeli bračni/vanbračni partner nema nužnih sredstava za život, pri čemu se u svakom konkretnom slučaju uzimaju u obzir naročito imovinske prilike i sposobnost za privređivanje nadživjelog partnera.⁹² Navedeni zahtjev za povećanje nasljednog dijela nadživjeli bračni/vanbračni partner je dužan postaviti u ostavinskom postupku do pravosnažnosti rješenja o nasljeđivanju.⁹³

Pored zahtjeva za povećanje nasljednog dijela, nadživjelom bračnom/vanbračnom partneru pripada i zahtjev za izdvajanje bračne stečevine, koji zahtjev može postaviti u toku ostavinskog postupka do pravosnažnosti odluke u ostavinskom postupku.⁹⁴ Zahtjev za izdvajanje bračne stečevine predstavlja zahtjev

88 Čl. 239.st. ZN FBiH, čl.127. st.1. ZVP RS, čl.243.st.1. ZN BD BiH.

89 Čl.244. st.1. ZN FBiH; čl. 132.st.1. ZVP RS; čl.248. st.1. ZN BD BiH.

90 Čl. 214. ZN FBiH; čl.151. ZVP RS; čl.213.ZN BD BiH

91 Presuda Županijskog suda u Rijeci, broj: GŽ- 2091/08 od 29.12.2009. godine.

92 Čl.26. ZN FBiH; čl.27. ZN BD BiH; čl.25. ZN RS

93 E. Bikić, S. Suljević, 74.

94 Radi se o prekluzivnom roku za podnošenje zahtjeva za izdvajanje bračne stečevine u ostavinskom postupku, obzirom da se pravosnažnošću odluke u ostavinskom postupku gasi pravo na podnošenje navedenog zahtjeva u ostavinskom postupku, s tim da bi se o istom moglo odlučivati u okviru ponovljenog postupka ukoliko su ispunjeni uvjeti za ponavljanje ostavinskog postupka. Obzirom da se radi o prekluzivnom roku, postavlja se pitanje da li se isti zahtjev može ispitivati i nakon pravosnažnosti rješenja u ostavinskom postupku, onda kada se po pravosnažnom okončanju ostavinskog postupka vodi parnični postupak koji je pokrenulo lice koje tvrdi da je nasljednik ostavioca, kao što je to bio predmet odlučivanja u predmetu Evropskog suda za ljudska prava *Biondić protiv Hrvatske* (Aplikacija

koji je obuhvaćen nasljednopravnim institutom odvajanja ostavine od imovine nasljednika, pri čemu nadživjeli bračni/vanbračni partner postupa kao povjerilac ostavioca, sa zahtjevom da se izvrši izdvajanje njegove imovine odnosno da ista ne ulazi u ostavinsku masu.⁹⁵ Osim u ostavinskom postupku, zahtjev za izdvajanje bračne stečevine može biti postavljen i neovisno o ostavinskom postupku, kao i po pravosnažnom okončanju istog, i to kroz parnični postupak, obzirom da se zahtjev za izdvajanje iz zaostavštine dijela imovine stečene tokom trajanja braka se zasniva na pravu vlasništva koje je na originaran način stečeno radom bračnih partnera u toku trajanja bračne zajednice.⁹⁶ Zahtjev za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine odnosi se na imovinu koju su ostavilac i nadživjeli bračni/vanbračni partner stekli u toku trajanja braka odnosno u toku trajanja vanbračne zajednice, a na kojoj imovini je u javnim registrima upisan samo ostavilac, a nije upisan nadživjeli bračni/vanbračni partner sa svojim suvlasničkim dijelom koji mu pripada na ime bračne/vanbračne stečevine. Da bi se donijela odluka po zahtjevu za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine, potrebno je da se radi o imovini koja predstavlja bračnu/vanbračnu stečevinu nadživjelog bračnog/vanbračnog partnera sa ostaviocem, pri čemu je isti kao podnosilac zahtjeva dužan dokazati činjenice na koje se poziva.

Obzirom da se radi o zahtjevu koji nadživjeli bračni/vanbračni partner podnosi u toku ostavinskog postupka, u praksi se postavlja pitanje nadležnosti za odlučivanje o navedenom zahtjevu, odnosno da li o istom odlučuje notar kao povjerenik suda u ostavinskom postupku ili o navedenom zahtjevu za izdvajanje bračne/vanbračne stečevine odlučuje sud u parničnom postupku pokrenutom od strane nadživjelog bračnog/vanbračnog partnera koji zahtijeva izdvajanje. Obzirom da notar kao povjerenik suda postupa u ostavinskom postupku i donosi odluku o svim onim pitanjima o kojim ne postoji spor, proizlazi da bi notar kao povjerenik suda u okviru samog ostavinskog postupka mogao donijeti odluku o izdvajanju bračne stečevine u korist nadživjelog bračnog/vanbračnog partnera, pod uslovom da među strankama u postupku ne postoji spor oko toga da li istom pripada navedeno pravo.⁹⁷ Navedena odluka notara o izdvajanju bračne/vanbračne stečevine bi se onda trebala provesti kroz javne registre, te po provođenju iste donijeti odluka u ostavinskom postupku, odnosno rješenje o nasljeđivanju kojim bi se raspodijelila ostavinska masa na

broj: 38355/05 od 08.11.2007.godine). Evropski sud je u navedenom predmetu zaključio da su niži sudovi u okviru odlučivanja o tužbenom zahtjevu novog nasljednika bili dužni ispitati i sadržinu zahtjeva nadživjelog bračnog partnera koji je bio postavljen kao protivtužba, iako nadživjeli bračni partner nije postavio zahtjev u okviru ostavinskog postupka, a sve u skladu sa pravom pristupa sudu zagarantovanog članom 6. stav. 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.; S. Grbić, „Pravo na pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6. stavka 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2012, 193-194.

što je potvrđeno i u sudskoj praksi u predmetu Biondić protiv Hrvatske, koji je bio predmet ispitivanja pred Evropskim sudom za ljudska prava,

95 Dž. Suljević, „Položaj povjerilaca u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu i u pravu Evropske unije“, *Revija za pravo i ekonomiju*, god.22, br.2, Mostar, 2021, 171.

96 Presuda Vrhovnog suda Republike Srbije, broj: *Rev. 1406/05* od 01.03.2006.godine.

97 P. Poretti, „Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu“, *Javni bilježnik*, vol.21, no.44, 2017, 63.

nasljednike ostavioca. Ukoliko među strankama u ostavinskom postupku postoji spor oko toga da li nadživjelom bračnom/vanbračnom partneru pripada navedeno pravo, onda je notar kao povjerenik suda dužan dostaviti predmet nadležnom sudu da bi se prekinuo ostavinski postupak i stranka uputila na pokretanje parnice u okviru koje može ostvariti navedena prava, te po okončanju parničnog postupka i izvršenog izdvajanja bračne/vanbračne stečevine iz ostavinske mase ponovo nastaviti sa ostavinskim postupkom.

4. Zaključak

Bračni/vanbračni partneri u okviru uređenja svojih imovinskih odnosa mogu sporazumno urediti iste zaključenjem bračnog ugovora u formi notarski obrađene isprave, odnosno sporazumno izvršiti podjelu bračne odnosno vanbračne stečevine ugovorom o podjeli bračne stečevine u formi notarski obrađene isprave, što sve predstavlja odraz načela autonomije volje u porodičnom pravu. Sporazumno uređenje imovinskih odnosa bračnih/vanbračnih partnera doprinosi sprečavanju budućih sporova između bračnih/vanbračnih partnera kao i trećih lica. Međutim, ne postoji registar koji bi evidentirao postojanje navedenih ugovora, te bi slijedom navedenog, bilo potrebno uvesti registar bračnih ugovora, obzirom da bi se istim doprinijelo povećanju nivoa pravne sigurnosti, posebno u odnosu na treća lica, obzirom da bi ista mogla dobiti odgovarajuće podatke o statusu imovine odnosno da li je ista bračna stečevina ili je posebna imovina.

Ugovorno uređenje imovinskih odnosa bračnih/vanbračnih partnera za slučaj smrti kroz ugovor o nasljeđivanju zaključen u formi notarski obrađene isprave pruža mogućnost bračnim/vanbračnim partnerima da se međusobno odrede za nasljednike, posebno u situacijama kada bračni/vanbračni partneri nemaju djece, a imaju volju da po smrti jednog od njih sva njihova imovina pripadne nadživjelom bračnom/vanbračnom partneru. Međutim, pozitivno nasljedno zakonodavstvo u BiH i to Zakon o nasljeđivanju u FBiH i Zakon o nasljeđivanju BD BiH zadržava primjenu odredbi o nužnom nasljednom dijelu i na ugovor o nasljeđivanju, čime se ograničava sloboda raspolaganja bračnih/vanbračnih partnera za slučaj smrti. Obzirom na navedeno, ostavljaju se "otvorena vrata" ostalim nasljednicima drugog nasljednog reda da ostvaruju svoja prava u ostavinskom postupku, a protivno volji samog ostavioca da sva imovina nakon njegove smrti pripadne njegovom nadživjelom bračnom/vanbračnom partneru, čime se ovaj ugovor čini manje "atraktivnim" za same ugovorne strane, obzirom da ne predstavlja garant da će se ispoštovati posljednja volja ostavioca. Forma notarskog testamenta predstavlja jednu od formi prema kojoj se može sačiniti testament u nasljednopravnom zakonodavstvu u BiH, a osnovne prednosti se odnose na formu, odnosno formu notarski obrađene isprave koju u cjelosti sačinjava notar, koji po službenoj dužnosti pazi da ta izjava volje bude u skladu sa zakonskim propisima, te također vodi računa o zaštiti interesa učesnika u postupku, a naročito zaštite učesnika lica kojima je potrebna posebna zaštita (kao što su slabovidna, gluhonjema lica), a sve u skladu s posebnim pravilima.

Osnovni cilj povjeravanja provođenja ostavinskog postupka notarima jeste doprinošenje rasterećenju pravosuđu. Povjeravanje provođenja ostavinskog postupka notarima doprinosi i smanjenju dužine trajanja ostavinskog postupka, kao i povećanom broju riješenih ostavinskih predmeta, a sve u cilju što efikasnijeg ostvarenja prava na suđenje u razumnom roku u ostavinskom postupku. Pored dužine trajanja ostavinskog postupka, pravo na suđenje u razumnom roku procjenjuje se i na osnovu kriterija složenosti ostavinskog predmeta, postupanje ostavinskih sudova te ponašanje sranaka u ostavinskom postupku, na način da li su stranke svojim pasivnim ponašanjem doprinijele dužini trajanja postupka. Osnovne poteškoće koje se mogu javiti prilikom provođenja ostavinskog postupka od strane notara kao povjerenika suda, a koje utječu na dužinu postupka, odnose se na nedovoljne podatke o nasljednicima ostavioca, kao i pasivno držanje nasljednika u ostavinskom postupku, te nemogućnost ostvarenja sporazuma nasljednika o diobi ostavinske mase.

Džejna Suljević, LL. M., senior teaching assistant
University of Zenica, Faculty of Law

Erna Suljević, LL. B., student of master studies
University of Zenica, Faculty of Law

JURISDICTION OF NOTARIES IN PROPERTY RELATIONS OF MARITAL AND EXTRAMARITAL PARTNERS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: Positive legislation in family law in Bosnia and Herzegovina prescribes that marital and extramarital partners can regulate their relations contractually, by concluding contract in the form of notarized document. Marital and extramarital partners can contractually regulate their property relations by concluding marriage agreement as well as concluding the contract on the division of marital/extramarital property, whereby both contracts are concluded in the form of a notarized document.

Positive inheritance legislation in B&H, namely the Law on inheritance of the FBiH and the Law on inheritance of the BD of BiH, stipulates that marital and extramarital partners can contractually arrange their property relations in case of their deceasing, in such a way that the inheritance contract mutually designates the heirs of the property of the other spouse, i.e. extramarital partner. Also, as one of the forms of the will, the form of the notarial will is provided, which represents one of the voluntary ways of disposing of the property of one of the spouses in case of their death. In addition to the competence of concluding the inheritance contract and the notarial will, as a result of reform in inheritance legislation in B&H, notaries in B&H are entrusted with the competence of conducting probate proceedings.

The paper analyzes the role of a notary in the contractual arrangement of property relations of married and extramarital partners by concluding marriage agreement and the agreement on the division of marital property, and the contractual arrangement of property relations in the event of death by concluding the inheritance contract and concluding a notarial will, and entrusting the notary with the authority to conduct probate proceedings in which the surviving spouse or common-law partner appears as the heir of the deceased spouse or extramarital partner.

Key words: marriage agreement, contract on the division of marital property, inheritance contract, notarial will, probate procedure.

MA Anđelka Čuljak, viša asistentica
Filozofski fakultet Sveučilišta u Mostaru,

PRAVNI OKVIR POSVOJENJA DJECE IZVAN GRANICA BIH

Sažetak: Obitelj je temeljna jedinica društva, primarna "face to face" skupina. Obitelj najčešće čine roditelji i njihova djeca. Jedan od načina postati roditelj jeste postupkom posvojenja. Posvojenjem se stvara neraskidiva veza posvojitelja i posvojčeta. Sukladno Obiteljskom zakonom FBiH, omogućeno je posvojenje i stranim državljanima ako je to u najboljem interesu djeteta i ako dijete ne može biti posvojeno u BiH.

U radu će biti teoretski prikazani razlozi koji dovode do mogućnosti za posvojenjem djece od strane stranih državljana, te izazovi koji prate postupak gledajući na pravni aspekt. Isto se odnosi na različitu zakonsku regulativu pojedinih zemalja te neusklađenost sustava suradnje i podrške.

Kroz rad će se teoretski i pravno usporediti postupak posvojenja u Bosni i Hercegovini s postupcima posvojenja u drugim zemljama, mogućnostima posvojenja stranim državljanima, preprekama i izazovima, te procjeni najboljeg interesa djeteta.

Ključne riječi: Obitelj, najbolji interes djeteta, posvojenje u BiH, posvojitelji strani državljanjani

1. Uvod

Posvojenje je poseban oblik obiteljsko pravne zaštite putem kojeg se zasniva roditeljski, odnosno srodnički odnos. Sukladno Obiteljskom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine, posvojenje se može zasnovati potpuno i nepotpuno. Također je istim zakonom određeno da posvojiti mogu i strani državljanjani ako je posvojenje u najboljem interesu djeteta i ako dijete ne može biti posvojeno u Bosni i Hercegovini. U takvim situacijama je neophodno odobrenje federalnog organa mjerodavnog za poslove socijalne skrbi.

Kada govorimo o međudržavnom posvojenju javljaju se brojne dileme oko procjene najboljeg interesa djeteta, po pitanju djetetovog nasljeđa, formiranja identiteta kao kombinacije kulturalnog nasljeđa države iz koje potječu i države u koju se dijete posvaja. Rad se također fokusira na procjeni najboljeg interesa djeteta što mnogo puta nije lako procijeniti, te važnost multidisciplinarnog tima u pogledu donošenja mišljenja o podobnosti supružnika za posvojenjem djeteta.

Iako se međudržavnom posvojenju pribjegava tek u okolnostima kada djetetu nije moguće pružiti skrb u državi porijekla, nerijetko u tom procesu dolazi do nesklada u zakonskoj regulativi države porijekla i države iz koje dolaze potencijalni

posvojitelji, a što predstavlja otežavajuću prepreku za procjenu, a kasnije i nadzor nad adaptacijskim smještajem pred posvojenje.

2. Pojam posvojenja i pravna regulativa u Bosni i Hercegovini

Kada je riječ o alternativnim oblicima roditeljske skrbi i alternativnoj obitelji općenito, nemoguće je ne spomenuti koncept posvojenja. Brodzinsky navodi kako je s povijesne perspektive posvojenje bilo percipirano kao uspješno rješenje za djecu čiji se biološki roditelji nisu mogli ili nisu htjeli brinuti o njima.¹ Praksa posvojenja u mnogim kulturama ima dugu tradiciju te se kroz povijest javljala i prije integriranja instituta posvojenja u zakonske okvire pojedine zemlje, motivirana najčešće željom za osiguranjem muškog nasljednika i produživanjem obiteljske loze, potrebom za zbrinjavanjem odraslih osoba u starosti, željom za realizacijom roditeljstva kod parova s problemom neplodnosti, altruizmom i željom da se pruži trajni dom djetetu koje nema mogućnost odrastati uz biološke roditelje i slično.²

Posvojenje je oblik obiteljsko pravne zaštite djece bez roditeljskog staranja ili bez odgovarajućeg roditeljske skrbi, putem koga se zasniva roditeljski ili srodnički odnos između djeteta/posvojenika i roditelja/posvojitelja. Time se dijete lišeno roditeljske skrbi ili bez odgovarajuće roditeljske skrbi trajno zbrinjava u obitelj. Između posvojenika i posvojitelja se zasnivaju odnosi srodstva kao da se radi o krvnom srodstvu.³ Sukladno navedenom zakonu, posvojenje može biti potpuno i nepotpuno. Potpuno se može posvojiti dijete do 10. godine života. Potpuno posvojiti dijete mogu bračni partneri zajednički, te maćeha ili očuh djeteta koje se posvaja. Izvanbračni partneri koji žive najmanje pet godina u izvanbračnoj zajednici mogu potpuno posvojiti dijete. Nepotpuno se može posvojiti dijete do navršene 18. godine života. Za posvojenje djeteta starijeg od 10 godina i sposobnog da shvati značenje posvojenja potreban je njegov pristanak. Nepotpuno mogu posvojiti dijete bračni partneri zajednički, jedan bračni partner uz pristanak drugog i maćeha ili očuh djeteta koje se usvaja. Osoba koja nije u braku i izvanbračni partneri koji žive u izvanbračnoj zajednici koja traje najmanje pet godina, mogu nepotpuno posvojiti dijete ako za to postoje naročito opravdani razlozi.⁴

Kada govorimo o zakonskoj regulativi RS, Obiteljski zakon govori da posvojitelj može biti samo državljanin Republike Srpske. Izuzetno, posvojitelj može biti i strani državljanin ako za to postoje naročito opravdani razlozi. Posvojenje iz

1 Brodzinsky, D. M. 1990. A stress and coping model of adoption adjustment. The psychology of adoption (3–24). Ur. Brodzinsky, D. M.; Schechter, M. Oxford University Press New York

2 Gajer-Pijacun, Đ. (1983) Institut usvojenja gledan s psihološkog stajališta. U: Nadležnost organa starateljstva za primjenu Zakona o braku i porodičnim odnosima SR Hrvatske (str. 121-136). Zagreb: Republički zavod za socijalni rad SRH

3 Obitelji Zakon Federacije Bosne i Hercegovine, članovi 91.-123., “Službene novine Federacije BiH”, broj: 35/05; 41/05; 31/14

4 Isto

prethodnog stava ne može se zasnovati bez odobrenja organa uprave nadležnog za poslove socijalne politike.⁵

Po pitanju potpunog i nepotpunog posvojenja, obiteljski zakon RS govori da se potpuno posvojiti može samo dijete uzrasta do pet godina, koje nema žive roditelje, ili su mu roditelji nepoznati, odnosno koji su dijete napustili, a više od jedne godine ne zna im se mjesto boravka, ili čiji su roditelji pred nadležnim organima skrbništva pristali da njihovo dijete bude potpuno posvojeno.⁶

Obiteljski zakon Brčkog Distrikta⁷ na isti način definira oblike posvojenja kao i Obiteljski zakon FBiH, kao i mogućnost posvojenja izvan granica Bosne i Hercegovine. Ono što se razlikuje u odnosu na Obiteljski zakon F BiH i Obiteljski zakon RS-a jeste dužina trajanja adaptacijskog smještaja pred posvojenje gdje se navodi da smještaj može trajati i manje od šest mjeseci ako se procjeni da je to u najboljem interesu djeteta.

Bez obzira o kojem entitetu je riječ, u pravnoj regulativi i odlučivanju u postupku posvojenja, interes i dobrobit djeteta uvijek trebaju imati prioritet u odnosu na interes posvojitelja. „Prvenstvena svrha posvojenja je pružiti djetetu obitelj i dom koje će zvati svojim, a ne osigurati dijete za neku obitelj“.⁸ Navedeni princip ističe se u mnogim međunarodnim dokumentima, a o tome posebno govori i 93. članak Obiteljskog zakona⁹ u kojem se ističe da se posvojenje može zasnovati samo ako je u interesu djeteta, te da se u samom postupku zasnivanja posvojenja procjenjuju osobine posvojitelja u odnosu na dobrobit djeteta. Sukladno Zakonu o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima¹⁰ za uvijete zasnivanja posvojenja i prestanka posvojenja mjerodavno je pravo države čiji su državljani posvojitelj i posvojenik. Ako su posvojitelj i posvojenik državljani različitih država, za uvjete zasnivanja posvojenja i prestanka posvojenja mjerodavna su kumulativno prava obiju država čiji su oni državljani. Ako bračni partneri zajednički posvajaju, za uvijete zasnivanja posvojenja i prestanka posvojenja, osim prava države čiji je državljanin posvojenik, mjerodavna su i prava država čiji su državljani i jedan i drugi bračni partner. Za oblik posvojenja mjerodavno je pravo mjesta gdje se posvojenje zasniva.

5 Obiteljski zakon RS "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014

6 Isto

7 Obiteljski zakon Brčkog distrikta, "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", broj 3/07

8 Radočaj, T. (2007) Pravo djeteta na odrastanje u obitelji: smjernice za praktičan rad na državnom i međudržavnom posvojenju i udomiteljskoj skrbi – prijevod dokumenta „The Childs Right to Grow Up In A Family: Guidelines for Practice on National and Intercountry Adoption and Foster Family Care (1997). Adoption Centre Sweden, Swedish National Committee of the International Council on Social Welfare and the International Social Service, Ljetopis socijalnog rada, 14 (1), 233-256.

9 Obiteljski zakon FBiH "Službene novine Federacije BiH", broj: 35/05; 41/05; 31/14

10 Zakon je objavljen u „Službenom listu SFRJ“ broj 43 iz 1982. godine. Zakon je preuzet u pravni poredak Bosne i Hercegovine posebnom Uredbom sa zakonskom snagom broj 2 iz 1992. godine. U Službenom listu broj 13 iz 1994. godine je objavljen Zakon o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom. Pošto prilikom preuzimanja zakona, a niti kasnije, nisu vršene izmjene i dopune treba napomenuti da u zakonskom tekstu tamo gdje stoji „SFRJ“ treba čitati kao „BiH“.

Kako bi se u praksi implementiralo načelo zaštite najboljeg interesa djeteta u postupku posvojenja, potrebno je kreirati ne samo kvalitetan zakonodavni okvir, već i precizne standarde provedbe pojedinih stručnih postupaka tijekom realizacije posvojenja. U dosadašnjoj praksi posvojenja u Bosni i Hercegovini prate se smjernice u pogledu Uputstva o metodama utvrđivanja podobnosti djeteta i osobe koja želi posvojiti dijete i načinu izrade mišljenja o podobnosti za posvojenje, čega ih se trebaju pridržavati Centri za socijalnu skrb u postupku uparivanja potencijalnih posvojitelja s određenim djetetom kod kojeg su ispunjene pretpostavke za posvojenje.¹¹ Navedenim uputstvom Organ skrbništva, tj. Centri za socijalni rad utvrđuju jesu li ispunjeni uvjeti za posvojenje djeteta na osnovu analize priložene, odnosno, po službenoj dužnosti pribavljene dokumentacije za dijete kojom se utvrđuje djetetovo rođenje, rođenje njegovih bioloških roditelja, državljanstvo djeteta, pristanak roditelja, skrbnika, odnosno skrbnika za poseban slučaj, zdravstveno stanje djeteta, mišljenje psihologa i pedagoga o podobnosti za posvojenje.¹² Također je potrebno pribaviti i izvršiti analizu dokumenata iz kojih se vidi da nema izgleda da će se dijete maloljetnih roditelja podizati u obitelji roditelja, odnosno drugih bližih srodnika (izjave roditelja i bližih srodnika date na zapisnik i sl.), dokumenata iz kojih se vidi da je bezuspješno izvršena potraga za roditeljima u slučaju da nisu poznati roditelji djeteta (potvrde nadležnih organa unutrašnjih poslova), dokumenata iz kojih se vidi da dijete nije moglo biti posvojeno u Bosni i Hercegovini u situaciji kada se kao potencijalni posvojitelji pojavljuju strani državljani (obavijesti drugih organa skrbništva, izjave potencijalnih posvojitelja date na zapisnik i sl.), odluke da je roditelju oduzeto roditeljsko staranje, dokaza iz kojeg će se vidjeti da roditelj ne živi sa djetetom, a da je tri mjeseca u većoj mjeri zapustio staranje o djetetu, dokaza iz kojih će se vidjeti da maloljetni roditelj nije sposoban shvatiti značenje posvojenja (nalaz i mišljenje psihologa, psihijatra i sl.), odluke kojom je roditelju maloljetnog djeteta ograničena ili oduzeta poslovna sposobnost, dokaza da je roditelju maloljetnog djeteta boravište nepoznato najmanje šest mjeseci i da se u tom periodu ne brine o djetetu (potvrda organa unutrašnjih poslova, izjave svjedoka date na zapisnik i sl.), rješenja o imenovanju posebnog skrbnika maloljetnom djetetu, pristanka za posvojenje maloljetnog djeteta starijeg od deset godina datog na zapisnik kod organa koji vodi postupak za posvojenje.¹³ Kada su posvojitelji strani državljani sastavni dio mišljenja čini kratka analiza dokaza da dijete nije moglo biti posvojeno u Bosni i Hercegovini i da je to posvojenje u najboljem interesu djeteta.¹⁴ U literaturi u okviru naprijed navedenog možemo naići na različite pojmove: međudržavno posvojenje ili prekogranično posvojenje (engl. intercountry adoption)

11 Federalno ministarstvo rada i socijalne politike, Uputstva o metodama utvrđivanja podobnosti djeteta i osobe koja želi posvojiti dijete i načinu izrade mišljenja o podobnosti za posvojenje, Službene novine broj 17, str 1756.

12 Federalno ministarstvo rada i socijalne politike, Uputstva o metodama utvrđivanja podobnosti djeteta i osobe koja želi posvojiti dijete i načinu izrade mišljenja o podobnosti za posvojenje, Službene novine broj 17, str 1756.

13 Isto

14 Uputstvo o načinu vođenja evidencije i dokumentacije o usvojenoj djeci, član 3., "Službene novine Federacije BiH", broj: 17/06.

odnosi se na posvojenje kojim dijete mijenja državu u kojoj je do tada živjelo bez obzira na državljanstvo posvojitelja, međunarodno posvojenje (engl. international adoption) odnosi se na posvojenje u kojem je državljanstvo posvojitelja različito od djetetova, a mogu i ne moraju živjeti u istoj državi te međuetničko i međurasno posvojenje koje podrazumijeva posvojenje djeteta koje potječe iz drugačije etničke ili rasne skupine i kulturnog okruženja od posvojitelja.¹⁵ U kontekstu ovoga rada koristit ćemo se pojmom međudržavnog posvojenja, zbog njegove širine.

3. Obiteljski aspekt posvojenja i procjena najboljeg interesa djeteta

Piccard (1975) nudi definiciju „Obitelj je mala „face to face“ skupina“.¹⁶ Obitelj najčešće čine roditelji i njihova djeca. Suvremeno društvo se sve više suočava s nemogućnosti ostvarivanja u roditeljstvu. Jedan od načina postati roditelj jeste i postupkom posvojenja. Posvojenjem se stvara neraskidiva veza posvojitelja i posvoječeta.

Bez obzira na način roditeljstva, pripadnost svakog pojedinca nekoj društvenoj skupini je od neizmjerne važnosti, ali je od svih najvažnija pripadnost obitelji. U individualnom i društvenom kontekstu uviđa se važnost obitelji budući da iskustva sazrijevanja, odrastanja i zasnivanja vlastite obitelji ne zaobilaze nijednog pojedinca. Osjećaji koje u vlastitoj obitelji pojedinci stvaraju utječu na njihovo opće zadovoljstvo pa je stoga obitelj važna i s društvenog poimanja. Ona je predmet raznovrsnih istraživanja te znanstvenih i stručnih prosudbi.¹⁷ Obitelj je djetetova prva zajednica. Dijete stječe prve spoznaje o sebi i drugima koji ga okružuju, odnosno započinje život u obitelji. Svako dijete ima pravo na život i odrastanje u obitelji koja ga voli, prihvaća, razumije i prepoznaje njegove potrebe.¹⁸

Važno je naglasiti da se potpun i skladan razvoj djetetove osobnosti najbolje ostvaruje u obiteljskom okruženju. Dijete ima pravo i potrebu da raste u ozračju punom razumijevanja i ljubavi te da bude zaštićeno u bilo kojem slučaju određene opasnosti. Osim toga, od velike je važnosti djeci pružiti osjećaj pripadanja, razumijevanja i dobrodošlice gdje god da se nalazila bez obzira na raznolikost obiteljskih zajednica. Također, djeci je potrebno objasniti da se raznolikost može tumačiti kao bogatstvo, ovisno o načinu percipiranja raznolikosti u obiteljskim zajednicama.¹⁹ Prilikom posvajanja djeteta iz druge države Konvencijom o pravima djeteta propisano je da države koje priznaju i/ili dopuštaju posvojenje, osigurati će da se pri tome u najvećoj mjeri vodi računa o najboljem interesu djeteta te su dužne priznati međudržavno posvojenje kao zamjenski oblik skrbi za dijete, ako se za njega ne može na adekvatan

15 Kolarević, K. (2019). Specifični izazovi međudržavnog posvojenja. Diplomski rad. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Studijski centar socijalnog rada

16 Janković J. (2008), Obitelj u fokusu. Zagreb: etcetera d.o.o

17 Hrabar, D. i Korać, A. (2003.) Obiteljsko pravo s matičarstvom. Zagreb: Narodne novine d.d.

18 Maleš, D. 2015. Kako smo postali obitelj Posvojenje – dio moje priče. Zagreb: „Na drugi način“, udruga za pružanje psihosocijalne i pedagoške pomoći djeci, mladima i obitelji.

19 Maleš, D. 2015. Kako smo postali obitelj Posvojenje – dio moje priče. Zagreb: „Na drugi način“, udruga za pružanje psihosocijalne i pedagoške pomoći djeci, mladima i obitelji.

način skrbiti u zemlji podrijetla. Također dužne su osigurati da dijete koje je predmet međudržavnog posvojenja uživa zaštitu i uvjete jednake onima koji postaje u slučaju unutardržavnog posvojenja, te je također obvezno poduzeti sve potrebne mjere da postupak posvojenja ne dovede do stjecanja nedopuštene materijalne koristi kako stranaka u postupku tako i svih uključenih stručnih i nadležnih osoba u postupku. Najbolji interes djeteta ima poseban značaj u postupku posvojenja jer je posvojenje najpoželjniji i najadekvatniji oblik zaštite djece bez roditeljskog staranja obzirom da se njime zasniva roditeljski, odnosno srodnički odnos djeteta i osoba koje ga posvajaju. Najbolji interes djeteta je naglašen i u Konvenciji o pravima djeteta; od načela da najbolji interes djeteta uvijek ima “prvenstveni” značaj, odstupljeno je u odredbi člana 21. koja normira da “će države članice koje priznaju i/ili dozvoljavaju posvojenje osigurati da najbolji interes djeteta bude od ključnog značaja”.²⁰ Najbolji interes djeteta naglašen je i u Europskoj konvenciji o posvojenju djece. Navodi se da je najbolji interes djeteta najvažniji uvjet i osnovni kriterij pri donošenju svih odluka koje se tiču posvojenja. Ovaj stav je prihvaćen i u domaćem pravu, tako da organ skrbništva ne može donijeti nijednu odluku koja nije u najboljem interesu djeteta – posvojenika.²¹

Organ skrbništva koji provodi postupak posvojenja vodi se principom najboljeg interesa djeteta i na osnovu njega donosi odluke. Kada se govori o podobnosti djeteta za posvojenje, što se smatra bitnim elementom za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta, misli se na utvrđivanje je li posvojenje najpogodniji oblik zaštite za dijete za koje se provodi postupak posvojenja. Ostali elementi za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta su: uzrast, zdravstveno stanje, specifične potrebe, vezanost za roditelje ili druge osobe s kojim živi, postojanje mogućnosti da se odgaja u obitelji bliskih srodnika, korisnost posvojenja za dijete (a ne za posvojitelje), simpatija i privrženost prema posvojiteljima izražena pristankom na posvojenje, odnosno na drugi način, ako se radi o djetetu uzrasta do 10 godina, sposobnost za prihvaćanje posvojitelja kao roditelja, sposobnost za prihvaćanje zasnivanja stabilnih emocionalnih odnosa u novoj obitelji i razvijanja obiteljskih odnosa, razlozi zbog kojih nije moglo biti posvojeno u Bosni i Hercegovini (u slučaju kada se kao posvojitelji pojavljuju strani državljani).²²

Organ skrbništva je dužan procijeniti najbolji interes djeteta te u skladu s procjenom kreirati dalje korake zaštite i brige o djetetu. Kada govorimo o međudržavnom posvojenju, tj. u slučaju da su oba ili jedan od posvojitelja strani državljani, kod procjene najboljeg interesa djeteta važno je procijeniti postojanje podobnosti i uvjeta i na strani posvojitelja normiranih u pravu države čiji je državljanin posvojitelj.²³ Čest slučaj u praksi u Bosni i Hercegovini je da organ skrbništva ne može doći do bitnih pokazatelja koji bi bili ključni za procjenu podobnosti potencijalnih posvojitelja jer druge države ne prepoznaju bitne elemente koje kao takve definiraju

20 Smjernice za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta vodič za profesionalce, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine

21 Isto

22 Isto

23 Isto

zakoni Bosne i Hercegovine. Također, kod međudržavnog posvojenja procjenjuje se prilagođenost djeteta obitelji posvojitelja kod kojih je već bilo smješteno i koji su se starali o njegovom čuvanju i odgoju, zatim vezanost posvojitelja porijeklom za BiH, domaće državljanstvo jednog posvojitelja, postojanje između posvojitelja – stranog državljanina i posvojenika srodstva po krvi (tetka/stric/ujak i sestrić/bratić) ili srodstva po tazbini (maćeha/očuh i pastorak).²⁴

4. Međudržavna posvojenja

Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine jasno precizira kako i na koji način se može zasnovati posvojenje izvan granica Bosne i Hercegovine. Tako član 95. stavak 2 kaže da posvojitelj može biti i strani državljanin ako je posvojenje u najboljem interesu djeteta i ako dijete ne može biti posvojeno u Bosni i Hercegovini.

Stavak 3 istog zakona govori da posvojenje iz stavka 2. ovog članka se ne može zasnovati bez prethodnog odobrenja Federalnog organa mjerodavnog za poslove socijalne skrbi.

Gore navedeno govori da je posvojenje moguće realizirati samo ako su ispunjeni uvjeti koji su određeni Obiteljskim zakonom, a to je da ne postoje mogući posvojitelji na područjima Bosne i Hercegovine. Što je ono što se događa u praksi?!

Iako se međunarodnom posvojenju pribjegava tek u okolnostima kada djetetu nije moguće pružiti skrb u državi porijekla, nerijetko u tom procesu dolazi do problema u zakonskoj usklađenosti pojedinih zemalja. Međunarodno posvojenje može biti različito uređeno. Države npr. mogu omogućiti međunarodno posvojenje samo između država s kojima imaju potpisane bilateralne ugovore te postaviti uvjete o djeci koja se mogu posvojiti u druge države kao što su etničko porijeklo djeteta, njegova dob ili razvojno stanje ili pak mogu uvesti privremenu ili trajnu zabranu posvojenja. Iz nekih država posvojenje nije moguće zbog ratnih ili drugih sukoba, ili se smatra da nisu uspostavljeni mehanizmi koji bi omogućavali praćenje sigurnosti djeteta kako ona ne bi postala predmet trgovanja ili nasilja.²⁵ Sukladno Zakonu o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima²⁶ Bosna i Hercegovina je isključivo nadležna da odlučuje o posvojenju te prestanku posvojenja osobe koja je državljanin Bosne i Hercegovine i ima prebivalište u Bosni i Hercegovini. Kad bračni partneri zajednički posvajaju, za nadležnost Bosne i Hercegovine dovoljno je da je jedan od bračnih partnera državljanin Bosne i Hercegovine i da ima prebivalište u Bosni i Hercegovini. Članak 45 navedenog Zakona govori da ako su posvojitelj i posvojenik državljani različitih država,

24 Isto

25 Topčić-Rosenberg, D. (2017). Vodič kroz međunarodno posvojenje Adopta. Zagreb: Adopta – udruga za potporu posvajanju.

26 Zakon je objavljen u „Službenom listu SFRJ“ broj 43 iz 1982. godine. Zakon je preuzet u pravni poredak Bosne i Hercegovine posebnom Uredbom sa zakonskom snagom broj 2 iz 1992. godine. U Službenom listu broj 13 iz 1994. godine je objavljen Zakon o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom. Pošto prilikom preuzimanja zakona, a niti kasnije, nisu vršene izmjene i dopune treba napomenuti da u zakonskom tekstu tamo gdje stoji „SFRJ“ treba čitati kao „BiH“.

mjerodavno je pravo države u kojoj imaju prebivalište. Ako su posvojitelj i posvojenik državljani različitih država, a nemaju prebivalište u istoj državi, mjerodavno je pravo Bosne i Hercegovine ako je jedan od njih državljanin Bosne i Hercegovine. Ako ni posvojitelj ni posvojenik nisu državljani Bosne i Hercegovine, mjerodavno je pravo države čiji je državljanin posvojenik.

Ono što se događa u praksi u Bosni i Hercegovini jeste neusklađenost bh pravnog okvira sa relevantnim propisima drugih zemalja. Tako za primjer dokumenti bh zakonodavstva kojima posvojitelji dokazuju podobnost za posvojenje, nisu identični dokumentima drugih zemljama iz kojih dolaze potencijalni posvojitelji. S jedne strane je zakon dopustio međunarodno posvojenje, a s druge strane isto nije precizirano i usklađeno domaćem zakonodavstvu te je s toga teško vršiti nadzor kako bi se potvrdilo da je posvojenje u najboljem interesu tog djeteta koje se posvaja. Ono što bi pospješilo proces posvojenja, kao izrazito važnog, odgovornog procesa, jer se djeci bez odgovarajuće roditeljske skrbi pronalaze roditelji, tj. obitelj, jeste pristupanje postojećoj Haškoj konvenciji o zaštiti djece i suradnji u vezi s međudržavnim posvojenjem²⁷ koja jasno definira proces posvajanja stranim državljanima. Na takav način bi postojala procedura, jasna pravila i mogućnost praćenja postupka, a što bi rezultiralo procjenu najboljeg interesa djeteta, tj. procjenu je li posvojenje u djetetovom najboljem interesu. Po pitanju država u okruženju, Republika Hrvatska, tj. Hrvatski sabor je 2013. godine donio odluku o proglašenju zakona o potvrđivanju Konvencije o zaštiti djece i suradnji u vezi s međudržavnim posvojenjem.²⁸

Države potpisnice ove Konvencije, priznavajući da bi dijete, između ostaloga, radi potpunog i harmoničnog razvoja njegove ili njezine osobnosti, trebalo rasti u obiteljskom okruženju, u ozračju sreće, ljubavi i razumijevanja, imajući na umu da svaka država mora poduzeti, prije svega, odgovarajuće mjere koje će omogućiti da dijete ostane na skrbi njegove ili njezine obitelji iz koje potječe, prepoznavajući da međudržavno posvojenje može pružiti prednost trajne obitelji djetetu za koje se ne može naći prikladna obitelj u državi njegovog ili njezinog podrijetla, svjesni potrebe poduzimanja mjera da se međudržavna posvojenja provode u najboljem interesu djeteta, uvažavajući njegova ili njezina temeljna prava, i u cilju sprječavanja nezakonitog odvođenja, prodaje ili trgovine djecom, želeći utvrditi zajedničke odredbe u tom cilju, vodeći računa o načelima ustanovljenim u međunarodnim instrumentima, posebice u Konvenciji Ujedinjenih naroda o pravima djeteta, od 20. studenoga 1989. godine i Deklaraciji Ujedinjenih naroda o socijalnim i pravnim načelima koja se odnose na zaštitu i dobrobit djece, s posebnim osvrtom na smještaj u ustanove za nezbrinutu djecu i posvojenje na nacionalnoj ili međunarodnoj razini iz 1986. (Rezolucija Opće skupštine 41/85, od 3. prosinca 1986. godine), sporazumjele su se uspostaviti mjere zaštite koje će osigurati da se međudržavna posvojenja provode u najboljem interesu djeteta, uz poštovanje njegovih ili njezinih temeljnih

27 Konvencija sastavljena u Haagu 29. svibnja 1993. posjećeno na web stranici: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/međunarodni/2013_06_5_53.html

28 Laklija M. i Šagi A (2020.) Međunarodno posvojenje – moguće zloupotrebe instituta i važnost zaštite prava djeteta na razvoj kulturnog identiteta. Etcetera: Socijalne teme

prava kako je priznato međunarodnim pravom, uspostaviti sustav suradnje između država ugovornica koji će osigurati da se te mjere zaštite poštuju i time spriječi nezakonito odvođenje, prodaju ili trgovinu djece, te osigurati priznanje u državama ugovornicama posvojenja koja su zasnovana u skladu s Konvencijom.²⁹

4.1. Rizici međudržavnog posvajanja

Mišljenja stručnjaka o međunarodnom posvojenju su podijeljena zbog činjenice da u postupcima međunarodnog posvojenja prava djeteta mogu biti ugrožena - poput prava djeteta zajamčena Konvencijom o pravim djeteta (UN, 1989³⁰) na život s roditeljima, prava na vlastitu kulturu, jezik i vjeroispovijest, prava na identitet, ali i prava na zaštitu od otmice ili trgovine djecom. Bosna i Hercegovina nije potpisnica Konvencije o zaštiti djece i suradnji u vezi s međudržavnim posvojenjem. Samim time ne nalazi se na listi zemalja navedene Haške konvencije o međudržavnom posvojenju kojoj je cilj uspostaviti mjere zaštite koje će osigurati da se međudržavna posvojenja provode u najboljem interesu djeteta, uz poštovanje njegovih ili njezinih temeljnih prava kako je priznato međunarodnim pravom. Donošenjem zakonske regulative države Bosne i Hercegovine, a sve po pitanju međunarodnog posvojenja, provedba postupka posvojenja u druge države bi bila sigurnija, a isto bi jamčilo utemeljenost donijetog mišljenja o podobnosti za usvojenje. Pojedini posvojitelji se odlučuju za međunarodno posvojenje jer smatraju kako će proces posvojenja iz druge države biti jednostavniji i brži od procesa u njihovoj državi, da imaju veće šanse da posvoje manje dijete ili pak žive životni stil kroz multikulturalnost.³¹

Kroz literaturu se navode razlozi podnošenja zahtjeva za međudržavno posvojenje. Tako se spominje da su neki podnositelji zahtjeva motivirani činjenicom da prilikom međudržavnog posvojenja mogu birati rasu ili etnicitet svog budućeg djeteta, a u nekim slučajevima i spol.³² Humanitarni razlozi, poput pružanja doma djeci u nepovoljnom položaju (npr. djeci iz sirotišta, djeci izbjeglicama ili djeci čiji su roditelji stradali u ratnim zbivanjima ili prirodnim katastrofama te zbrinjavanje gladne djece iz Afrike) također mogu biti motiv međunarodnog posvojenja.³³ Bez obzira na različite rizike međudržavnog posvojenja, smatra se da je ono važno i poželjno na području Bosne i Hercegovine jer se otvara mogućnost djeci koja nemaju mogućnosti posvojenja na svom teritoriju, da dobiju priliku odrastati unutar obitelji.

29 Zakon o potvrđivanju konvencije o zaštiti djece i suradnji u vezi s međudržavnim posvojenjem. Narodne novine, MU br. 5/2013.

30 UN, Konvencija o pravima djeteta usvojena je 20. studenoga 1989. godine, na 44. zasjedanju Opće skupštine Ujedinjenih naroda (rezolucija br. 44/25), stupila na snagu 2. rujna 1990. Sl. l. SFRJ, br. 15/1990., NN – MU, br. 12/1993.

31 Topčić-Rosenberg, D. (2015). Želim posvojiti dijete iz druge države. A što sada?: Adoptin vodič kroz međunarodno posvojenje. Zagreb: Adopta – Udruga za potporu posvajanju.

32 Pryor, C. & Pettinelli, J. D. (2011). A Narrative Inquiry of International Adoption Stories. *Journal of Ethnographic & Qualitative Research*, 6(1), 45-61

33 Topčić-Rosenberg, D. (2015). Želim posvojiti dijete iz druge države. A što sada?: Adoptin vodič kroz međunarodno posvojenje. Zagreb: Adopta – Udruga za potporu posvajanju.

5. Zaključak

Posvojenje je poseban oblik zaštite i brige o djeci bez odgovarajuće roditeljske skrbi. Posvojenje se po svojim metodama i pravnim efektima razlikuje od društva do društva. U modernim društvima posvojenje se zakonski regulira u području obiteljskog prava. U Bosni i Hercegovini je regulirano Obiteljskim zakonom i pripadajućim podzakonskim aktima, a zasnovano je na Konvencija o pravima djeteta (United Nations, 1989). Među središnjim akterima u jamčenju prava djece i njihovih obitelji svakako jest sustav socijalne skrbi. Djelatnici sustava socijalne skrbi dužni su reagirati i javno progovarati oko zastupanja najboljeg interesa djeteta, a sami postupak posvojenja vode Centri za socijalni rad. Posvojitelj može biti bosansko hercegovački državljanin te, ako je to u interesu djeteta, i strani državljanin. U slučaju posvojenja djeteta od strane stranog državljanina, posvojenje se, sukladno važećoj zakonskoj regulativi, zasniva uz odobrenje federalnog ministarstva rada i socijalne politike. U radu je obrađena tematika međunarodnog posvojenja, mogućnosti koje nudi Obiteljski zakon FBiH. Unatoč mogućnostima za posvojenjem izvan granica Bosne i Hercegovine, država Bosna i Hercegovina nije potpisnica Haše Konvencije o zaštiti djece i suradnji u vezi s međudržavnim posvojenjem kao neke druge zemlje. Zato se stvara prepreka efikasnijem djelovanju u postupku odabira obitelji koja dolazi iz drugih država. Pozitivna je stvar što je zakon BiH omogućio međunarodno posvojenje, ali je neophodna potpisana suradnja s drugim zemljama kako bi se ustanovila procedura i kako bi se stvorila jasna pravila i koraci koji bi rezultirali posvojenjem. Prava djeteta su na prvom mjestu i postupkom posvojenja se traži obitelj koja bi bila odgovarajuća za to dijete. Suradnjom na polju posvojenja sigurno bi se pospješio rad i procedura provedbe postupka posvojenja, a sve za dobrobit i najbolji interes djeteta.

Antonija Novak, LL. M.
Institution "Center for Social Work of the City of Mostar" Mostar

Andelka Čuljak, LL. M, senior teaching assistant
University of Mostar, Faculty of Philosophy

THE LEGAL FRAMEWORK FOR THE ADOPTION OF CHILDREN OUTSIDE THE BORDERS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: The family is the basic unit of society, the primary "face to face" group. A family usually consists of parents and their children. One of the ways to become a parent is through the adoption process. Adoption creates an unbreakable bond between adopter and adoptee. According to the FBiH Family Law, adoption is also possible for foreign citizens if it is in the best interest of the child and if the child cannot be adopted in BiH.

In this paper, the reasons that lead to the possibility of adopting children by foreign citizens will be presented theoretically, as well as the challenges that accompany the procedure, looking at the legal aspect. The same applies to the different legal regulations of individual countries and the inconsistency of cooperation and support systems.

This paper will theoretically and legally compare the adoption procedure in Bosnia and Herzegovina with adoption procedures in other countries, the possibilities of adoption for foreign citizens, obstacles and challenges, and the assessment of the best interests of the child.

Keywords: Family, best interest of the child, adoption in Bosnia and Herzegovina, foreign adoptive parents.

PRIKAZ SUDSKE PRAKSE

DISKRIMINACIJA VANBRAČNE ZAJEDNICE U ODNOSU NA BRAK U DOMENU PENZIJSKO-INVALIDSKOG OSIGURANJA

Sažetak: Fokus predmetnog rada su prava vanbračnog i bračnog partnera u kontekstu ranijeg i aktuelnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini sa aspekta imovinskih prava i diskriminatornog postupanja prema vanbračnoj zajednici, koje još uvijek postoji u bosanskohercegovačkom društvu. Evidentno je da su dugogodišnje faktičke zajednice života bez formalnog zaključenja braka sve prisutnije u Bosni i Hercegovini te se time stižu i određena prava. Iako je porodični zakon izjednačio bračnu i vanbračnu zajednicu, u određenim sferama društva vanbračni partneri su i dalje diskriminirani. U predmetnom radu autori su obradili situaciju kada vanbračni partner umre a drugom vanbračnom partneru je onemogućeno ostvariti pravo na penziju jer nije formalno zaključen brak. O navedenom su stavove zauzimali Ustavni sud BiH, Vrhovni sud FBiH kao i kantonalni sudovi te su utvrdili postojanje diskriminacije vanbračnih partnera a ombudsmeni za ljudska prava su u svojim izvještajima izvještavali o postojanju diskriminacije na ovome polju.

Ključne riječi: brak, vanbračna zajednica, status, penzija, nasljeđivanje, član porodice

1. Uvod

Diskriminacija koja najjednostavnije rečeno predstavlja pravljenje razlike između osoba po bilo kojem osnovu a koja za rezultat ima otežano ostvarenje nekog prava diskriminisane osobe ili čak potpuno onemogućavanje pristupu tom pravu, predstavlja jedan od najvećih izazova današnjice.

U vremenu kada jednakost u pravima predstavlja fokus većine pravosudnih institucija odnosno institucija koje se zaštitom prava bave, činjenica da u određenim situacijama jednakost pristupa pravima ovisi o postojanju isprave kojom se dokazuje zajednica muškarca i žene odnosno ovisi o tome da li je brak formalno zaključen ili ne. Iako je pravo na jednakost zagantovano i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima¹ te je u Preambuli iste navedeno da je upravo njen cilj unapređenje jednakosti svih osoba kroz zajedničko sprovođenje opšte zabrane diskriminacije na osnovu Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, potpisane u Rimu

¹ Evropska konvencija o ljudskim pravima kako je izmijenjena Protokolima 11, 14 i 15 s Protokolima 1, 4, 6, 7, 12, 13 i 16, preuzeto sa https://www.echr.coe.int/documents/convention_bos.pdf dana 28.07.2022. godine

4. novembra 1950. godine. Članom 1. Protokola broj 12 uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda² (u daljnjem tekstu i: Evropska konvencija o ljudskim pravima) propisana je opšta zabrana diskriminacije na način da je uživanje svih prava utvrđenih zakonom osigurano bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom socijalnom manjinom, imovinsko stanje, rođenje ili drugi status. Nikoga nijedan organ vlasti ne smije diskriminirati ni po kojem osnovu.

Članom 2. Zakona o zabrani diskriminacije³ propisano je da se diskriminacijom smatra svako različito postupanje uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica i onima koji su s njima u rodbinskoj ili drugoj vezi na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, invaliditet, starosna dob, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i spola, seksualne orijentacije, rodnog identiteta, spolnih karakteristika, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemogući ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi, prava i sloboda u svim oblastima života. Zabrana diskriminacije primjenjuje se na sve javne organe kao i na sva fizička ili pravna lica, i u javnom i u privatnom sektoru, u svim oblastima, a naročito: zaposlenja, članstva u profesionalnim organizacijama, obrazovanja, obuke, stanovanja, zdravstva, socijalne zaštite, dobara i usluga namijenjenih javnosti i javnim mjestima, te obavljanja privrednih aktivnosti i javnih usluga.

Članom II/4. Ustava Bosne i Hercegovine propisano je: Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, dok član 14. Evropske konvencije propisuje: Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj konvenciji osigurava se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost s nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.

Član II/3. Ustava Bosne i Hercegovine u relevantnom dijelu glasi: Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2. ovog člana, što uključuje:

k) Pravo na imovinu a član 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima propisuje: Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava. Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne umanjuju pravo države da primjenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulirala korištenje imovine u

2 Protokol broj 12 uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim, 4. novembra 2000. godine

3 Zakon o zabrani diskriminacije, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 59/09 i 66/16

koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete⁶. Istim zakonom je propisano da je porodica, u smislu tog Zakona, životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojilaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu⁷.

Ovakvim definisanjem bračne i vanbračne zajednice jasno je da je intencija zakonodavca bila da se vanbračna i bračna zajednica u potpunosti izjadnače u smislu ostvarivanja međusobnih prava, sa tom razlikom da se prava i obaveze kada je u pitanju bračna zajednica stiču momentom zaključenja braka pred matičarom koji je državni službenik⁸ te je za postojanje braka potrebno da su budući bračni partneri različitog spola, da su dali pristanak za sklapanje braka te da je pristanak izjavljen pred matičarem⁹. Ukoliko bilo koji od navedenih uslova nije bio ispunjen prilikom sklapanja braka, ne nastaju pravni učinci braka¹⁰.

Za razliku od prethodno navedenih formalnih uslova koji moraju biti ispunjeni da bi brak bio valjan i da bi isti prilikom sklapanja proizvodio određene pravne učinke, kada je u pitanju vanbračna zajednica, dovoljno je da je u istoj rođeno dijete, neovisno o tome koliko dugo je ista trajala odnosno da su od zasnivanja vanbračne zajednice protekle tri godine, ukoliko dijete nije rođeno u istoj.

Dakle, kada se radi o vanbračnoj zajednici, zakon je postavio određena ograničenja samo u pogledu njenog nastanka, dok je u svemu ostalom ona izjednačena sa brakom te se osoba iz vanbračne zajednice ima smatrati i članom porodice, kako je to prethodno navedeno.

S tim u vezi, iz odredaba Porodičnog zakona proizilazi da vanbračni partneri koji žive najmanje pet godina u vanbračnoj zajednici mogu potpuno usvojiti dijete¹¹ te pod istim uslovima mogu i nepotpuno usvojiti dijete ako za to postoje naročito opravdani razlozi¹². Međusobno izdržavanje bračnih i vanbračnih partnera je dužnost i pravo, kako je to propisano Zakonom a odricanje od prava i dužnosti izdržavanja nema pravnog učinka¹³. Ovo pravo prestaje ukoliko izdržavana osoba sklopi novi brak, zasnjuje vanbračnu zajednicu, postane nedostojan tog prava ili su prestali uslovi propisani članom 224. Zakona¹⁴.

Vanbračni partner koji ispunjava uslove koji su propisani članom 3. (da postoji vanbračna zajednica) i 224. (da nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz svoje imovine a nesposoban je za rad ili se ne može zaposliti) Zakona ima pravo na izdržavanje od drugog vanbračnog partnera i nakon prestanka vanbračne zajednice ali takvu tužbu može podnijeti samo u roku od jedne godine od prestanka vanbračne zajednice¹⁵.

6 Član 3. Porodičnog zakona FBiH

7 Član 2. Porodičnog zakona FBiH

8 Član 7. Porodičnog zakona FBiH

9 Član 8. Porodičnog zakona FBiH

10 Ibid.

11 Član 102. stav (2) Porodičnog zakona FBiH

12 Član 103. stav (2) Porodičnog zakona FBiH

13 Član 213. Porodičnog zakona FBiH

14 Član 229. Porodičnog zakona FBiH

15 Član 230. Porodičnog zakona FBiH

Nadalje, kada se radi o imovinskim odnosima vanbračnih partnera, Porodični zakon FBiH je i u ovom pogledu dao puna prava te je propisano da se imovina koju su vanbračni partneri stekli radom u vanbračnoj zajednici smatra njihovom vanbračnom stečevinom i na istu se primjenjuju odredbe o bračnoj stečevini¹⁶. U konačnom, zakonom je propisano i da pravo na zaštitu od nasilničkog ponašanja u porodici imaju bračni partneri, vanbračni partneri i svi članovi porodice koju su im dužni pružiti policija, organ starateljstva i sud za prekršaje¹⁷.

Iz svega prethodno navedenog, jasno je vidljivo da je intencija zakonodavca da se vanbračna zajednica u svakom smislu, pa i u imovinskom, izjednači sa bračnom zajednicom te da vanbračni partneri ne osjete posljedice činjenice da nisu zaključili formalni brak pred nadležnim organom.

3. Ostvarivanje prava na porodičnu penziju vanbračnih partnera prema Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine i prema Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 2018. godine

Kada je u pitanju ostvarivanje prava na porodičnu penziju vanbračnih partnera u Federaciji Bosne i Hercegovine, isto je tokom dugogodišnjeg vremenskog perioda nepravedno i diskriminirajuće uskraćivano vanbračnim partnerima.

Naime, vanbračni partneri u važećem zakonodavstvu nisu bili prepoznati kao članovi porodice pa uprkos iscrpnim odredbama Porodičnog zakona FBiH, njihovi zahtjevi da im se prizna pravo na porodičnu penziju su bivali odbijani a tužbe u upravnim sporovima su bile odbijane kao neosnovane. Na ovakav način su njihova imovinska prava bila grubo kršena a oni bivali diskriminirani po osnovu činjenice nezaključenja braka.

Tako je Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine¹⁸ (u daljnjem tekstu i: Raniji zakon) propisivao da porodičnu penziju mogu ostvariti članovi porodice. Članovima porodice u kontekstu tog zakona smatrali su se bračni drug, djeca rođena u braku, van braka, usvojena, pastorčad koju je osiguranik izdržavao, unučad i druga djeca bez roditelja koju je osiguranik izdržavao do svoje smrti. Porodičnu penziju mogao je ostvariti i bračni drug iz razvedenog braka, ako mu je sudskom odlukom utvrđeno pravo na izdržavanje¹⁹.

Pažljivom analizom citirane zakonske odredbe, dolazi se do tumačenja da se vanbračni partneri nisu smatrali članovima porodice te samim time nisu imali pravo ni na ostvarenje prava na penziju iza umrlog vanbračnog partnera.

Organi uprave su, postupajući po zahtjevima za ostvarivanje prava na penziju od strane vanbračnih partnera, zahtjeve odbijali sa obrazloženjem da vanbračni partneri nemaju pravo na porodičnu penziju jer se, u skladu sa odredbama važećeg zakona,

16 Član 263. Porodičnog zakona FBiH

17 Član 380. Porodičnog zakona FBiH

18 Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju („Službene novine FBiH“ broj 29/98,49/00, 32/01,29/03,73/05,59/06 i 4/09)

19 Član 60. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju („Službene novine FBiH“ broj 29/1998)

ne smatraju članovima porodice a njihove tužbe su sa identičnim obrazloženjem odbijane i u upravnim sporovima pred nadležnim sudovima, koji su odlučivali o podnesenim tužbama vanbračnih partnera protiv diskriminatornih odluka upravnih organa.

Ovakva praksa upravnih organa i nadležnih sudova trajala je više godina sve dok u postupku pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine nije donesena presuda u kojoj je utvrđena diskriminacija vanbračnih partnera.

Prva odluka u kojoj se Ustavni sud Bosne i Hercegovine bavio pitanjem diskriminacije vanbračnih partnera u odnosu na bračne partnere bila je odluka broj AP 4207/13 od 30.09.2016. godine. Navedenom odlukom se Ustavni sud BiH nije bavio direktno diskriminacijom u pogledu prava na porodičnu penziju nego se bavio pitanjem da li se može vanbračnom partneru priznati status nasljednika prvog nasljednog reda. Tom odlukom utvrđeno je da je prekršena zabrana diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u vezi sa pravom na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Naime, u ovom postupku vanbračni partner umrle je tužbenim zahtjevom tražio da se utvrdi da je, po osnovu vanbračne zajednice, zakonski nasljednik iza umrle. Prvostepeni sud je nesporno utvrdio da je tužitelj sa umrlom živio duže od tri godine ali da uprkos tome, tužitelj (apelant) se ne može smatrati njenim zakonskim nasljednikom te je zaključio da je Zakon o nasljeđivanju, koji je *lex specialis* u odnosu na Porodični zakon FBiH ne predviđa mogućnost da se osobe koje su bile u vanbračnoj zajednici mogu uzajamno nasljeđivati, odnosno da se u nasljednom pravu vanbračnoj zajednici ne daje isti značaj kao u bračnoj pa mu je tužbeni zahtjev da mu bude priznat status zakonskog nasljednika iza ostaviteljice, odbijen²⁰. Ovakva odluka prvostepenog suda je u tom dijelu i potvrđena od strane kantonalnog suda²¹ a Vrhovni sud FBiH je reviziju apelanta podnesenu protiv drugostepene odluke, odbacio²². Podnoseći apelaciju, apelant je iznio navode koji se, kako to Ustavni sud BiH navodi, eksplicitno odnose na različit tretman njega kao ostaviteljicinog vanbračnog partnera u odnosu na bračne partnere prema Zakonu o nasljeđivanju koji je primijenjen, uprkos izjednačenju vanbračne sa bračnom zajednicom u Porodičnom zakonu FBiH. Ustavni sud je dalje naveo da će, prema praksi Evropskog i Ustavnog suda, razlika u postupanju biti diskriminaciona ako za nju ne postoji objektivno i razumno opravdanje, odnosno ako se njome ne nastoji postići legitimni cilj ili ako ne postoji razuman odnos proporcionalnosti između primijenjene mjere i legitimnog cilja²³. Osim toga, diskriminacija može postojati i u situacijama u kojima ona nastaje kao posljedica istog postupanja prema osobama koje su u različitim situacijama, odnosno „kada država bez objektivnog i opravdanog razloga ne osigura drugačije postupanje prema osobama čije se situacije bitno razlikuju“ (vidjeti, Evropski sud za ljudska prava, *Thlimmenos*

20 Presuda Općinskog suda u Živinicama broj 33 0 P 000492 07 P od 19.08.2009. godine.

21 Presuda Kantonalnog suda u Tuzli broj 33 0 P 000492 09 Gž od 16.04.2012. godine.

22 Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH broj 33 0 P 000492 12 Rev od 23.07.2013. godine

23 Vidjeti, npr. Evropski sud za ljudska prava, *Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 29. aprila 2008. godine, tačka 60

protiv Grčke, presuda od 6. aprila 2000. godine). Također, Ustavni sud podsjetio je da je zabrana kršenja diskriminacije kvalitativna, a ne apsolutna i da države u tom smislu mogu imati značajno polje slobodne procjene. Da li će to polje slobodne procjene biti široko ili usko, zavisi od: a) prirode predmetnog prava, b) stepena i c) javnog interesa (npr. snažan interes javnosti u borbi protiv različitog postupanja po osnovu spola ili rase zahtijeva veći stepen opravdanja za različit tretman po tim osnovama). Obrazlažući dalje stavove Evropskog suda, Ustavni sud BiH naveo je da je Evropski sud ukazao i na to da je pojam porodice i porodičnog života širi od pojma braka zato što je vremenom evoluirao, pa je zaključio „da se u pogledu poštivanja porodičnog života u obzir moraju uzeti kretanja u društvu i promjene u percepciji društvenog i građanskog statusa“. U konačnom, Ustavni sud je zaključio da su sudovi, bez uvažavanja opredjeljenja iz Porodičnog zakona FBiH iz 2005. godine o dosljednom izjednačavanju vanbračne zajednice koja traje preko tri godine sa bračnom zajednicom u svim pravima i obavezama, uključujući i imovinska prava, i odbijanjem apelantovog zahtjeva da mu se prizna pravo da kao nasljednik prvog nasljednog reda učestvuje u ostavinskom postupku, prekršili zabranu 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.²⁴

Ovakvo utvrđenje Ustavnog suda bilo je prvi korak ka izjednačavanju vanbračne i bračne zajednice i u smislu nasljeđivanja i sticanja imovinskih prava vanbračnih partnera.

Odluka u kojoj se Ustavni sud Bosne i Hercegovine direktno bavio pitanjem sticanja prava na porodičnu penziju datira od 11.10.2018. godine. Ovom odlukom utvrđena je povreda prava na zaštitu od diskriminacije u vezi sa zaštitom prava na imovinu vanbračne partnerice umrlog osiguranika.

Naime, u predmetu broj AP 4077/16 usvojio je apelaciju i utvrdio da je prekršeno pravo na zabranu diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda apelantice a u vezi sa pravom na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Iz navedene presude proizilazi da je apelantica u julu 2013. godine podnijela zahtjev Kantonalnoj administrativnoj službi u Sarajevu za priznavanje prava na porodičnu penziju nakon smrti njenog vanbračnog partnera a po osnovu njihove vanbračne zajednice. Prvostepenim rješenjem njen zahtjev za priznavanje prava na porodičnu penziju je odbijen kao neosnovan, sa obrazloženjem da je u provedenom postupku utvrđeno, između ostalog, da je apelantica živjela u vanbračnoj zajednici sa umrlim osiguranikom ali je Kantonalna administrativna služba, pozivajući se na odredbu člana 60. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, cijenila da navedenim članom nije bilo priznato pravo na penziju u korist vanbračnog druga. Kantonalni sud u Sarajevu je također, postupajući po tužbi apelantice, njen tužbeni zahtjev također odbio sa obrazloženjem da apelantica ne ispunjava uvjete za sticanje

24 Presuda Ustavnog suda BiH broj AP-4207/13 od 30.09.2016. godine.

prava na porodičnu penziju, shodno odredbama člana 60. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju.²⁵

U ovoj apelaciji, kao i u mnogim drugim tužbama koje su podnesene iz istog razloga, apelantica je smatrala da joj je osporenim odlukama povrijeđeno pravo iz člana II/3. e), f), k) i II/4 Ustava Bosne i Hercegovine, kao i člana 6., 8. i 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda te član 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Apelantica je smatrala da se ona kao vanbračni partner preminulog osiguranika, prema svom faktičkom stanju, ne razlikuje od „supruga na papiru“ ističući da je cilj člana 60. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju da se najbližem krugu porodice preminulog osiguraju primanja u slučaju njegove smrti te je smatrala da i ona, kao vanbračni supružnik spada u taj krug te da ima pravo na penziju, shodno toj odredbi. Apelantica je smatrala da joj je prekršeno pravo na nediskriminaciju iz člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi sa pravom na imovinu zbog toga što, kao vanbračni partner, nije mogla steći pravo na porodičnu penziju po Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju iako je vanbračna zajednica u potpunosti izjednačena sa bračnom zajednicom prema Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine. Dajući obrazloženje za utvrđenu povredu, Ustavni sud BiH se pozvao na ranije donesenu odluku broj AP 4207/13 od 30.09.2016. godine i obrazloženje dato u istoj. Naime, u konkretnom slučaju, nesporno je utvrđeno je da je postojala vanbračna zajednica između apelantice i umrlog koja je trajala 17 godina čime je ispunila uvjete da se smatra vanbračnom zajednicom u smislu relevantnih odredaba Porodičnog zakona. Ustavni sud je ukazao da su redovni sud i organi uprave u osporenim odlukama dosljedno ukazivali da je vanbračna zajednica izjednačena sa bračnom prema Porodičnom zakonu, ali su zaključili da se pravilnim tumačenjem ove odredbe ne može izvesti zaključak da je ova zajednica u svemu izjednačena sa bračnom zajednicom, već samo u pogledu određenih prava. Pri tome su se pozvali na odredbu člana 60. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, pri tome zaključivši da je navedeni zakon *lex specialis* kojim „nije predviđena mogućnost priznavanja prava na porodičnu penziju vanbračnom drugu“. U konkretnom slučaju, u vrijeme donošenja osporenih odluka na snazi je bio Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine koji ni svojim naknadnim izmjenama nigdje ne spominje, niti daje prava vanbračnim partnerima. Međutim, prema članu II/2. Ustava Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija primjenjuje direktno i da ima prioritet nad svim drugim zakonima. To, između ostalog, znači i da se zakoni koji nisu usaglašeni sa Evropskom konvencijom moraju primijeniti na način na koji se neće kršiti prava iz Evropske konvencije. Dakle, u situaciji kada je nesumnjivo da je vanbračna zajednica apelantice i nosioca osiguranja, započela i trajala u vrijeme kada je na snazi bio PZFBiH iz 2005. godine, koji je i dosljedno izjednačio bračnu i vanbračnu zajednicu u pravima i obavezama, kao i da je ta zajednica trajala sve do smrti nosioca osiguranja, Ustavni sud, uvažavajući principe iz citirane Odluke broj AP 4207/13, smatra da Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine nije primijenjen uz dosljedno poštivanje „opredjeljenja iz porodičnog prava

²⁵ Presuda Kantonalnog suda u Sarajevu broj 09 0 U 020038 14 U od 23. augusta 2016. godine

o jednakom tretmanu bračne i vanbračne zajednice“ i apelantica ne može snositi štetne posljedice toga što relevantni zakoni nisu ranije harmonizirani. Na ovakav način, apelantica je na diskriminirajući način lišena mogućnosti stjecanja prava na porodičnu penziju čime je

prekršena 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. U konačnom, Ustavni sud je zaključio da su redovni sud i organi uprave primjenom Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine, bez uvažavanja opredjeljenja iz Porodičnog zakona FBiH iz 2005. godine o dosljednom izjednačavanju vanbračne zajednice, koja u konkretnom slučaju traje 17 godina, sa bračnom zajednicom u svim pravima i obavezama, uključujući i imovinska prava, i odbijanjem apelantinog zahtjeva da joj, kao članu porodice umrlog nosioca osiguranika, prizna pravo na porodičnu penziju, prekršili zabranu diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne 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.

Bez obzira na utvrđenje Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u odluci broj AP 4207/13 od 30.09.2016. godine, Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 2018. godine nije prepoznao niti otklonio diskriminaciju na koju je ukazao Ustavni sud BiH u pomenutoj odluci. Novi zakon ponovo je propisao da pravo na porodičnu penziju imaju članovi porodice umrlog osiguranika koji je na dan smrti ispunjavao uslove za starosnu ili invalidsku penziju i članovi porodice umrlog korisnika starosne ili invalidske penzije²⁶. Međutim, u članove porodice umrlog osiguranika odnosno korisnika penzije uvrstio je bračnog supružnika (udovica odnosno udovac), razvedenog bračnog supružnika, ako mu je pravosnažnom presudom suda dosuđeno pravo na izdržavanje, dijete, rođeno u braku ili van braka, te usvojeno dijete, pastorka ukoliko ga je umrli osiguranik, odnosno korisnik penzije izdržavao i dijete-unuče bez oba roditelja ukoliko ga je umrli osiguranik, odnosno korisnik penzije izdržavao²⁷.

Na ovakav način i dalje je ostavljen prostor za diskriminatorno postupanje spram vanbračnih partnera te su organi uprave i dalje donosili odluke kojima su zahtjevi za priznavanje prava na porodičnu penziju vanbračnih partnera odbijani. Međutim, kantonalni sudovi su u međuvremenu promijenili svoju praksu pa su tužbene zahtjeve počeli usvajati i pozitivno rješavati u konkretnim slučajevima načinjene diskriminacije. Tako je Kantonalni sud u Sarajevu donio niz odluka kojima je tužbene zahtjeve uvažio a odluke upravnih organa kojima se pravo na porodičnu penziju vanbračnim partnerima odbija, poništio utvrđujući da su iste diskriminatorne i nezakonite²⁸.

Slijedeći praksu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Vrhovni sud Federacije BiH je donio brojne odluke u kojima je izrazio svoj stav u pogledu ovog spornog pravnog pitanja a koji se odnosi na pitanje diskriminacije vanbračnih partnera u

26 Član 68. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju („Službene novine FBiH“ broj 13/2018)

27 Član 69. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju („Službene novine FBiH“ broj 13/2018)

28 Vidi presude Kantonalnog suda u Sarajevu broj: 09 0 U 025751 16 U od 30.01.2019. godine, 09 0 U 027021 16 U od 29.01.2019. godine, 09 0 U 025148 15 U od 28.01.2019. godine i mnoge druge.

odnosu na bračne partnere u pogledu ostvarivanja prava na porodičnu penziju. Tako je u odlukama broj 04 0 U 007360 15 Uvp od 13.12.2018. godine, 04 0 U 007685 15 Uvp od 14.02.2019. godine, 04 0 U 009372 17 Uvp od 05.03.2020. godine, pozivajući se na prethodno elaborirane odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Vrhovni sud Gezahtjeve za vanredno preispitivanje sudske odluke uvažavao, presude kantonalnih sudova preinačavao te tužbe uvažavao i rješenja upravnih organa kojima su odbijani zahtjevi za ostvarivanje prava na porodičnu penziju vanbračnih partnera, poništavao.

Ustavni sud BiH je u odluci broj AP 4077/16 od 11.10.2018. godine naglasio da je 21. februara 2018. godine u „Službenim novinama FBiH“ broj 13/18 objavljen novi Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, koji, opet, nije uzeo u obzir vanbračnu zajednicu, niti je regulirao stjecanje prava vanbračnim partnerima pa smatra da je svrsishodno da se ova odluka dostavi Vladi Federacije BiH radi harmonizacije Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju sa Porodičnim zakonom u odnosu na prava i obaveze vanbračnih partnera a što je u konačnom i rezultiralo donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju iz marta 2022. godine.

4. Postupci pred Institucijom ombudsmena/ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine

Od kolike je važnosti navedeno pitanje govori i činjenica da je dana 12.05.2021. godine na stranici Institucije ombudsmena/ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine objavljeno saopćenje za javnost u kojem su ombudsmeni Bosne i Hercegovine pozdravili najavljene izmjene i dopune Zakona o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju Federacije BiH u okviru kojih će biti izmijenjena odredba Zakona na način da će izvanbračnim partnerima biti omogućeno ostvarivanje prava na obiteljsku penziju uz preciziranje tko se smatra vanbračnim partnerom, čime će biti otklonjena diskriminacija osoba koje su bile u vanbračnim zajednicama. Istakli su da je Institucija ombudsmana kontinuirano ukazivala na postojanje problema nejednakog tretmana bračnih i vanbračnih partnera po pitanju ostvarivanja prava na mirovinu sukladno odredbama Zakona o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju Federacije BiH i Zakona o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju Republike Srpske, usprkos činjenici da prema odredbama obiteljskih zakona i zakona o nasljeđivanju Federacije BiH i Republike Srpske, bračni i vanbračni partneri imaju jednaka prava. Ombudsmeni su u godišnjim izvješćima o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2015., 2016., 2018., 2019. kao i 2020. godinu ukazivali na navedeni problem nejednakog tretmana bračnih i vanbračnih partnera, međutim, unatoč svim do sada poduzetim aktivnostima Ombudsmana, entitetski zakoni o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju vanbračnim partnerima nisu osiguravali pravo na ostvarivanje prava na obiteljsku penziju iza vanbračnog druga niti je ta mogućnost predviđena stupanjem na snagu novog Zakona o penzijskom/

mirovinskom i invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH", br. 13/2018 i 93/2019 - odluka US).²⁹

Ombudsmeni u Bosni i Hercegovini su u više svojih godišnjih izvještaja potencirali postojanje diskriminacije u pogledu ostvarivanja određenih prava bračnih i vanbračnih partnera. Tako je u Izvještaju o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2015. godinu navedeno da, kada su u pitanju ekonomsko-socijalna prava, konkretno pravo na penziju, ombudsmeni su zaprimili nekoliko žalbi koje se odnose na nejednak tretman bračnih i vanbračnih partnera po pitanju ostvarivanja prava na porodičnu penziju u skladu s odredbama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju Federacije BiH. Navedeno je da su ombudsmeni uputili Parlamentu Federacije BiH, Federalnom ministarstvu rada i socijalne politike, Federalnom zavodu za penzijsko i invalidsko osiguranje Inicijativu za dopunu člana 60. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju Federacije BiH pa je Federalno ministarstvo rada i socijalne politike Instituciji ombudsmana dostavilo obavještenje o tome da je : "... sačinilo Prijedlog izjašnjenja u vezi s navedenom inicijativom, te istog dana 6.10.2015. dostavilo Vladi Federacije BiH koja će Prijedlog izjašnjenja razmatrati na 27 .sjednici, planiranoj za 15.10.2015. dok je Federalni zavod za penzijsko i invalidsko osiguranje uputio akt Instituciji ombudsmana u kojem je navedeno kako smatraju da u navedenoj inicijativi nema istaknutih pravno činjeničnih razloga za ovakvu dopunu Zakona o PIO jer izjednačavanje bračnih i vanbračnih partnera kod imovinskih prava ne znači da ih treba izjednačavati i u ostalim oblastima zakonodavstva.

U sistemu penzijskog i invalidskog osiguranja nikada vanbračni partner nije bio član porodice niti je mogao ostvarivati pravo na porodičnu penziju. U konačnom je data sljedeća preporuka: Preporuka: Parlamentu Federacije BiH, Federalnom ministarstvu rada i socijalne politike, Federalnom zavodu za penzijsko i invalidsko osiguranje, Narodnoj skupštini RS-a, Ministarstvu rada i boračko-invalidske zaštite RS-a, Fondu za penzijsko-invalidsko osiguranje RS-a, Skupštini i Vladi Brčko Distrikta BiH da pristupe dopunama pozitivnih zakonskih propisa kojima će se vanbračnim partnerima osigurati jednaka prava po osnovu penzijsko-invalidske zaštite kao što je to učinjeno za bračne partnere³⁰. Godine 2016. u svom Godišnjem izvještaju ombudsmeni su dali jednaku preporuku³¹ kao i godine 2018. i 2019. kada su sa jednakom ozbiljnošću ukazivali na žalbe koje su im podnošene u vezi sa nemogućnošću ostvarivanja prava na porodičnu penziju vanbračnih partnera.

29 Institucija ombudsmana/ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Saopćenje za javnost od 12.05.2021. godine, preuzeto sa <https://www.ombudsmen.gov.ba/Novost.aspx?newsid=1817&lang=HR> dana 28.07.2022. godine

30 Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti institucije Ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2015. godinu, Banja Luka, mart 2016. godine, strana 49 – 50

31 Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti institucije Ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2015. godinu, Banja Luka, mart 2017. godine, strana 54

5. Ostvarivanje prava na porodičnu penziju vanbračnih partnera prema Zakonu o izmjenama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 2022. godine

Nakon višegodišnje prakse odbijanja zahtjeva za priznavanje prava na porodičnu penziju vanbračnim partnerima te nakon što su Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Vrhovni sud Federacije i kantonalni sudovi bez sumnje potvrdili da je u konkretnom slučaju došlo do diskriminacije vanbračnih partnera u odnosu na bračne partnere kao i da je došlo do povrede prava na imovinu tih vanbračnih partnera, u konačnom, u Službenim novima Federacije Bosne i Hercegovine broj 19/22 od 11.03.2022. godine objavljene su izmjene i dopune važećeg Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju u kojem član 4. je propisuje sljedeće:

U članu 69. tačka a) iza riječi “supružnik” dodaju se riječi: “i vanbračni partner”. Iza stava (1) dodaje se novi stav (2) koji glasi: “(2) Vanbračni partner iz stava (1) ovog člana, smatra se lice koje je kao takvo definisano Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine, a koje je svoj status utvrdilo u odgovarajućem sudskom postupku.”.

Ovako izmijenjenim pravnim okvirom, vanbračni partneri su uvršteni u krug članova porodice umrlog osiguranika odnosno korisnika penzije te im je samim tim omogućeno da nakon smrti umrlog vanbračnog partnera ostvare pravo na porodičnu penziju.

Međutim, kao što se to iz citirane odredbe može vidjeti, da bi se neko smatrao vanbračnim partnerom koji se ima smatrati članom porodice umrlog osiguranika odnosno korisnika penzije, potrebno je da kumulativno budu ispunjena dva uslova. Prvi uslov je da je to lice kao takvo definisano Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine dok je drugi propisani uslov je da je vanbračni partner svoj status utvrdio u odgovarajućem sudskom postupku. Definisanjem konačnog statusa i propisivanjem tačnih uslova, uglavnom je okončana dugotrajna borba vanbračnih partnera protiv diskriminacije kojoj su bili izloženi duži niz godina a vanbračni partneri u konačnom izjednačeni sa bračnim partnerima u pogledu njihovog prepoznavanja u zajednici kao člana porodice umrlog partnera i posljedično mogućnosti ostvarivanja prava na porodičnu penziju iza umrlog osiguranika odnosno korisnika penzije.

6. Zaključak

Vanbračna zajednica kao faktička zajednica života muškarca i žene je sve više prisutna kao izbor načina zajedničkog življenja dvije osobe i ista je kao takva, uglavnom, već dugo vremena i prepoznata u pozitivnom pravnom okviru i porodičnim zakonima već duži niz godina u potpunosti izjednačena sa bračnom zajednicom osim u jednom segmentu: ostvarivanju prava na porodičnu penziju iza umrlog osiguranika odnosno korisnika penzije.

S tim u vezi, diskriminacija kao pojava u jednom društvu, kao što smo vidjeli iz svega prethodno navedenog, može rezultirati višegodišnjom povredom različitih prava velikog broja osoba.

Ovakva postupanja različitih organa vlasti, sudske i upravne, dovela je do toga da su vanbračni partneri, iako su uspješno dokazivali da je vanbračna zajednica postojala i iako je to bivalo i utvrđeno u sudskim postupcima, to nije bilo dovoljno da im se prizna pravo na porodičnu penziju iza umrlog vanbračnog partnera. Njihovi zahtjevi su odbijani a takva odluka bivala potvrđena od strane drugostepenog organa a tužba odbijena od strane suda.

Međutim, vladavina prava je ipak došla do izražaja te će izmjene i dopune Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 2022. godine, u konačnom, rezultirati time da se ovakva vrsta diskriminacije više nikada ne ponovi u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Važno je napomenuti da, obzirom da se prema posljednjim izmjenama Zakona vanbračnim partnerom smatra lice koje je kao takvo definisano Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine a koje je svoj status utvrdilo u odgovarajućem sudskom postupku, ostvarivanje prava na porodičnu penziju potencijalno je povezano sa određenim preprekama. Naime, ako je vanbračni partner preminuo a vanbračna zajednica nije prethodno utvrđena, pasivno legitimisani u tom postupku pred sudom su nasljednici (djeca, braća i sestre, roditelji...) umrlog, pa problem može nastati ukoliko isti ospore tužbeni zahtjev ili pak umrli osiguranik, vanbračni partner tužitelja, nasljednika uopće nema. U ovakvim situacijama, vanbračni partner može biti suočen sa ozbiljnim poteškoćama ostvarivanja ovog zakonom zagantovanog imovinskog prava.

Međutim, i dalje ostaje pitanje, kako otkloniti diskriminaciju prema osobama kojima je u ranijim postupcima to pravo već pravosnažno uskraćeno? Da li bi te osobe imale pravo na neku vrstu ponavljanja postupka obzirom da je prilikom donošenja ranije odluke kojom je njihov zahtjev odbijen, primijenjen zakon koji ih je diskriminisao te su to utvrdile i najviše sudske instance u državi, ostaje da se o tome izjasni sudska praksa ukoliko takvi prijedlozi ikada budu podneseni.

Mirela Omanović LL.D., Judge
Cantonal Court in Sarajevo

Eldar Imamović, Judge
Municipal Court in Kakanj

**MARRIAGE AND EXTRAMARRIAGE
IN THE CURRENT LEGAL FRAME
FROM THE ASPECT OF PROPERTY RIGHTS AND
DISCRIMINATION**

Summary: The focus of the subject paper is the rights of extramarital and marital partners in the context of previous and current legislation in Bosnia and Herzegovina from the aspect of property rights and discriminatory treatment towards extramarital unions, which still exists in Bosnian society. It is evident that long-term de facto unions of life without formal marriage are more and more present in Bosnia and Herzegovina, and thus certain rights are acquired. Although the family law has equalized married and non-marital unions, in certain spheres of society, non-marital partners are still discriminated against. In the subject paper, the author deals with the situation when the common-law partner dies and the other common-law partner is prevented from realizing the right to a pension because the marriage was not formally concluded. The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the Supreme Court of FBiH as well as the cantonal courts took the positions on the above and found the existence of discrimination against extramarital partners, and human rights ombudsmen reported on the existence of discrimination in this field in their reports.

Key words: marriage, cohabitation, status, pension, inheritance, family member